

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RICARDO MENEZES DA SILVA

TRATAMENTO ADEQUADO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PRIMEIRO GRAU:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CURITIBA

2019

RICARDO MENEZES DA SILVA

TRATAMENTO ADEQUADO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PRIMEIRO GRAU:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná na Linha de Pesquisa em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2019

S586t

Silva, Ricardo Menezes da.

Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo código de processo civil / Ricardo Menezes da Silva; orientador: Sérgio Cruz Arenhart. – Curitiba, 2019.

189 p.

Bibliografia: p. 173-189.

Área de concentração: Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós graduação em Direito. Curitiba, 2019

1. Processo civil - Brasil. 2. Acesso à justiça. 3. Recursos (Direito). I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título.

CDU 347.91

**Catálogo na publicação – Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas – Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RICARDO MENEZES DA SILVA** intitulada: **TRATAMENTO ADEQUADO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PRIMEIRO GRAU: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua **APROVAÇÃO** no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 29 de Março de 2019.

  
SERGIO CRUZ ARENHART  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

  
EDUARDO TALAMINI  
Avaliador Interno (UFPR)

  
ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CÂMARA  
Avaliador Externo (EMERJ)





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

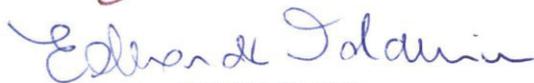
ATA Nº3

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e nove de março de dois mil e dezenove às 10:00 horas, na sala Sala da Memória, Praça Santos Andrade, 50 - Centro, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **RICARDO MENEZES DA SILVA** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **TRATAMENTO ADEQUADO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PRIMEIRO GRAU: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SERGIO CRUZ ARENHART (UFPR), EDUARDO TALAMINI (UFPR), ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CÂMARA (EMERJ). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela **APROVAÇÃO** do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SERGIO CRUZ ARENHART, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 29 de Março de 2019.

  
SERGIO CRUZ ARENHART  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

  
EDUARDO TALAMINI  
Avaliador Interno (UFPR)

  
ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CÂMARA  
Avaliador Externo (EMERJ)



## AGRADECIMENTOS

Este trabalho teve a colaboração direta ou indireta de muitas pessoas.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao Desembargador Alexandre Freitas Câmara pelo incentivo em realizar o mestrado e pelo apoio em tudo aquilo que me proponho a fazer. O agradecimento, é claro, se estende à família Câmara, da qual fazem parte Rodrigo, Guilherme e Janaína. Muito obrigado!

Agradeço também a todos os amigos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sem os quais eu certamente não teria conseguido a aprovação no concurso da Defensoria Pública, que me trouxe ao Estado do Paraná. São eles: Alex Yuen Tong Chu, Dione David de Carvalho, Alessandra Nahoum Carestiato e Sabrina Olinger Philippi. Ainda estamos juntos, meus queridos!

Ainda no ambiente profissional, sou grato aos colegas da Defensoria Pública, sem os quais a realização do mestrado não seria possível: Nize Lacerda, Juliano Marold, Camille Vieira, Fabíola Camelo, Newton Portes e Luís Purgato. Além disso, não posso deixar de mencionar os amigos Paulo Cinquetti e Olenka Lins e Silva, os quais, de diferentes maneiras, fazem parte deste processo.

Conheci também pessoas incríveis no mestrado, as quais tornaram a jornada que culmina com este trabalho muito mais especial: Paulo Mazini, Bruno Picoli, Júlio Aveiro, Maurício Doutor, Ramon Ouais Santos, Fernando Castelo, Fred Gomes, Paula Pessoa Pereira, Rogéria Dotti, Melina Fauz Kletemberg e Fernanda Fujiwara. A todos, muito obrigado!

Deixo aqui um agradecimento especial a quatro pessoas que prestaram auxílio direto neste trabalho: Andrea Carvalho, por ter me auxiliado na pesquisa de dados, Thaís Lunardi, pela troca sempre proveitosa de ideias e numerosa bibliografia compartilhada, Bruno Passadore e Ramon Ouais Santos, pela leitura prévia de partes desta dissertação.

Agradeço também aos professores da Universidade Federal do Paraná, cujas lições e debates ampliaram meus horizontes a respeito do fenômeno jurídico: Dr. Eduardo Talamini, Dr. Daniel Hachem, Dr. Ricardo de L. Tomio, Dr. Prof. Ilton Norberto Robl Filho, Dra. Katya Kozicki, Dra. Liana Caleial, Dr. Ricardo Marcelo Fonseca e Dr. Cesar Serbena.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Sérgio Cruz Arenhart, pela oportunidade que me foi dada, pela orientação zelosa e, sobretudo, pelo exemplo diário de dedicação que inspira não só a mim, mas a uma legião de alunos da UFPR.

Os últimos agradecimentos ficam, é claro, reservados à família. Aos meus pais, Maria da Glória Menezes da Silva e Valdinar Pereira da Silva, pelo incentivo e carinho que nunca faltaram nesse período. À minha irmã, Priscilla Menezes da Silva, na qual me espelho na dedicação ao trabalho e ao estudo. E, finalmente, à Fabiana Rodrigues da Silva, sem a qual absolutamente nada faria sentido. Amo vocês!

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo estudar o tratamento das demandas repetitivas no primeiro de jurisdição. Considera-se que o excesso de ações é um obstáculo de acesso à justiça e, por isso, as ações repetitivas devem ser adequadamente gerenciadas, de modo a preservar os recursos do Poder Judiciário para os outros processos. O Código de Processo Civil prevê uma série de instrumentos destinados ao problema da litigância repetitiva, mas considera-se que a determinação de qual deles se deve utilizar no caso concreto depende de avaliação judicial. O trabalho reconhece a existência de um sistema de gestão, cujo núcleo é o uso proporcional dos recursos disponíveis ao exercício da jurisdição. São identificados três institutos principais, cuja análise ocorre em relação às estruturas e modos de funcionamento, a fim de que se possa indicar critérios que devem ser observados para se decidir qual é o instrumento mais adequado no caso concreto.

Palavras-chave: processos repetitivos – tratamento adequado – utilização proporcional dos recursos – critérios de decisão

## ABSTRACT

The present dissertation aims to study the treatment of repetitive demands on the first degree. Too much actions are considered as an obstacle to access to justice and, therefore, repetitive actions must be properly managed, in order to preserve the resources of the Judiciary for other processes. The Code of Civil Procedure provides a number of instruments for the problem of repetitive litigation, but it is considered that the choice of which of them should be used in this case depends on judicial evaluation. The dissertation recognizes the existence of a management system, whose core is the proportional use of resources available to the exercise of jurisdiction. Three main institutes are identified, the analysis of which takes place in relation to the structures and modes of operation, so that one can indicate criteria that must be observed to decide which is the most appropriate instrument in the specific case.

**Keywords:** repetitive processes - appropriate treatment - proportional use of resources - decision criteria

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1. O SISTEMA DE ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRO .....	14
1.1. Considerações iniciais .....	14
1.2. Acesso à Justiça na Constituição de 1988.....	17
1.3. O sistema de acesso à justiça na prática.....	21
1.4. Da falta ao excesso: uma nova crise de acesso à justiça? .....	27
1.5. A Justiça em números .....	29
1.6. A Proporcionalidade Pamprocessual .....	35
1.6.1. Conceito .....	35
1.6.2. A proporcionalidade pamprocessual como garantia de acesso à justiça .....	40
1.6.3. A proporcionalidade pamprocessual e sua importância para uso racional dos recursos judiciários .....	42
1.6.4. A proporcionalidade pamprocessual e as relações entre direito material e processo.....	46
2. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DEMANDAS REPETITIVAS .....	49
2.1. Considerações gerais .....	49
2.2. As dificuldades para uniformização do tratamento .....	53
2.3. Os direitos individuais homogêneos no ordenamento jurídico brasileiro .....	57
2.3.1. Natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos .....	57
2.3.2. Da ausência de limitação à tutela condenatória.....	61
2.3.3. Da identificação da origem comum .....	65
2.4. Demandas Repetitivas e Direitos Individuais Homogêneos .....	72
2.5. Microssistema de Demandas Repetitivas.....	82
2.6. O foco no primeiro grau de jurisdição .....	91
3. TRATAMENTO ADEQUADO DAS DEMANDAS REPETITIVAS .....	95
3.1. Direito à Técnica Processual Adequada.....	95
3.2. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos: estrutura e problemas.....	98
3.3. A construção de um novo modelo de tratamento adequado para demandas repetitivas .....	110
3.4. A releitura dos direitos de ação e de contraditório: a via representativa impositiva .....	113
3.5. Efeitos da representação inadequada .....	121
3.6. Da infungibilidade dos instrumentos de tratamento de demandas repetitivas.....	123
4. OS INSTRUMENTOS PARA TRATAMENTO ADEQUADO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PRIMEIRO GRAU.....	127
4.1. As Ações Coletivas .....	127
4.2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas .....	138
4.3. Centralização de Processos Repetitivos.....	150

CONCLUSÕES.....	168
REFERÊNCIAS.....	173

## INTRODUÇÃO

Dados indicam que tramitam no Brasil mais de 90 milhões de processos, boa parte dos quais se refere a relações jurídicas de idêntico perfil. São vínculos com instituições financeiras, prestadoras de serviços públicos como telefonia móvel, energia elétrica e água, além dos litígios que envolvem o Poder Público.

Nos últimos anos o legislador tem dedicado especial atenção ao problema dos processos repetitivos, incorporando ao ordenamento jurídico uma série de instrumentos destinados a conferir tratamento adequado a essas causas. O Código de Processo Civil, na esteira dessas inovações, consolida essa tendência e, além disso, lhe confere caráter sistemático.

O presente trabalho pretende analisar parte desses instrumentos. Optou-se por um recorte que limita o estudo aos mecanismos disponíveis ao juízo de primeiro grau. Isso porque, de todos os processos pendentes perante órgãos do Poder Judiciário, mais de 90% estão concentrados na primeira instância, onde, normalmente, também não se dispõe de estrutura adequada para lidar com esse volume de trabalho.

Embora haja muitos trabalhos sobre os institutos voltados ao tratamento de processos repetitivos, poucos são os estudos que se destinam a analisar a interação entre eles. A hipótese que motivou a pesquisa é a de que os mecanismos disponíveis para tratamento adequado dos casos repetitivos não são fungíveis. Ou seja, a depender do litígio repetitivo submetido ao Poder Judiciário, será necessário identificar qual instrumento permite a melhor prestação jurisdicional possível. Parte-se da ideia de que o novo Código de Processo Civil permite a identificação de dois critérios fundamentais a partir dos quais é possível realizar a análise: a solução ampla do litígio e a otimização dos recursos do Poder Judiciário.

O trabalho se serviu, basicamente, de acervo bibliográfico e de dados coletados especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça. Com efeito, já há uma ampla produção acadêmica a respeito do tratamento das demandas repetitivas no Brasil, assim como pesquisas empíricas sobre a litigância repetitiva e as técnicas de resolução. Pretendeu-se partir dessas balizas já bem ancoradas para, a partir delas, acrescentar novos elementos de debate.

Não há no trabalho uma análise de direito comparado. Apenas episodicamente se fez alusão a institutos dos outros ordenamentos jurídicos, sempre de forma pontual e no intuito de melhor compreender a estrutura e funcionalidade dos instrumentos veiculados pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, também se deve observar que o sistema brasileiro prevê, de forma dispersa, outros institutos voltados ao tratamento de litígios repetitivos. Também em relação a eles foram realizadas referências pontuais, destinadas a demonstrar o diálogo que se estabelece com os institutos previstos pelo diploma processual civil.

O primeiro capítulo trata da construção do sistema de acesso à justiça no Brasil. Por um lado, pretende-se demonstrar que o aumento do número de processos propostos integra o programa constitucional de ampliação da efetividade do direito de ação. Ou seja, a facilitação do acesso aos órgãos judiciários era um claro objetivo do constituinte e várias normas constitucionais se destinaram ao alcance desse propósito. Por outro lado, há também um aspecto negativo, intrinsecamente vinculado a incapacidades regulatórias tanto do sistema administrativo, quanto do sistema judicial. Por isso, em um quadro de escassez de recursos, defende-se que a efetividade do acesso à justiça depende da utilização de mecanismos de gestão dos processos, de modo a garantir que os recursos disponíveis ao exercício da jurisdição serão distribuídos proporcionalmente entre os diversos feitos pendentes. Observa-se que, ao criar esses mecanismos, deu-se especial atenção justamente aos processos repetitivos.

O segundo capítulo é destinado a tratar dos processos repetitivos enquanto categoria processual. Parte-se da ideia comum de homogeneidade para justificar a necessidade de tratamento isonômico aos sujeitos que se encontrem em situações jurídicas idênticas. Apesar disso, sob o ponto de vista prático, é possível identificar duas grandes dificuldades para o alcance desse tratamento isonômico, quais sejam, a reprodução da conclusão de um processo aos demais feitos já em tramitação perante órgãos do Poder Judiciário e a extensão do resultado também àqueles que não propuseram demandas judiciais. Partindo dessas questões, trabalha-se o conceito de direitos individuais homogêneos na legislação brasileira, especialmente no que diz respeito à natureza jurídica, às formas de tutela cabíveis e às relações jurídicas abrangidas pelo instituto. Do conceito de direitos individuais homogêneos busca-se a definição de demandas repetitivas, discutindo-se, ainda, acerca da existência, conteúdo e utilidade de adoção de um conceito de microssistema para essas causas. Por fim, justifica-se a limitação do estudo ao primeiro grau de jurisdição em razão do número de processos que tramitam na instância inicial, especialmente à luz de dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça.

No terceiro capítulo são realizadas algumas considerações a respeito do direito à técnica processual adequada, discutindo-se, em seguida, as razões pelas quais a ação coletiva de tutela dos direitos individuais homogêneos não foi capaz de evitar a pulverização de processos individuais repetitivos no sistema de justiça. Em seguida, os novos mecanismos de tratamento

dessa espécie de litigância são apresentados como uma resposta ao estado de coisas que se estabeleceu e ao esforço doutrinário e jurisprudencial para operar uma releitura do direito de ação e de contraditório, em favor de modelo representativo impositivo. O tema nos conduzirá a um breve debate sobre o regime de representação adequada e também sobre os efeitos jurídicos decorrentes da inadequação da defesa dos interesses dos ausentes. Por fim, são introduzidos os pressupostos da infungibilidade dos mecanismos de tratamento adequado das demandas repetitivas e as consequências que derivam dessa premissa.

O quarto e último capítulo trata especificamente de três técnicas de gestão que podem ser acionadas pelo juízo de primeiro grau, quando se deparar com processos repetitivos: a ação coletiva, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a centralização de processos em um único juízo. Observe-se, neste ponto, que o objetivo não é esgotar as características de cada um desses institutos. Pretende-se apenas identificar, a partir da estrutura e da lógica de funcionamento de cada um deles, quais critérios podem ser utilizados para identificar o instrumento mais adequado, à luz da necessidade de resolver o litígio da forma mais ampla possível, resguardando, ao mesmo tempo, os recursos judiciais para a prestação da jurisdição, globalmente considerada.

Ao final, são apresentadas as conclusões, de forma a facilitar uma visão de conjunto do trabalho ora apresentado.

# 1. O SISTEMA DE ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRO

## 1.1. Considerações iniciais

A Constituição da República estabelece como objetivos do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação<sup>1</sup>. Tais objetivos devem ser alcançados através da concretização de uma série de direitos, também previstos pelo constituinte, e sem os quais a existência da comunidade jurídica sequer se legitima<sup>2</sup>.

A consecução dessas finalidades depende de uma série de ações cuja realização cabe, primariamente, aos poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, não há como garantir a efetividade de direitos sem a elaboração de leis, a criação de órgãos e a formulação de políticas públicas. Significa dizer que cabe ao governo<sup>3</sup> articular ações capazes de aproximar a sociedade brasileira daquele ideal imaginado pela comunidade e desenhado na Constituição.

Embora necessária, a atuação do Poder Público não é suficiente. Isso porque, além das relações estabelecidas com o Estado, há diversos vínculos que se formam na sociedade civil e cujos reflexos podem aproximar ou afastar a comunidade política daqueles objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição. Desse modo, torna-se fundamental a confluência também das atividades executadas pelos particulares, seja sob a análise do funcionamento

---

<sup>1</sup> Trata-se do art. 3º da Constituição da República.

<sup>2</sup> Como bem observado por José Afonso da Silva: “Não significa que outros objetivos não devam constituir preocupação do Estado. Significa apenas que os objetivos fundamentais são impostergáveis e não de ser preocupação constante da ação governamental, porque a Constituição entende que sua realização constitui um meio de conseguir a realização plena dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, enunciados no art. 1º”. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ªed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 46.

<sup>3</sup> Não se ignora que, em sentido estrito, *governo* se refere apenas ao Poder Executivo, como observam Bobbio, Matteucci e Pasquino: (...) o governo coincide com o poder executivo, ou melhor, com os órgãos de cúpula desse poder”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Vol. 1. Brasília: UnB, 2010, p. 534). No mesmo sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 74 e ss. Apesar disso, entendemos que é possível adotar concepção uma mais ampla de *governo*, de forma a abranger também o Poder Legislativo, pelo menos em dois sentidos. Num primeiro, para ressaltar o fato de que ambos os poderes praticam atos de natureza política *stricto sensu*. Num segundo, para lembrar que o sistema presidencialista brasileiro possui aspectos muito próprios, cujo funcionamento prático envolve intensa participação legislativa, a partir da formação de uma base posterior à própria eleição – em modelo conhecido como “presidencialismo de coalização”. Para ampla e profunda reflexão sobre o tema: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. No mesmo sentido: ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

global da ordem econômica<sup>4</sup> – calcada na iniciativa privada, porém funcionalizada à garantia de uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social –, seja sob o exame das relações individualizadas<sup>5</sup>.

Sob essa ótica, o acesso à justiça pode ser identificado como a fruição de um estado de fato conforme ao direito<sup>6</sup>. A ideia é bem traduzida pelo conceito de efetividade, cuja ocorrência depende da verificação concreta da conformidade entre a ordem jurídica e a realidade social<sup>7</sup>.

Para que haja pleno acesso à justiça, cada sujeito deve alcançar precisamente aquilo que lhe é garantido pelo ordenamento jurídico. Apesar de não ser viável alcançar integralmente esse objetivo nas complexas sociedades atuais, parece claro que o ordenamento jurídico deve buscar realizá-lo na maior medida possível.

---

<sup>4</sup> Os princípios da ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição, revelam a determinação normativa de conjugação de esforços entre Estado e Sociedade para atingimento daqueles objetivos constitucionais inscritos no art. 3º. Nesse sentido: “Que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de *plano global normativo*, do Estado e da sociedade”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 173)

<sup>5</sup> Apesar das divergências, prevalece o entendimento de que os direitos fundamentais se aplicam também às relações privadas (cf., por exemplo, o RE nº 201.819/RJ). Registre-se, ademais, que a aludida eficácia também tem sido reconhecida em relação aos direitos sociais (cf., por exemplo, RE 605.709/SP). Analisando diversas eficácias dos direitos fundamentais sociais sobre as relações privadas: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 287 e ss.

<sup>6</sup> Tal afirmação tem o intuito de sublinhar a importância da efetividade do exercício do direito na ideia de acesso à justiça. Não se ignora, porém, o amplo conteúdo que o envolve, incluindo não apenas o exercício concreto do direito, mas também as condições indispensáveis para que isso ocorra, como acesso à informação, acesso aos órgãos judiciais, procedimentos adequados, técnicas de resolução consensuais etc.

<sup>7</sup> Durante muito tempo acreditou-se que o problema da efetividade da norma jurídica dizia respeito à sociologia do direito, pois o objeto do jurista seria a norma, enquanto dever-ser. Hodiernamente, porém, as diversas questões que envolvem a concretização da norma produzem impactos significativos sobre a análise do ordenamento jurídico. Essa constatação evidencia a dificuldade em defender a rígida separação entre fato e direito, cujo reconhecimento tem se tornado cada vez mais explícito em sede doutrinária. Diogo de Figueiredo, ao tratar do princípio da realidade, ressalta a importância de que a norma tenha aderência às condições de fato objetivamente reconhecidas: “O Direito Público, em especial, não se pode perder em formulações quiméricas, e pretensões impossíveis, porque estaria fugindo, ademais, à sua finalidade, pois, sob o princípio da realidade, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter condições objetivas de serem *efetivamente* cumpridos em favor da sociedade a que se destinam”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo*. In: TAVARES, Marcelo Leonardo. (Coord.). *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2005, p.15. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma depende não apenas da análise pura e simples de um dever-ser constitucional, mas também das condições apresentadas pela realidade concreta. Foi nesse sentido que, no julgamento do RE135328/SP, o Pretório Excelso reconheceu a figura da norma “em trânsito para a inconstitucionalidade”, em relação ao art. 68 do CPP. Naquela oportunidade, muito embora sob o aspecto do dever-ser fosse clara a transmissão da atribuição da ação civil *ex delicto* de pessoas hipossuficientes do Ministério Público para a Defensoria Pública, a eficácia do dispositivo (aspecto jurídico, portanto) estaria atrelada às condições de efetividade (aspecto fático). Nas palavras de Sepúlveda Pertence: “Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, *de direito e de fato*, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que –na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente”. STF, RE 135328/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/06/1994, publicado no DJU em 20/04/2001, p. 00137.

As normas jurídicas são observadas numa quantidade relevantíssima de casos. O mais comum é que as pessoas paguem a tarifa ao celebrarem um contrato de transporte, recolham os tributos, quando ocorre a hipótese de incidência, respeitem a liberdade de expressão e a integridade física de terceiros. Enfim, muitas expectativas de comportamentos estabelecidos pelo Direito são observadas pela sociedade de forma voluntária<sup>8</sup>.

Tão óbvia quanto à afirmativa anterior é a constatação de que, em certos casos, há frustração do comportamento selecionado pela norma jurídica, seja ele comissivo ou omissivo. Há casos em que o culpado pelo acidente de trânsito se nega a reparar o prejuízo da pessoa prejudicada pela colisão ou em que a pessoa doente se dirige a um hospital público e não obtém atendimento ou, ainda, em que o aluguel devido em razão do contrato de locação deixa de ser pago. Enfim, existem circunstâncias nas quais, em razão de determinados comportamentos, verifica-se uma inconformidade entre a norma jurídica e a situação de fato.

Existem vários instrumentos destinados a evitar a ocorrência de estados fáticos contrários ao direito. Agências reguladoras, por exemplo, normatizam e fiscalizam diversas atividades econômicas, podendo, inclusive, impor sanções. O mesmo se pode dizer em relação aos Tribunais de Contas, no que tange ao uso de verbas públicas, ou às corregedorias, a respeito da atuação dos respectivos agentes. Em qualquer desses exemplos, o objetivo é assegurar que o ordenamento jurídico seja observado.

Os órgãos jurisdicionais fazem parte desse conjunto de instrumentos institucionais destinados à promoção do acesso à justiça no sentido alargado ao qual se faz referência. E, de fato, não se pode negar que o histórico de acesso à justiça no Brasil é indissociável do papel exercido pelo Poder Judiciário, em especial no que diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais sociais<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Apesar de correto em certos casos, não necessariamente essa constatação decorre da realização da pretensão prescritiva do Direito. Muitas vezes, aliás, as pessoas desconhecem a existência de determinadas normas jurídicas e, ainda assim, adotam comportamentos compatíveis com aquelas prescrições. Manfred Rehbinder nota que: “quanto menor é o conhecimento da população a respeito do direito, cujo volume explode, mais se transfere o controle comportamental na sociedade a outros ordenamentos. A população comporta-se conforme o direito porque ela se atém às regras costumeiras, morais, convencionais, resumindo, ao que é comum socialmente”. REHBINDER, Manfred. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 196.

<sup>9</sup> Como bem observa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “o importante é que os direitos que promanam da liberdade e igualdade, como a cidadania, a saúde, a educação, a informação, possam, na prática, ser alcançados, e exigidos de quem está obrigado a fornecê-los. Assim é que o Poder Judiciário volta a ocupar lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. Os assim chamados direitos sociais são objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento. Ao Judiciário compete assegurar o exercício pleno da liberdade (herança do Estado liberal), e também as condições materiais para esse exercício”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29. Com efeito, há vários julgados do Supremo Tribunal Federal consagrando a possibilidade de efetivação judicial de direitos de segunda geração, valendo citar a famosa ADPF nº 45, que tratou sobre a aplicação de recursos financeiros na

Como cediço, determinados direitos, embora já consagrados pelo ordenamento jurídico, só adquirem plena efetividade quando exigidos judicialmente. Por isso, a ausência de acesso ao Poder Judiciário culmina, na grande maioria das vezes, na ausência de acesso à justiça.

Há, portanto, intrínseca relação entre os aspectos material e formal do acesso à justiça<sup>10</sup>. Isso porque, apesar de possível a produção de estados de fato conforme o direito sem atuação do Poder Judiciário, os órgãos jurisdicionais são a garantia de que, em última instância, prevalecerão os comandos determinados pela ordem jurídica<sup>11</sup>.

Pelo menos é esta a promessa veiculada pelo Estado de Direito, quando proíbe, como regra geral, o exercício da autotutela: os interesses legítimos serão assegurados pelo Poder Público, ainda que coativamente<sup>12</sup>.

## 1.2. Acesso à Justiça na Constituição de 1988

Um sistema de acesso aos órgãos judiciários fornece respostas a questões importantes a respeito de quem poderá ter acesso, para a resolução de quais problemas e para o alcance de quais propósitos<sup>13</sup>. Trata-se, portanto, de decisões políticas que permitem definir “o quanto de justiça” será admitido em determinada sociedade<sup>14</sup>. Na prática, o sistema acaba operando de

---

Saúde Pública, o ARE nº 639.337-AgR, relativo ao direito subjetivo à creche e pré-escola e o MI nº 721/DF, que viabilizou o exercício do direito à aposentadoria especial, mesmo ante a mora legislativa sobre a matéria.

<sup>10</sup> O aspecto material, no sentido que temos utilizado, diz respeito à situação de fato experimentada pelo sujeito envolvido e o aspecto formal diz respeito aos modos de acesso às instituições judiciárias. FRIEDMAN, Lawrence. Access to Justice: Some Historical Comments, 37 Fordham Urb. L.J. 3 (2010), p. 4. Disponível em: <<http://irlawnet.fordham.edu/ulj/vol37/iss1/4>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>11</sup> Na famosa expressão de Canotilho: “no direito de acesso aos tribunais inclui-se o direito de obter uma decisão fundada no direito”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 498.

<sup>12</sup> Nas lições de Barbosa Moreira: “Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21.

<sup>13</sup> FRIEDMAN, Lawrence. Access to Justice: some historical comments, 37 Fordham Urb. L.J. 3 (2010), p. 3. Disponível em: <<http://irlawnet.fordham.edu/ulj/vol37/iss1/4>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>14</sup> Problematizando a questão, Friedman questiona: “One also wants to ask the more general question: how much access to justice do we really want? Let us try to imagine a world in which everyone who had any claim whatsoever could get a hearing, had inexpensive and convenient access to counsel, and presumably could get his claim resolved in his favor. Would this be a good society? It could be an Orwellian nightmare”. FRIEDMAN, Lawrence. Access to Justice: some historical comments, 37 Fordham Urb. L.J. 3 (2010), p. 7. Disponível em: <<http://irlawnet.fordham.edu/ulj/vol37/iss1/4>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

forma a promover um equilíbrio entre a promessa de absorção das pretensões e as limitações à capacidade de recebê-las, processá-las e acolhê-las<sup>15</sup>.

A Constituição brasileira, em razão de todo o contexto histórico que lhe antecedeu<sup>16</sup>, atribuiu especial importância ao problema do acesso aos órgãos jurisdicionais – aspecto formal do acesso à justiça, conforme aqui se fez referência<sup>17</sup>. Essa preocupação pode ser identificada em vários dispositivos, dentre os quais se destaca o inciso XXXV do art. 5º, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”<sup>18</sup>. O texto – cuja norma também assegura a proteção dos direitos difusos e coletivos<sup>19</sup> – avançou em relação às redações anteriores porque atribuiu *status* constitucional à tutela preventiva, tornando explícito algo que, a rigor, já se poderia inferir do próprio sistema de proteção de direitos<sup>20</sup>.

Muito embora o legislador tenha sido o alvo preferencial do constituinte originário, o comando insculpido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República é dirigido a qualquer autoridade<sup>21</sup>. Como consequência, todo meio que possa, ainda que indiretamente<sup>22</sup>,

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6ªed. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 393.

<sup>16</sup> A Constituição de 1988 é um marco da redemocratização do país, após mais de duas décadas de regime ditatorial, iniciado em 1964. Nesse período, muitas foram as tentativas de fragilização do Poder Judiciário, como a aposentadoria compulsória de três Ministros do STF em 1969. Além disso, alguns atos do Poder Público foram excluídos da apreciação jurisdicional, como se verifica da leitura do art. 181 da Constituição de 1969: “Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969; II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I”. No mesmo texto constitucional, o art. 153, § 4º estabelecia que “o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido”.

<sup>17</sup> É possível afirmar que a Constituição de 1988 observou uma tendência de ampliação e ênfase na atividade jurisdicional. Cf. sobre o tema: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6ªed. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 393 e ss.; PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, especialmente o texto “A vocação do nosso tempo para a jurisdição” (p. 1-32).

<sup>18</sup> José Afonso da Silva critica “a fórmula utilizada, que confere o direito à jurisdição pela via indireta da proibição de competência ao legislador infraconstitucional de dispor em sentido contrário, em lugar de assegurar o direito na formulação positiva e direta”. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131. A constituição espanhola, por exemplo, estabelece no art. 24, 1, que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, em ningún caso, pueda producirse indefensión”.

<sup>19</sup> JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 234.

<sup>20</sup> A previsão expressa tem importante caráter simbólico, mas não se pode deixar de observar que, independentemente da redação do dispositivo, a tutela preventiva está contida no direito fundamental à prestação jurisdicional adequada. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela de Direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 176.

<sup>21</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ªed. São Paulo: Método, 2008, p. 342.

<sup>22</sup> Enunciado nº 667 da Súmula do STF: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

prejudicar o amplo acesso aos órgãos judiciários, tem sua validade fulminada pela garantia constitucional<sup>23</sup>.

Essas considerações podem levar à impressão de que o direito individual de acesso ao Poder Judiciário é absoluto e que sempre se poderá exigir dos órgãos jurisdicionais respostas para qualquer tipo de pretensão. Trata-se, contudo, de conclusão precipitada.

O direito de ação foi incluído, tal como em outras constituições brasileiras<sup>24</sup>, no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos. Em razão dessa natureza jurídica, aplica-se-lhe o regime jurídico dos direitos fundamentais. Significa dizer que o texto deve ser interpretado de modo a privilegiar a maior eficácia e a máxima efetividade possíveis, porém reconhecendo a necessidade de harmonização com outras normas que coexistem no sistema constitucional. Tal como os demais direitos fundamentais, o direito de ação também é passível de restrições, cuja constitucionalidade deve ser aferida à luz das razões oferecidas e dos bens jurídicos envolvidos.

Justamente por isso, o Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade das chamadas “condições da ação”, cuja ausência impedirá o desfecho normal do processo<sup>25</sup>. Também reconhece a insindicabilidade do mérito do ato administrativo, limitando o controle jurisdicional aos aspectos atinentes à legalidade<sup>26</sup>. No mesmo sentido é a admissão

---

<sup>23</sup> CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. JULGAMENTO SIGILOSO DA CONDUTA DO CANDIDATO. INCONSTITUCIONALIDADE. CF/67, ART. 153, PAR 4.. CF/88, ART. 5. XXXV. I. Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. E que, se a lesão e praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito. (RE 125556, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/1992, DJ 15-05-1992 PP-06786 EMENT VOL-01661-03 PP-00509 RTJ VOL-00141-01 PP-00299)

<sup>24</sup> Assim também o fizeram, por exemplo, as Constituições de 1946 (art. 141, §4º) e de 1967 (art. 150, §4º). Em ambos os casos, a redação foi rigorosamente a mesma: “lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

<sup>25</sup> Nesse sentido: “Execução fiscal. - Inexistem as alegadas ofensas ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, porquanto, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de não ser cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário, ou haja violado o artigo 156, I, da Constituição que instituiu, em favor dos municípios, o IPTU. Recurso extraordinário não conhecido”. (RE 287.154, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.10.2001)

<sup>26</sup> Confira-se: “1. O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades. 2. O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada”. (STJ, MS 12.629/DF 2007/0029.109-0, 3.ª Seção, rel. Ministro Felix Fischer, j. 22.08.2007)

absolutamente excepcional de controle dos requisitos de relevância e urgência, exigidos para a edição de medida provisória<sup>27</sup>.

De qualquer modo, a existência de tais exceções não infirma a conclusão de que o sistema brasileiro admite controle judicial de praticamente toda e qualquer controvérsia.

Observe-se, porém, que a mera previsão ampla da possibilidade de acesso aos órgãos judiciais, embora de extrema importância, não é suficiente para assegurar o exercício desse direito por toda a população. Também não é capaz de viabilizar a tutela dos mais diversos direitos cuja proteção o Estado se propõe a realizar.

Por isso, tornou-se necessário, de um lado, identificar quais as dificuldades concretas de acesso à justiça e, por outro, desenvolver mecanismos que assegurassem a efetividade da atuação judicial. Em outras palavras, houve especial preocupação com a efetividade do direito de ação<sup>28</sup>.

Desse modo, a Constituição brasileira não só assegura o acesso aos órgãos judiciais, com também busca superar os obstáculos materiais que, eventualmente, possam comprometer a efetividade social desse direito. Além disso, estabelece-se no próprio texto constitucional uma série de instrumentos processuais destinados à defesa dos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Boa parte deles, inclusive, foram inseridos no rol de direitos fundamentais.

A essas normas somam-se outras que dizem respeito ao modo de ser do processo. A exigência de contraditório, de duração razoável, de proteção da coisa julgada, de imparcialidade do juiz, de inadmissibilidade de provas ilícitas, de isonomia entre as partes, de motivação das decisões explicitam um conteúdo mínimo do qual o legislador ordinário não pode se afastar, sob pena de inconstitucionalidade. Daí se falar em um modelo constitucional do Direito

---

<sup>27</sup> A esse respeito: “Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente”. (ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007)

<sup>28</sup> Essa perspectiva, em termos processuais, ganhou explicitação eloquente com o Projeto Florença, cujos impactos foram absolutamente relevantes na construção do modelo de acesso à justiça brasileiro. Tratou-se, como cediço, de pesquisa empírica, voltada ao estabelecimento de novo enfoque aos estudos do acesso à justiça, especialmente no que diz respeito à efetividade do exercício do direito de ação, vislumbrada a partir de duas finalidades: igualdade de acesso e produção de resultados individual e socialmente justos. Foram identificados, basicamente, três enfoques necessários ao combate da falta de acesso à justiça, em relação aos quais ficou consagrada a expressão “ondas renovatórias”. A primeira delas diz respeito à assistência jurídica gratuita e, portanto, destinada a enfrentar o obstáculo do ônus financeiro no processo. A segunda se refere ao reconhecimento e tratamento de direitos coletivos e, portanto, se destinada a enfrentar o problema da excessiva individualização do tratamento do acesso à justiça, em relação a uma sociedade que, à época, já lidava com problemas mais complexos e com cada vez maior repercussão transindividual. A terceira onda renovatória menciona a necessidade de um novo enfoque do acesso à justiça. Essa perspectiva apresentava, certamente, a efetividade como núcleo central, sublinhando a necessidade de reformas do sistema, a fim de assegurar a efetiva tutela de direitos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31-73.

Processual Civil<sup>29</sup>, cuja complexidade apenas evidencia a ênfase atribuída à atividade jurisdicional.

Sob o signo da efetividade<sup>30</sup>, o direito de ação já não poderia significar apenas o acesso formal à justiça. Isso porque, como já mencionado, os órgãos judiciais são apenas um meio – na verdade, um dos vários meios disponíveis – para que se obtenha a fruição de uma situação de fato compatível com a ordem jurídica posta.

Por isso, o direito de ação passa a ser reconhecido a partir de um caráter dinâmico, que engloba a totalidade da atividade processual e se prolonga aos resultados obtidos através do exercício da jurisdição<sup>31</sup>. Trata-se de aproximar o aspecto formal (relativo à atuação jurisdicional) do aspecto material (relativo aos resultados).

A prioridade atribuída pela Constituição à questão da efetividade do direito de ação foi recepcionada na prática dos tribunais, com impactos importantes sobre número de processos submetidos aos órgãos jurisdicionais.

### **1.3. O sistema de acesso à justiça na prática**

A Constituição não muda o ordenamento jurídico da noite para o dia. Muitas normas demandam maturação para que alcancem toda a potencialidade de significado. Outras

---

<sup>29</sup> Sobre o modelo constitucional do processo civil, leciona Cassio Scarpinella Bueno: “Estudar direito processual a partir da CF é, antes de tudo, extrair tudo o que ela contém sobre o direito processual civil. Todas as normas constitucionais de direito processual civil que criam o modelo de organização e de atuação do Estado-juiz. Criam no sentido de impor o modelo – não apenas um, qualquer um, mas o modelo – a ser necessariamente observado pelo intérprete e pelo aplicador do direito processual civil”. BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45.

<sup>30</sup> A busca da efetividade dos direitos era, ao tempo dos debates constitucionais, tema central dos estudos na área do Direito Processual. Basta lembrar, por exemplo, que a primeira edição da obra “A instrumentalidade do Processo”, de Candido Rangel Dinamarco, é de 1987 e, portanto, evidencia essa contemporaneidade. Mesmo antes, trabalhos como os de Ada Pellegrini Grinover e Barbosa Moreira reforçavam temáticas relativas às “funções sociais do processo”, com importantes reflexos na formação de uma “bagagem institucional” que se desenvolveu especialmente no que diz respeito à tutela coletiva. Nesse particular, lembre-se que o ordenamento jurídico brasileiro já contava, quando da promulgação da Constituição de 1988, com importantes diplomas de proteção de direitos transindividuais, como a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

<sup>31</sup> Como observam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Trata-se de direção oriunda da consciência de que não basta declarar direitos, importando antes instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos, sem os quais o direito perde qualquer significado em termos de efetiva atuabilidade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 215. Essa posição, aliás, está consagrada no art. 4º do novo Código de Processo Civil: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

dependem da criação de órgãos ou da aprovação de leis para que alcancem plena aplicação. Mas, como já dito, a Constituição de 1988 nasce com uma ambição de efetividade e esse propósito foi realmente incorporado à prática jurídico-institucional em diversos aspectos<sup>32-33</sup>.

No que tange ao acesso da população carente aos órgãos judiciários, vários pontos merecem destaque. O direito à gratuidade de justiça encontra larga efetividade no sistema e, atualmente, os custos do processo não representam o óbice mais relevante a quem pretende litigar na justiça civil e não possui recursos para financiar a empreitada<sup>34</sup>.

Lembre-se, porém, que esse direito, embora antigo no ordenamento jurídico brasileiro<sup>35</sup> e absolutamente indispensável<sup>36</sup>, não é suficiente à efetividade do acesso à justiça. Isso porque, como regra, o próprio interessado não possui capacidade postulatória e depende de profissional habilitado para propositura da demanda.

Quanto a esse problema, a expansão da Defensoria Pública tem exercido papel fundamental. É que, na ausência da Instituição, o acesso à justiça da população carente depende, fundamentalmente, da atuação *pro bono* de advogado particular ou de nomeação judicial<sup>37</sup>. Tais alternativas são, a toda evidência, insuficientes, dado o enorme número de pessoas pobres no país.

Justamente por isso, a Emenda Constitucional nº 80/2014 determinou a lotação de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do país no prazo de 08 anos<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, nota prévia, p. X.

<sup>33</sup> Evidentemente, reconhecer que houve um enorme esforço para ampliação do acesso à justiça não significa ignorar a existência de práticas que apontaram no sentido diametralmente oposto, como também se discutirá adiante.

<sup>34</sup> Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, 33% de todos os processos solucionados no ano de 2017 contavam com partes beneficiadas pela gratuidade. O órgão também verificou que esse percentual é o maior dos últimos três anos, indicando majoração do deferimento de gratuidade. Justiça em números 2018, p. 82.

<sup>35</sup> Basta lembrar que, até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a matéria era integralmente regulada pela Lei nº 1.060/50.

<sup>36</sup> Como observa Araken de Assis: “Antes de colocar os necessitados em situação material de igualdade, no processo, urge fornecer-lhes meios mínimos para ingressar na justiça, sem embargo da ulterior necessidade de recursos e armas técnicas, promovendo o equilíbrio concreto. Neste sentido, a gratuidade é essencial à garantia do acesso à justiça”. ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo, RT, 2001, p. 75.

<sup>37</sup> A hipótese está prevista no art. 22, §1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), nos seguintes termos: “o advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”.

<sup>38</sup> Trata-se do art. 98, §1º, do ADCT, segundo o qual: “No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo”.

Provavelmente, a meta não será cumprida<sup>39</sup>, porém os últimos anos marcaram avanços importantes na prestação desse serviço público<sup>40</sup>, que representa instrumento essencial ao pleno exercício do direito de acesso à justiça.

Também bastante relevante é a expansão do sistema dos juizados especiais, que agora alcança as causas propostas em face do Poder Público, em âmbito estadual e federal. A atribuição de capacidade postulatória aos próprios interessados<sup>41</sup>, somada a ausência de custas processuais no primeiro grau, torna essa via processual um dos mais importantes mecanismos de ampliação de acesso aos órgãos judiciários. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, há 1.606 juizados especiais no país<sup>42</sup>, onde tramitam mais de 8 milhões de processos<sup>43</sup>.

O obstáculo geográfico também vem sendo, igualmente, enfrentado com bastante empenho pelas administrações judiciárias. Como se sabe, é bastante comum que as instalações físicas do Poder Judiciário se encontrem em regiões centrais dos grandes centros urbanos, dos quais parte relevante da população normalmente está afastada. Nessa linha, a instalação de fóruns descentralizados nas cidades de maior contingente populacional tem desempenhado função importantíssima na promoção do acesso à justiça.

---

<sup>39</sup> A Associação Nacional dos Defensores Públicos noticia, em matéria do dia 05 de julho de 2018, que: “Hoje no Brasil há cerca de 5.900 defensoras e defensores públicos. De acordo com o Ministério da Justiça, o ideal é um profissional para atender cada grupo de 15 mil pessoas. No entanto, o déficit da categoria é de pelo menos 6 mil. Conforme dados do IV Diagnóstico da Defensoria Pública, a Instituição só está presente em 40% das unidades jurisdicionais do território nacional. A balança da Justiça mostra-se ainda mais desequilibrada quando comparado o número de juizes (11.807) e de promotores (10.874)”. 85 defensoras e defensores públicos tomaram posse na Defensoria Pública no 1º semestre de 2018. ANADEP, Brasília, 05 de jul. de 2018. Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37743>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>40</sup> Em 2013, Paraná e Santa Catarina nomearam os aprovados no primeiro concurso público para ingresso na carreira, restando apenas o Amapá ainda sem instituir Defensoria Pública. No primeiro semestre de 2018 foram empossados 85 defensores públicos no país, conforme dados da ANADEP. ANADEP, Brasília, 05 de jul. de 2018. Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37743>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>41</sup> Lembre-se, porém, que a capacidade postulatória é limitada a causas de até 20 salários mínimos federais, nos juizados especiais cíveis, conforme art. 9º, da Lei 9.099/95. A regra foi reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.539: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Acesso à Justiça. Juizado Especial. Presença do Advogado. Imprescindibilidade relativa. Lei 9.099/95. Observância dos preceitos constitucionais. Razoabilidade da norma. Ausência de advogado. Faculdade da parte. Causa de pequeno valor. Dispensa do advogado. Possibilidade”. (STF, ADI 1.539/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.04.2003). Para uma defesa da inconstitucionalidade da regra, cf. ROCHA, Felipe Borring. Manual dos Juizados Especiais Cíveis. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 83.

<sup>42</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 19.

<sup>43</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 36 e 44.

O Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, criou 10 (dez) Fóruns<sup>44</sup> Regionais na Capital, além do Fórum Central<sup>45</sup>. Já o Poder Judiciário do Estado de São Paulo estabeleceu 12 (doze) Fóruns Regionais<sup>46</sup> e o do Paraná instituiu 5 (cinco), tudo a demonstrar que se trata de um importantíssimo mecanismo de ampliação do acesso à justiça.

Além de facilitar o acesso de quem anteriormente não teria condições de propor demandas perante o Poder Judiciário, a prática cotidiana da jurisdição também ampliou significativamente as matérias passíveis de controle. Isso ocorreu especialmente nas questões de direito público. Com efeito, mesmo em relação a atos administrativos tradicionalmente reconhecidos como discricionários, passou-se a reconhecer um espaço considerável de sindicabilidade. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de aprovação em concurso público. Atualmente, é farta a jurisprudência reconhecendo o direito subjetivo à nomeação em várias hipóteses, restringindo sobremaneira a anteriormente ampla discricionariedade do administrador na matéria<sup>47</sup>.

O mesmo pode ser dito em relação ao controle judicial de políticas públicas. Como se sabe, as normas constitucionais que preveem direitos sociais eram inicialmente reconhecidas como de eficácia limitada e, portanto, não poderiam ser imediatamente exigidas em ações judiciais propostas em face do poder público. Contudo, a jurisprudência passou a considerar, em muitos casos, possível a imediata exigibilidade de determinados direitos sociais, circunstância que ampliou consideravelmente o rol de matérias sindicadas pelo Poder Judiciário<sup>48</sup>.

Ainda no que diz respeito a essas relações de direito público, um último exemplo precisa ser mencionado. Trata-se do caso da alteração da posição dos tribunais em relação à eficácia do mandado de injunção. Cuida-se de instrumento processual destinado ao controle de omissões do Poder Público que obstem o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

---

<sup>44</sup> A rigor, como observa Dinamarco, trata-se de *foros* regionais, que são tratados pela lei de organização judiciária como verdadeiros *sub-foros*, ou *sub-comarcas*". DINAMARCO, Candido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 153.

<sup>45</sup> Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/foruns-regionais-capital>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/PrimeiraInstancia/FolhetosInformativos/Capital/FolhetoForunsCentraisRegionais.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>47</sup> Atualmente, reconhece-se a existência de direito subjetivo à nomeação em pelo menos três hipóteses: quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração. STF. Plenário. RE 837311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015.

<sup>48</sup> CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à Saúde: de norma programática a direito individual exigível. *In*: Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, Vol 19, n° 34, ago. 2012, p. 119-132.

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Inicialmente a jurisprudência reconhecia uma eficácia bastante restrita desse instrumento processual, atribuindo-lhe apenas conteúdo declaratório. Contudo, o mandado de injunção se mostrou extremamente ineficaz à tutela dos direitos, razão pela qual a jurisprudência primeiro avançou para reconhecer uma eficácia concreta individual, para depois admitir a eficácia concreta geral a determinados provimentos jurisdicionais<sup>49</sup>. É evidente um incremento de efetividade, pois o instrumento se tornou mais adequado à tutela de direitos<sup>50</sup>.

Todos os fatores até aqui mencionados impactam no número de processos pendentes perante os órgãos do Poder Judiciário. É claro que, considerada a realidade brasileira, a grande maioria dos casos representa apenas uma cifra negra de litígios contidos, razão pela qual a existência de tais processos indica uma melhora significativa no sistema de acesso.

Entretanto, não é possível ignorar que parte das demandas judiciais pendentes é resultado de algumas disfunções, dentre as quais se destacam especialmente duas: a desvalorização da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e a excessiva dispersão jurisprudencial<sup>51</sup>.

Os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos que, em razão de certas características, restam mais adequadamente tutelados pela via coletiva<sup>52</sup>. Entretanto, a legislação brasileira restringe a molecularização da tutela justamente em hipóteses nas quais a ausência de tais instrumentos costuma provocar a reprodução serial de demandas individuais. É o caso, por exemplo, de questões que envolvem tributos, contribuições previdenciárias e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço<sup>53</sup>. Além disso, a falta de regramento adequado em

---

<sup>49</sup> QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 299 e ss.

<sup>50</sup> Atualmente, a Lei nº 13.300/2016 prevê no art. 8º que: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma”.

<sup>51</sup> Juliana Pondé Fonseca menciona outro fator importantíssimo: atuação do Estado. A autora indica a existência de três posições assumidas pelo Poder Público, que representam uma espécie de boicote à efetividade dos direitos. Assim, o Estado assume, sucessivamente, as posições de violador de direitos, litigante contumaz e, por fim, descumpridor de decisões judiciais. FONSECA, Juliana Pondé. O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro: direito e política em processo. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2015, p. 138. O tema é desenvolvido com bastante profundidade no capítulo 3 do trabalho citado.

<sup>52</sup> A questão da natureza dos direitos individuais homogêneos e dos problemas relacionados à tutela coletiva serão debatidos com maior atenção mais à frente.

<sup>53</sup> Trata-se do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, na redação que lhe deu a MP nº 2180-35/2001, segundo o qual: “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos,

relação ao regime jurídico da prescrição das pretensões individuais pode ensejar, em casos duvidosos, a propositura de demandas individuais, frustrando o objetivo da tutela coletiva<sup>54</sup>. Acrescente-se, ainda, que o próprio regime de execução da sentença coletiva favorece a multiplicação de demandas, já que a legislação estabelece procedimento no qual a satisfação do direito ocorre a partir da propositura de demandas executivas individuais<sup>55</sup>.

Esses problemas são agravados pela desproporção entre o número de demandas propostas por entidades civis, em comparação à quantidade de ações ajuizadas por entes públicos – especialmente o Ministério Público. Como consequência, aquelas demandas que o *Parquet* opta por não propor, seja por falta de estrutura para absorver todas as necessidades coletivas, seja por qualquer outra razão, simplesmente deixam de receber tratamento coletivo e, via de regra, se manifestam judicialmente na forma de diversas ações individualizadas.

Ocorre que a tutela jurisdicional individual também possui funcionamento que estimula a reprodução serial da litigância. O sistema de acesso à justiça tem se revelado incapaz de uniformizar e estabilizar os entendimentos jurisprudenciais, resultando em uma miríade de decisões divergentes.

A ausência de resolução definitiva das questões submetidas ao Poder Judiciário tem como consequência a perpetuação indefinida do litígio, especialmente quando o problema diz respeito a demandas seriais. Nesses casos, mesmo quando há uma aparente definição pelos órgãos jurisdicionais, subsiste a expectativa de que haja alteração de posicionamento, sobretudo pela frequência com que as próprias cortes de superposição desrespeitam os próprios precedentes.

Ao contrário do que se possa imaginar, não é natural e necessário que relações jurídicas homogêneas resultem em conflitos judiciais seriais reproduzidos quase na mesma escala. Se o ciclo de formação da disputa judicial se completa inúmeras vezes, em relação a diferentes

---

contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

<sup>54</sup> Sérgio Arenhart apresenta a questão relativa à interrupção da prescrição das pretensões individuais no caso em que, posteriormente, se reconhece a ilegitimidade ativa do autor da demanda coletiva. Mesmo defendendo a necessidade de proteção da boa-fé dos indivíduos substituídos, o autor conclui que “esse déficit legislativo, obviamente, leva à insegurança jurídica a respeito do tratamento da prescrição – sobretudo na relação entre a ação coletiva e as ações individuais. Porque não se sabe se o ajuizamento da ação coletiva redundará na suspensão do prazo prescricional para as ações individuais, o particular é estimulado a propor, também ele, sua demanda própria em juízo, e não esperar o resultado da ação coletiva. Com isso, tem-se mais um instrumento e multiplicação das demandas de série o que, como visto, a partir do princípio da proporcionalidade pamprocessual, não se justifica do ponto de vista constitucional”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 60.

<sup>55</sup> Idem, p. 64.

relações homogêneas, o fenômeno não pode ser explicado com base em meras decisões individuais de litigância<sup>56</sup>.

O diagnóstico a respeito de como se chegou ao estado atual é, pois, complexo. Não há uma única causa explicativa da litigância repetitiva e nem mesmo o modo de interação entre os diversos fatores envolvidos pode ser considerado indiscutível. Circunstâncias jurídicas, econômicas, sociais e culturais funcionam como estímulos ou desestímulos à litigância, razão pela qual influenciam, em maior ou menor medida, no modo como será mais comumente assegurado o acesso à ordem jurídica justa<sup>57</sup>.

Perceba-se que, seja pelas políticas de ampliação de acesso à justiça, seja pelas disfunções do sistema, o resultado foi um aumento exponencial do número de processos pendentes, reforçando a ideia há muito presente de que o Poder Judiciário estaria em crise e, por isso, precisaria ser reformado.

#### **1.4. Da falta ao excesso: uma nova crise de acesso à justiça?**

Como demonstrado acima, a Constituição assegurou, sob o ponto de vista formal, amplo acesso ao Poder Judiciário e, além disso, também estabeleceu diversos mecanismos destinados à atribuição de efetividade ao direito de ação. Decisões judiciais também conferiram uma ampliação do sistema, seja pela admissão de questões anteriormente insindicáveis, seja pela atribuição de eficácia reforçada a certos institutos.

Mas, como se sabe, a solução de determinados problemas pode simplesmente nos conduzir a problemas novos.

O fato é que havia uma enorme demanda contida de prestação jurisdicional e o Poder Judiciário não conseguiu processar de forma adequada todos os feitos em trâmite. Como resultado, houve significativo aumento do acervo judicial, dada a diferença entre processos iniciados e processos encerrados, com significativa vantagem numérica em favor destes

---

<sup>56</sup> Citando as pesquisas de Felstiner e seus colaboradores, Lawrence Friedman explica que o processo de transformação de experiências nocivas em reivindicações judiciais ocorre em três etapas: “Primeiramente, os indivíduos percebem estar passando por uma ‘experiência nociva’ (chamada de ‘*naming*’). Em seguida, a experiência se torna uma queixa (‘*blaming*’). A terceira etapa é o ‘*claiming*’, ou seja, o processo de dirigir-se à parte responsável e declarar um pedido de medidas corretivas. Nesse ponto, surge uma disputa que, caso não seja resolvida ou conciliada previamente, pode acabar em um litígio efetivo”. FRIEDMAN, Lawrence M. Litigância e sociedade. *In*: Revista de Direito Administrativo. Vol. 263. Rio de Janeiro, maio/ago. 2013, p. 18.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

últimos. Essa tendência de acumulação sistemática de processos tem sido chamada de “Crise do Poder Judiciário”<sup>58</sup>.

A ideia de crise está relacionada a uma mudança brusca de estado ou a uma alteração importante no curso de determinado evento ou fenômeno. É possível, por exemplo, afirmar que determinada pessoa, após ingerir um alimento, sofreu de crise alérgica. Ou que um idoso faleceu em razão de uma crise cardíaca. O termo também pode ser utilizado para indicar mudanças de ambiente ou humor. Nesse caso, basta pensar na hipótese de alguém que recebe notícia indesejada e sofre uma “crise de nervos” ou de relacionamento que “entra em crise” após a descoberta de uma traição.

Associam-se à ideia de “crise” três elementos fundamentais: a alteração de estado, a anormalidade e a transitoriedade. Como superação da crise é possível retornar ao estado anterior ou avançar para algo distinto do estado inicial e do estado crítico.

Partindo dessas ideias gerais, é bastante discutível a existência da mencionada “crise do Poder Judiciário”. Isso porque, ao contrário do se possa imaginar, não é recente a percepção de que o sistema judicial é incapaz de processar a quantidade de demandas que lhe são submetidas<sup>59</sup>. E, apesar da escassez de dados em relação a períodos mais remotos, há farto registro documental de que não é recente o acúmulo de processos na estrutura dos órgãos judiciais<sup>60</sup>. Assim, as ideias de alteração de estado, anormalidade e transitoriedade não estariam presentes, desautorizando o uso do termo crise para aludir ao funcionamento do sistema de justiça.

De qualquer modo, a ideia de crise também pode ser relacionada à escassez. É o que ocorre quando fazemos alusão, por exemplo, à crise de abastecimento de combustíveis. Aqui,

---

<sup>58</sup> Há um outro sentido de crise, baseado na ideia de judicialização da política e que tem servido de fundamento para a legitimar e incorporação de instrumentos de controle sobre o Poder Judiciário. Para uma interessante abordagem a respeito de mecanismos de disciplina judiciária, conferir: FONSECA, Juliana Pondé. O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro: direito e política em processo. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2015, especialmente o Capítulo 1.

<sup>59</sup> Essa percepção atinge especialmente os tribunais superiores: “Desde os anos 30, já se discutia a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal (STF). A criação do TFR na década de 40, em certo sentido, foi uma resposta a essa situação. A partir dos anos 60, acentuou-se o debate, no que passou a ser chamada como ‘crise do Supremo’. Nos dizeres do jurista Alfredo Buzaid, a crise consistia no ‘desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos por ele proferidos, sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão (...) se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento’”. A crise do Supremo. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-crise-do-Supremo)>. Acesso em 30 nov. 2018.

<sup>60</sup> Para uma série de referências a respeito, cf. SILVA NETO, Antônio de Barros. A Crise do Supremo Tribunal Federal e a Delimitação de suas Competências. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/a-crise-do-supremo-tribunal-federal-e-a-delimitacao-de-suas-competencias/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

a falta de determinado bem adere ao sentido de anormalidade ínsito ao estado crítico, porém adicionando o elemento de urgência causado pela privação de um recurso considerado útil ou necessário.

Pensar a “crise do Poder Judiciário” é, sob essa ótica, considerar que os recursos disponíveis são muito inferiores àqueles efetivamente necessários para o desempenho da jurisdição. Contudo, dados atuais demonstram fortes investimentos no sistema de justiça<sup>61</sup>, revertidos especialmente em ampliação do número de magistrados e nos órgãos responsáveis pela solução consensual de conflitos<sup>62</sup>. Os dados, portanto, não justificam considerar a existência de uma crise, ao menos sob o viés da escassez.

De qualquer modo, não é preciso reconhecer a existência de uma crise no sistema judiciário para propor medidas destinadas a melhorá-lo, ainda que não resolvam os gargalos existentes em toda sua amplitude, mitigam os efeitos da crise.

Para além disso, o diagnóstico atual do sistema judiciário revela que, em vários aspectos, a percepção social do sistema de justiça é mais pessimista do que os números. E, ainda nos casos em que os índices não são satisfatórios, as tendências indicadas pelas séries históricas apontam melhores resultados no horizonte, ao menos sob o aspecto quantitativo.

## 1.5. A Justiça em números

Até 2004 não havia na estrutura do Poder Judiciário brasileiro um órgão capaz de centralizar as informações a respeito da prestação jurisdicional e, portanto, o diagnóstico a respeito do sistema de acesso à justiça no Brasil era bastante impreciso. Naquele ano, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda Constitucional nº 45, atribuindo-lhe o controle da atuação administrativa e financeira dos tribunais e a fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais pelos magistrados.

---

<sup>61</sup> Dados revelam, por exemplo, que o custo do Poder Judiciário chega a 2% do PIB nacional. Nesse sentido: SCARAMUZZO, Mônica; *et al.* Desembolso com Judiciário chega a 2% do PIB no País. O Estado de S. Paulo, 02 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desembolso-com-judiciario-chega-a-2-do-pib-no-pais,70002629765>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>62</sup> Ainda assim, o Brasil tem, proporcionalmente, menos juízes a cada 100 mil habitantes do que alguns países latinos americanos, como Colômbia e Argentina, e europeus, como Itália, Espanha, Portugal e Alemanha. TATEMOTO, Rafael. Judiciário do Brasil custa mais caro e tem menos juízes que a Alemanha. Justificando, 15 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/05/15/judiciario-brasil-custa-mais-carro-e-tem-menos-juizes-que-alemanha/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

Desde, então, há um esforço para compilar diversos dados referentes aos processos que tramitam perante o Poder Judiciário para, a partir deles, estabelecer estratégias coordenadas de melhora da prestação da atividade jurisdicional<sup>63</sup>. Os resultados das informações fornecidas pelos tribunais são integrados ao relatório anual “Justiça em Números”, cuja primeira edição é de 2005.

Ao longo do tempo, resoluções do CNJ reforçaram a institucionalidade das pesquisas, com a regulamentação do Sistema de Estatística do Poder Judiciário em 2006, a organização do Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica em 2007 e, finalmente, a elaboração do primeiro Planejamento Estratégico do Poder Judiciário em 2009<sup>64</sup>.

Perceba-se que a compilação de dados permitiu o melhor conhecimento do Poder Judiciário em diversos aspectos. A quantidade de órgãos jurisdicionais, o número de juízes e servidores, os recursos financeiros empregados, o montante de processos pendentes e o tempo médio de duração nas fases de conhecimento e execução são informações que permitem identificar os objetivos a serem perseguidos, orientando políticas públicas judiciárias<sup>65</sup>.

Dada a periodicidade anual dos estudos, é possível verificar e comparar a relação entre as metas fixadas, os meios utilizados e os resultados efetivamente obtidos. Isso permite, por um lado, substituir estratégias malsucedidas e, por outro, reforçar e ampliar práticas de desempenho satisfatório.

Os focos na gestão adequada dos processos e na melhora do desempenho do Poder Judiciário como um todo estão evidentes em vários objetivos, como, por exemplo, julgar um

---

<sup>63</sup> NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: RT, 2016, p. 28.

<sup>64</sup> São, respectivamente, as Resoluções nº 15/2006, 49/2007 e 70/2009.

<sup>65</sup> “Tem-se, no Relatório, os problemas que precisam ser resolvidos para a prestação da jurisdição em tempo razoável, como constitucionalmente assegurado ao cidadão. Principalmente, busca-se entender em que áreas o Poder Judiciário há de atentar prioritariamente para sua mudança em benefício do jurisdicionado, por ser indiscutível que a tardia prestação jurisdicional é inaceitável. Demonstram-se, também, as dificuldades com que lida o Judiciário, com volume de processos e modelo de legislação processual que adia a finalização dos casos submetidos à jurisdição”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 07.

número maior de processos do que os distribuídos no ano corrente<sup>66</sup> e priorizar o julgamento de feitos antigos<sup>67</sup> e de ações coletivas<sup>68</sup>.

É claro que, muitas vezes, o integral cumprimento dessas metas não é atingido pelos tribunais. Contudo, as informações mais recentes já apontam para avanços significativos. Em 2017, por exemplo, a produtividade dos magistrados atingiu o maior índice da série histórica de nove anos, segundo dados do CNJ<sup>69</sup>. Também merece destaque o fato de que, pelo terceiro ano consecutivo, o número de processos baixados foi superior ao número de processos novos. Esse último relatório também aponta aumento de 5,2% no número de casos solucionados<sup>70</sup>, com resultado final de resolução 6,5% maior que a demanda aferida para o mesmo período<sup>71</sup>. Outro dado relevante diz respeito ao tempo médio dos processos até a sentença. Na fase de conhecimento, o feito tramita por um ano e sete meses até a sentença, tempo reduzido à média de dez meses nos Juizados Especiais<sup>72</sup>. Em relação aos processos de execução, porém, a média é bem superior (quatro anos e onze meses)<sup>73</sup>, mas, também aqui, se verifica melhora em relação a períodos anteriores.

---

<sup>66</sup> Cuida-se da primeira meta nacional aprovada no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas nacionais para 2018 aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9abe28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>67</sup> Trata-se, aqui, da segunda meta nacional aprovada no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas nacionais para 2018 aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9abe28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>68</sup> Trata-se, aqui, da sexta meta nacional aprovada no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas nacionais para 2018 aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9abe28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>69</sup> “Os índices de produtividade dos magistrados (IPM) e dos servidores (IPS-Jud) são calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição. A carga de trabalho indica o número de procedimentos pendentes e resolvidos no ano, incluindo não somente os processos principais, como também os recursos internos e os incidentes em execução julgados e em trâmite. O IPM e o IPS-Jud variaram positivamente no último ano em 3,3% e 7,1%, respectivamente. As cargas de trabalho, por sua vez, mantiveram-se constantes para os magistrados e registraram crescimento para os servidores, na ordem de 3,7%”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 83.

<sup>70</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, 73.

<sup>71</sup> O indicado é medido pelo CNJ através do Índice de Atendimento à Demanda, que, no caso, apontou 106,5%, indicando a resolução de 6,5% de casos acima da demanda. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 73.

<sup>72</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 144.

<sup>73</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 144.

Entretanto, o resultado agregado ainda é insatisfatório. Considerando a série histórica de 2009 a 2017, pode-se verificar que a demanda por prestação jurisdicional apresentou crescimento acumulado na ordem de 18,3% e, no mesmo período, houve aumento de 31,9% no estoque geral<sup>74</sup>. Atualmente, tramitam no Poder Judiciário mais de 80,1 milhões de processos, totalizando tempo de giro de acervo<sup>75</sup> de 2 anos e sete meses<sup>76</sup>. Há, portanto, muito o que ser feito<sup>77</sup>.

De qualquer modo, houve uma mudança bastante perceptível no modo de lidar com o problema da litigância e, principalmente, com a forma de elaborar metas e definir políticas públicas. Como demonstrado, o CNJ imprimiu uma agenda pautada na lógica da eficiência, adotando a produtividade e a celeridade como critérios de mensuração de desempenho<sup>78</sup>.

Entretanto, a vantagem dessa forma de abordagem não é pacífica na doutrina, havendo parcela relevante de estudiosos que a associam a projeções da doutrina neoliberal no exercício da função jurisdicional.

De fato, em 1996 o Banco Mundial produziu documento técnico a respeito do funcionamento do Poder Judiciário na América Latina, identificando uma série de problemas e sugerindo soluções. Naquela oportunidade, um dos eixos centrais apontados para melhora dos sistemas de justiça foi justamente a otimização do gerenciamento dos recursos dos tribunais e também dos processos em curso<sup>79</sup>. Além disso, questões voltadas ao combate da morosidade e

---

<sup>74</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas nacionais para 2018 aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017, p. 73.

<sup>75</sup> O tempo de giro de acervo é período de tempo para sejam julgados todos os processos, caso nenhuma nova demanda seja proposta e se mantenha o nível de produtividade de servidores e magistrados.

<sup>76</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas nacionais para 2018 aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017., p. 74.

<sup>77</sup> A metodologia utilizada pelo CNJ não é imune a críticas: “Certamente tentativas de tornar o Poder Judiciário mais eficiente são louváveis, mas as metas e a análise de produtividade do CNJ foram estabelecidas de forma genérica, sem atentar para quaisquer peculiaridades locais ou provenientes da competência dos diferentes órgãos, e sem considerar os diversos graus de complexidade de cada processo. Em relação às metas propriamente ditas, elas são as mesmas, tanto para a Justiça Estadual, quanto para a Federal, quanto para a Justiça Militar, sendo que o número de ações ajuizadas por ano é completamente diferente para cada uma. Já em relação à produtividade de cada magistrado, os relatórios e estatísticas do CNJ não fazem qualquer distinção entre um processo coletivo e um processo individual. Na verdade, apenas compatibiliza o número de decisões, de sentenças com ou sem resolução de mérito e sentenças que homologam acordos. Do ponto de vista do cálculo de produtividade, melhor julgar 100 ações individuais idênticas que um processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos”. FONSECA, Juliana Pondé. O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro: direito e política em processo. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2015, p. 71.

<sup>78</sup> MARCELINO JR., Júlio Cesar. Análise econômica do acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136.

<sup>79</sup> “(...) a administração da justiça necessita ser analisada como uma das áreas mais importantes da reforma. A administração da justiça engloba duas áreas: a administração das cortes e dos processos, ambos devem ser revistos visando o aprimoramento da instituição. A administração das Cortes envolve as funções administrativas das Cortes, incluindo os setores administrativos, pessoal, orçamento, sistema de informações, estatísticos,

da imprevisibilidade das decisões judiciais também foram mencionadas no relatório<sup>80</sup>, tudo a confirmar a influência desse pensamento na atuação do CNJ e na conformação de diversas reformas processuais.

Os críticos das propostas veiculadas pelo Banco Mundial observam que a análise do sistema processual a partir da lógica da produtividade reduziria o papel do cidadão, cuja posição seria substituída pela figura do usuário dos serviços judiciários<sup>81</sup>. Tal substituição representaria a despolitização da atividade jurisdicional e neutralizaria a dimensão participativa do processo, em favor de um perfil burocrático, padronizado e não reflexivo<sup>82</sup>. Até mesmo os institutos de resolução consensual dos conflitos estariam capturados pela lógica quantitativa e gerencial, em detrimento da dimensão voluntária e participativa que deveria nortear o uso desses instrumentos<sup>83</sup>.

Haveria, assim, como pano de fundo, uma primazia dos interesses públicos envolvidos que subjugaria os interesses das partes, reforçando a lógica assimétrica do processo, também prevalente no modelo de jurisdição do Estado Social.

A superação dessas condições apenas seria possível com o restabelecimento da simetria entre os sujeitos processuais, através da adoção de um modelo policêntrico, no qual todos se envolvem no contraditório de maneira paritária – inclusive o órgão judicial<sup>84</sup>.

---

planejamento e manutenção. De outro lado, a administração de processos refere-se ao processamento das ações, abrangendo, por exemplo, o gerenciamento de processos”. DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial. Documento técnico nº 319 do Banco Mundial. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

<sup>80</sup> Nos termos do relatório, “(...) 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, Maria. Banco Mundial. Documento técnico nº 319 do Banco Mundial. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

<sup>81</sup> Nesse sentido: “Tal perspectiva processual, aqui denominada ‘neoliberal’, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea ‘c’, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura do cidadão-jurisdicionado à de um mero expectador privado (consumidor) da ‘prestação jurisdicional’, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos)”. NUNES, Dierle. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2012, p. 163.

<sup>82</sup> Idem, p. 165-166.

<sup>83</sup> Idem, p. 173-175.

<sup>84</sup> Nas palavras de Dierle Nunes: “Resgatar a importância do espaço público processual, no qual todos os interessados possam participar do aprimoramento do sistema jurídico, pode representar a tentativa de redescoberta da importância dessa estrutura normativa contra a indiferença e a apatia (coletiva) política na qual os cidadãos (clientes não participantes) estão imersos, e que são geradas pelo argumento dos ‘manipuladores olímpicos do poder’ e pelos seus discursos tecnológicos de máxima eficácia prática e de diminuta repercussão social (cidadã)”. NUNES, Dierle. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2012, p. 251.

Não há como negar a relevância dessas críticas. A ênfase na produção de resultados e a crença de que eles poderiam ser alcançados no processo independentemente da colaboração dos interessados resultaram na diminuição da influência dos sujeitos parciais e, conseqüentemente, na desmedida supremacia judicial. Nesse sentido, muitos excessos foram praticados em nome da “boa administração da justiça”, vulnerando o princípio do devido processo legal.

Entretanto, não há uma dicotomia necessária entre eficiência e participação democrática. Mais do que isso, em determinadas circunstâncias, é a falta de gestão adequada dos processos – e, portanto, a falta de eficiência – que poderá resultar em práticas processuais antidemocráticas.

Muitas vezes, técnicas de gestão processual poderão importar no exercício de contraditório representativo. E a conseqüente impossibilidade de que cada interessado discuta, em processo próprio, determinadas questões não pode ser considerada, por si só, antidemocrática.

Neste ponto, aliás, uma observação deve ser pontuada: à luz do sistema processual brasileiro, são excepcionais os casos em que a própria parte está em juízo tutelando um interesse próprio. Em regra, o sujeito estará representado por um terceiro, devidamente habilitado para o exercício da função. Para além disso, a ideia do direito a “ter um dia na corte” é muito relativizada pela circunstância de que, em parte relevante dos casos, sequer há audiência de instrução e julgamento, inexistindo uma data específica de comparecimento no tribunal.

Acrescente-se a isso que, em muitas hipóteses, a ampla liberdade de escolha do profissional que exercerá a representação é mais ideal do que real e, em variados casos, o critério sequer se vincula à qualidade do patrocínio da causa. Basta pensar nos casos em que a representação é realizada pelo parente recém-formado que se disponibiliza a realizar o trabalho *pro bono*, no caso da Defensoria Pública – que realiza a representação processual de modo absolutamente impessoal, sendo inclusive comum de vários agentes públicos atuem sucessivamente no mesmo processo – e, ainda, nos casos em que a atuação é estabelecida através de uma indicação aleatória de advogado dos quadros da OAB, mediante remuneração posterior pelo Poder Público.

Não se pretende dizer com tais observações que a tutela individual tenha perdido relevância e que deva ser substituída, sempre que possível, por formas representativas e coletivizadas de atuação. A defesa dos direitos pelo próprio interessado deve continuar desempenhando papel fundamental e preferencial na ordem jurídica.

Contudo, para além de mera conveniência, a tutela de determinados interesses por instrumentos de representação de sujeitos ausentes é necessária, já que participação de todos os interessados em um único processo ou a repetição da litigância em milhões feitos individuais é simplesmente inviável em algumas circunstâncias. Aliás, há várias regras que limitam a possibilidade de rediscussão de questões anteriormente decididas em processos de terceiros sobre o mesmo tema. Basta pensar, para ficar em apenas um exemplo, no caso dos enunciados de súmula vinculante, de aplicação obrigatória pelos tribunais aos casos subsequentes.

Com base no aspecto material do acesso à justiça que acima foi explicitado e das considerações de ordem prática aqui colocadas percebe-se um deslocamento do eixo central para a representação adequada, na medida em que é capaz de viabilizar um controle material sobre a tutela dos interesses em juízo<sup>85</sup>. Em outros termos, a garantia existente é de contraditório efetivo e qualificado, circunstância que, não raro, é melhor obtida por instrumentos de coletivização da tutela jurisdicional, como se discutirá adiante.

Desse modo, a adequada gestão de processos pode agregar qualidade ao exercício de direitos ao viabilizar a representação mais adequada dos interesses envolvidos. Essa circunstância pode também operar efeitos positivos na qualidade da atividade jurisdicional, não havendo uma correlação necessária entre a eficiência processual e a mitigação do direito de participação, entendida como participação efetiva.

## **1.6. A Proporcionalidade Pamprocessual**

### **1.6.1. Conceito**

---

<sup>85</sup> Nesse sentido: “Na realidade, o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela dos seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma de proteção. Não há, portanto, garantia constitucional de que o cidadão possa apresentar-se pessoalmente para a tutela dos seus direitos. Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que esta tutela se dá por meio de legitimação extraordinária, por via de tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar a sua exclusão do grupo”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo, RT, 2014, p. 57.

A jurisdição é comumente analisada pela doutrina sob os aspectos do exercício de poder – como uma das manifestações da soberania do Estado<sup>86</sup> – e dos escopos almejados pelo desempenho dessa função<sup>87</sup>.

É claro que a natureza e a finalidade da atividade jurisdicional são temas de extrema relevância, pois contribuem para uma compreensão mais sólida e abrangente sobre o papel do Estado e da ordem jurídica por ele instituída. Com efeito, discutir o tema da atividade jurisdicional exige, antes de tudo, uma resposta para a questão da legitimidade e dos objetivos dessa importante função estatal. Apesar das inúmeras divergências, a doutrina tem se desincumbido fartamente desse ônus<sup>88</sup>.

Contudo, às perspectivas política e funcional é preciso *agregar* a perspectiva da jurisdição como serviço público<sup>89</sup>. Não há como negar que se trata aqui de prestação estatal colocada à disposição da sociedade, em caráter de universalidade, para atender a qualquer pessoa que alegue lesão ou ameaça de lesão aos seus interesses<sup>90</sup>. Há, pois, um *serviço de justiça* fornecido pelo Estado<sup>91</sup>.

É bem verdade que tal prestação estatal abrange situações extremamente diferentes sob o ponto de vista da matéria, do bem jurídico envolvido, do valor da causa, da complexidade do

---

<sup>86</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 46. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 156.

<sup>87</sup> Cândido Rangel Dinamarco argumentou que a atividade jurisdicional atenderia, concomitantemente, a três escopos: o jurídico, o social e o jurídico. DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*.

<sup>88</sup> Além dos escopos jurisdicionais explorados por Dinamarco, a doutrina tem explorado, sob outras perspectivas a ideia de multifuncionalidade dessa prestação estatal. Nesse sentido: “Ci si dimentica che lo Stato assume, nel mondo contemporaneo, caratteristiche molto diverse. Invece di essere un mero sanzionatore di comportamenti, lo Stato è divenuto un induttore di condotte nella società, attuando prospettivamente con l’obiettivo di fomentare e stimolare comportamenti auspicati”. CABRAL, Antonio do Passo. “Per um novo conceito de giurisdizione”. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p107/8578>. Acesso em: 26 jul. 2016. Também revisitando o tema das funções jurisdicionais, porém sob outro viés: “If in decades past this concept was fulfilled by a simple declaratory relief, the modifications to the State’s structural context developed the idea that to „resolve a dispute” it is necessary to ensure substantial protection of the litigant – and, moreover, according to constitutional values and regularly accompanied by the claim of celerity. Beyond that, we also pointed out that it is becoming normal to attempt to attribute other objectives and functions to the act of adjudication, a phenomenon that increases the complexity of adjudication”. ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the ‘Pan-Procedural Approach’: some bases of contemporary civil litigation. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2779681](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779681)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>89</sup> “(...) a jurisdição não pode ser concebida apenas como uma função do Estado moderno dirigida à atuação do direito no caso concreto, mas também - e em primeiro lugar - como serviço público orientado à composição das controvérsias segundo a Justiça (ou seja, com a aplicação de critérios de julgamento objetivos e predeterminados”. CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Revista de Processo. Vol. 192. São Paulo: RT, 2011, pp. 397-415.

<sup>90</sup> CAHALI, Cláudia Elisabete Scherz. O gerenciamento de Processos Judiciais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 43.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 42.

tema, dos elementos de prova disponíveis, entre outras características relevantes para distinguir as demandas e, conseqüentemente, os *modos de fornecimento do serviço*. Esses aspectos diferenciadores exigem particular organização do Estado, a fim de garantir, em cada caso, a tutela efetiva do direito.

Tradicionalmente as discussões relativas ao modo de prestação do serviço, de acordo com as peculiaridades do caso, ocorrem a partir do princípio da adequação procedimental, observado sob a perspectiva do jurisdicionado e focado no processo individualmente considerado<sup>92</sup>. Esse viés de análise foi - e continua sendo - fundamental para o aprimoramento da atividade jurisdicional.

Evidentemente, o procedimento disponibilizado pelo Estado para a tutela de determinado direito precisa ser apto à produção de resultados justos e efetivos em favor daquele que tem razão no processo.

Por isso mesmo, o princípio da adequação integra o conteúdo do princípio do devido processo legal<sup>93</sup>. Aliás, essa também é a razão pela qual parte da doutrina defende que, na ausência de procedimento adequado ao caso concreto, caberá ao juiz promover a adequação da atividade estatal, a fim de bem exercer sua missão constitucional de tutela de direitos<sup>94</sup>.

Nessa mesma perspectiva, a doutrina e a jurisprudência têm analisado o princípio da duração razoável do processo, a partir do direito individual da parte em não ser sujeitada a dilações indevidas. Essa análise, a toda evidência, está correta e tem fundamento no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, que integra o rol de direitos fundamentais do jurisdicionado.

Entretanto, a adequação procedimental e a razoável duração do processo não devem - e não podem - ser analisadas *apenas* sob a perspectiva dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, focalizados isoladamente. É preciso que o sistema processual reconheça também a existência de um interesse público na observância dos aludidos princípios processuais, a fim de garantir a eficiência do serviço, quando globalmente considerado.

---

<sup>92</sup> Por todos: LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *In: Meios de Impugnação ao Julgado Civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 251-258.

<sup>93</sup> DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 114-115.

<sup>94</sup> “(...) a falta de técnica processual deve sempre ser suprida com base no direito fundamental. O juiz pode e deve, ao deparar-se com ausência de previsão de modalidade executiva idônea, suprir a omissão considerando as circunstâncias do caso concreto e a regra da necessidade, precisamente em nome do controle da ineficiência de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 136.

Muito embora esteja formalmente previsto no artigo 37 da Constituição, que trata dos princípios da Administração Pública, seria absurdo pensar que a atividade jurisdicional não estaria sujeita ao princípio da eficiência. A rigor, toda a atividade estatal deve ser eficiente, tanto sob o aspecto de seu funcionamento interno, quanto sob o aspecto do serviço diretamente prestado à população<sup>95</sup>. Lembre-se, a propósito, que o art. 74, II, da Constituição da República determina aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a manutenção de sistemas de controle interno, estabelecendo como uma de suas finalidades a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, “quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração”.

Contudo, o aspecto gerencial é somente uma das faces da eficiência. Prestar serviço público eficiente é desempenhar uma atividade qualitativamente boa, com o menor dispêndio possível dos recursos disponíveis<sup>96</sup>. Significa dizer que o princípio da eficiência é, necessariamente, vinculado aos resultados produzidos e expressa uma conformação equilibrada entre *tempo empregado, custos e qualidade do serviço*<sup>97</sup>. Cuida-se, pois, de complexa atividade de conformação<sup>98</sup>.

É precisamente disso que se trata quando pensamos na eficiência da prestação jurisdicional. Com efeito, o processo deve explicitar uma síntese ponderada de todos os

---

<sup>95</sup> Aliás, ao tratar da prestação de serviços públicos, a Lei Geral de Concessões (art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 22, *caput*) preveem o princípio da eficiência, sendo certo que este último dispositivo faz expressa referência aos órgãos públicos, dentre os quais se incluem, evidentemente, os órgãos do Poder Judiciário.

<sup>96</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à razoável duração do processo: entre eficiência e garantias. Revista de Processo. Vol. 223. São Paulo: RT, 2013, pp. 39-53.

<sup>97</sup> PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. The management of civil cases: a snapshot. *In: Civil Justice Quarterly*, 25, 2006, pp. 312-326.

<sup>98</sup> “A administração da justiça deve ser conciliada de maneira permanente, portanto, com preocupações concernentes à eficácia e à equidade. A promoção do princípio da eficiência com o princípio da atividade pública deve ser combinada com os princípios do processo justo. Toda reforma do processo civil e, mais amplamente, toda escolha de política processual, não pode ser concebida atualmente senão como o resultado de uma arbitragem constante e necessária entre o princípio da eficiência e o princípio da equidade. (CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras. São Paulo: RT, 2017, p. 25). No mesmo sentido: PICÓ y JUNOY, Joan. El Derecho Procesual entre el garantismo y la eficacia: em debate mal planteado. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Vol. VI, nº 1, p. 14-15.

princípios constitucionais<sup>99</sup>, mostrando-se apto à produção de resultados justos, efetivos e em tempo razoável<sup>100</sup>.

Aliás, é nesse sentido mais dinâmico e multifuncional<sup>101</sup> que deve ser interpretado o art. 8º do CPC/2015, no qual foi inserido expressamente o princípio da eficiência. Isso porque ele não apenas é plurissignificativo, como também interage com outros princípios e regras do sistema processual, contribuindo para releituras, por exemplo, dos princípios do contraditório, do acesso à justiça, da razoável duração do processo, etc.

De qualquer modo, o alcance da eficiência na prestação do serviço não depende apenas de uma boa base legislativa, cuja existência é necessária, mas não suficiente. Isso porque, como se sabe, aspectos estruturais e culturais interferem sobremaneira nos resultados práticos obtidos no exercício da jurisdição, principalmente quando os processos são considerados de modo global.<sup>102</sup>

Nessa linha, a previsão normativa e a condução concreta de cada processo devem levar em consideração a necessidade de lidar, ao mesmo tempo, com várias outras causas. Dito de outro modo, é preciso que o Estado organize racionalmente a atividade jurisdicional, de modo a distribuir proporcionalmente os seus recursos entre os diversos processos pendentes. Bem vistas as coisas, trata-se aqui de verdadeiro imperativo de isonomia material<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> É claro que a exacerbação da perspectiva da atividade jurisdicional como serviço poderia produzir resultados absolutamente indesejáveis, sobretudo para a preservação dos direitos fundamentais processuais. Para uma análise interessante da questão, conforme já mencionado: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, especialmente o Capítulo 5.

<sup>100</sup> Evidentemente, a acomodação de tais princípios importará concessões e renúncias, não havendo possibilidade de equilíbrio perfeito. Com efeito, “por mais que o teórico possa legitimamente privilegiar qualquer uma das pontas, acreditamos que não há como conciliá-las sem admitir que alguma delas sofra maior desgaste. Entre os *meios* ou os *resultados*, não existe escolha capaz de englobar tudo; defender o “contraditório pleno” é reduzir a celeridade, e vice e versa. Toda opção trará consigo um preço, cabendo ao estudioso reconhecê-lo e assumir os seus encargos”. OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 89.

<sup>101</sup> A doutrina tem atentado para a multifuncionalidade, porém em sentidos distintos. Eduardo Luiz Cavalcanti Campos, por exemplo, reconhece o desempenho as funções integrativa, definitiva, interpretativas e bloqueadora. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 64-71. Já Marco Félix Jobim vislumbra as funções hermenêutica, gerencial e administrativa. JOBIM, Marco Félix. *As funções da Eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2018, especialmente o Capítulo 3.

<sup>102</sup> CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. Revista de Processo. Vol. 192. São Paulo: RT, 2011, pp. 397-415.

<sup>103</sup> John Anthony Dyson, ao tratar da discricionariedade judicial no sistema inglês, apresenta observação que traduz perfeitamente a ideia aqui colocada: “Such flexibility must however be applied so as to achieve two things. These are (i) to ensure that parties do not expend more than proportionate costs in conducting their own litigation and (ii) to ensure that parties do not expend more of court’s time and resources than in proportionate given the need to ensure that other court-users can have fair access to the courts within a reasonable time”. DYSON, John Anthony.

Sérgio Arenhart, a fim de sintetizar as ideias aqui expostas, cunhou de forma pioneira no Brasil o conceito de *proporcionalidade pamprocessual*, demonstrando a profunda diferença de perspectiva que se estabelece a partir da análise do sistema como um todo, considerados seus limites fáticos de operação<sup>104</sup>. Na mesma linha, Gustavo Osna sublinha a necessidade de analisar criticamente o processo civil, a partir da aproximação entre norma e realidade, reconhecendo a existência de restrições materiais inerentes à disciplina<sup>105</sup>. Em comum a ambos os trabalhos está a ideia de proporcionalidade como vetor fundamental de organização e interpretação das normas processuais.

Com efeito, é necessário lidar seriamente com o fato de serem limitados os recursos à disposição do Poder Judiciário para exercer sua missão constitucional. Há restrições de tempo, de pessoas e de dinheiro para desempenho da jurisdição, razão pela qual se deve evitar ao máximo o desperdício de qualquer “fator de produção”, atuando concretamente na promoção do equilíbrio do sistema.

Quer-se dizer com isso, como já adiantado anteriormente, que a adequação procedimental e a razoável duração do processo também apresentam uma dimensão de interesse público, consistente na eficiente gestão do acervo processual. Essa visão permite que o Poder Público projete em cada um dos processos um olhar global sobre a prestação do serviço, atuando no plano abstrato e no plano concreto para evitar o uso ineficiente dos recursos disponíveis e, deste modo, viabilizar o acesso minimamente igualitário à jurisdição.

### **1.6.2. A proporcionalidade pamprocessual como garantia de acesso à justiça**

---

The Application to the Amendments to the Civil Procedure Rules. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/10/mr-speech-judicial-college-lecture-2013-1.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>104</sup> Nas palavras do autor: “Nesta outra dimensão da proporcionalidade, não se examina o processo considerado em si mesmo. Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez de recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais). O serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existente, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva dos interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 44-45.

<sup>105</sup> OSNA, Gustavo. Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual. São Paulo: RT, 2017, p. 65.

Foi visto que um dos maiores desafios da sociedade brasileira é a universalização do sistema de justiça. Em nome desse objetivo reduziram-se os obstáculos de acesso aos órgãos judiciários, ao mesmo tempo em que se ampliou o espectro de matérias sujeitas ao controle jurisdicional.

Evidentemente, uma enorme gama de fatores determina os graus de dificuldade no acesso ao Poder Judiciário<sup>106</sup> e, em razão disso, as alterações na estrutura do sistema de justiça devem ser acompanhadas de avanços também nos planos econômico e social. No Brasil, a confluência desses elementos elevou sensivelmente o acesso aos órgãos judiciários, observando-se ano a ano o progressivo aumento dos processos em tramitação.

Contudo, do mesmo modo que a dificuldade de acesso à atividade jurisdicional representa um óbice ao acesso à justiça, a pendência concomitante de várias demandas perante o Poder Judiciário pode produzir o mesmo resultado. Dito de outra maneira, o excesso de processos põe em risco o direito à fruição de uma ordem jurídica justa por parte dos jurisdicionados, seja por incrementar o tempo médio de duração dos processos - produzindo risco de decisões intempestivas -, seja por dificultar a análise de cada processo individualmente considerado - suscitando risco de decisões injustas<sup>107</sup>.

Justamente por isso, é comum reconhecer que as reformas tendentes a ampliar os canais de acesso ao Poder Judiciário não dispensam uma reforma da própria organização judiciária, com racionalização da divisão do trabalho e gestão adequada do tempo e da capacidade técnica dos agentes públicos envolvidos<sup>108</sup>.

Significa dizer que o acesso à justiça depende, inevitavelmente, de maior rigor no uso dos recursos disponíveis ao Estado para exercício da atividade jurisdicional, repensando toda a estrutura do sistema de forma global e sempre com vistas à utilização racional dos fatores de

---

<sup>106</sup> “(...) a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 21, 1986, pp. 21-22.

<sup>107</sup> Analisando o fenômeno sob a perspectiva do abuso do direito de ação e da litigância repetitiva, Julio Cesar Marcellino Jr. conclui da mesma maneira: “Os recursos públicos investidos no Poder Judiciário são limitados e finitos. O excesso de demandas judiciais impróprias em relação à forma de propositura acarreta um volume que não pode ser assimilado pela estrutura do Judiciário, o que gera lentidão e inefetividade. Toda a coletividade acaba sendo prejudicada pelas ações individuais ou de pequenos grupos que não podem ser filtradas pelo sistema. Por consequência, prejudica-se o acesso à justiça, e inviabiliza-se sua concretização plena”. MARCELINO JR., Julio Cesar. Análise Econômica do Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 161.

<sup>108</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 21, 1987, p. 32.

produção. Em outras palavras, a proporcionalidade pamprocessual é elemento fundamental para assegurar o amplo acesso à justiça.

Conformar os diferentes direitos individuais de acesso à justiça, viabilizando, na média, um padrão adequado de prestação do serviço, é o desafio que se coloca nos dias correntes. E como já mencionado, o Conselho Nacional de Justiça tem dedicado grande atenção a esses aspectos. Programas, metas, campanhas, estatísticas, tudo apresenta como eixo central a melhoria do sistema de justiça a partir de uma perspectiva global de seus problemas e de seu modo de funcionamento<sup>109</sup>.

Trata-se, na essência, de trazer a perspectiva da proporcionalidade pamprocessual para o centro do debate a respeito da administração da justiça. Esse fato, aliás, apenas reforça a importância da temática no contexto atual.

### **1.6.3. A proporcionalidade pamprocessual e sua importância para uso racional dos recursos judiciários**

Também a ideia de gestão está tradicionalmente vinculada ao princípio da economia processual no caso concreto. De acordo com tal entendimento, caberá ao órgão julgador conduzir o processo determinando todas as providências necessárias ao bom andamento do feito, porém evitando a prática de atos impertinentes à solução da causa.

Como adiantamos em momento anterior, essa visão particularizada está inserida em um contexto no qual cada processo é analisado e conduzido sem qualquer preocupação com o serviço jurisdicional globalmente prestado. Essa perspectiva muitas vezes sugere que a gestão dos processos tem como únicos destinatários os litigantes individuais e que, portanto, estes são os exclusivos interessados na adequada e esmerada tramitação do feito.

Há, entretanto, outra perspectiva, através da qual se percebe a presença de interesse público na atividade de gestão processual, voltado não apenas ao caso, mas também à massa de processos pendentes<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Isso não quer dizer, evidentemente, que a atuação do CNJ esteja imune a críticas, em regra destinadas a sublinhar os perigos da sobrevalorização do princípio da eficiência em relação aos demais direitos fundamentais processuais.

<sup>110</sup> Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, por exemplo, ao enumerar os objetivos gerais do gerenciamento de processos, inclui a tramitação do feito com o menor custo possível e o tratamento da demanda, considerando a

O atual Código de Processo Civil, aliás, veicula vários instrumentos de gestão processual, seja a partir de cláusulas gerais, seja a partir de regras específicas. O art. 139, por exemplo, prevê que o órgão judicial deverá assegurar às partes igualdade de tratamento, velar pela razoável duração do processo, indeferir postulações meramente protelatórias, dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova de acordo com a necessidade do conflito, promover a autocomposição e determinar a correção de vícios processuais.

Contudo, o referido diploma processual deixa de explicitar, de forma mais sistemática, os objetivos a serem perseguidos pelo Poder Judiciário quando da condução dos processos<sup>111</sup>. Nesse particular, perdeu-se uma boa oportunidade de esclarecer que a gestão de casos não se limita apenas aos interesses das partes e à produção de uma justa decisão no caso concreto. Também se devem considerar, na condução de cada feito, as necessidades dos demais litigantes que se encontram no sistema e a própria capacidade do aparato judiciário em lidar com a totalidade do acervo processual.<sup>112</sup>

Não se está a afirmar que a gestão global dos processos deixou de ser contemplada pelo novo Código de Processo Civil. Evidentemente, há vários institutos que expõem a busca de objetivos macroprocessuais, como o incidente de assunção de competência, o incidente de demandas repetitivas e a incitação de legitimados para a propositura de demandas coletivas<sup>113</sup>. Além disso, o próprio ímpeto do Conselho Nacional de Justiça, em relação ao problema da proporcionalidade pamprocessual, produz um ambiente favorável à percepção da extensão da atividade gerencial presidida pelos órgãos jurisdicionais, conforme já se comentou.

---

existência de outros processos e distribuindo adequadamente os recursos do aparelho judiciário ao caso. CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. O gerenciamento de processos judiciais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 41.

<sup>111</sup> Analisando o sistema processual inglês, Neil Andrews observa que “a gestão de processos tem três funções principais: encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível; evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente”. ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 140.

<sup>112</sup> Como bem observado pela doutrina inglesa, “doing the proper administration of justice goes beyond the immediate parties to litigation. It requires the court to consider the needs of all litigants, all court-users”. DYSON, John Anthony. The Application to the Amendments to the Civil Procedure Rules. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/10/mr-speech-judicial-college-lecture-2013-1.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>113</sup> Interessante notar, como fez Gustavo Osna, que o Código de Processo Civil exige a observância do princípio da proporcionalidade, muito embora ainda não se lhe atribua - ao menos preponderantemente - uma dimensão pamprocessual. Nas palavras do autor: “(...) por mais que o novo Código de Processo Civil preveja expressamente a aplicação do princípio da proporcionalidade, é incomum que se atribua ao parâmetro essa dimensão mais ampla. Em que pese a existência de esforços doutrinários nesse sentido, a concretização desse enfoque ainda está distante de nosso ambiente”. OSNA, Gustavo. Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual. São Paulo: RT, 2017, p. 89.

De qualquer modo, convém observar que, no Código de Processo Civil Inglês, por exemplo, há norma expressa no sentido de que lidar de forma justa e proporcional com cada caso particular significa também alocar de modo apropriado os recursos, levando em consideração a necessidade de dividi-los igualmente entre outros casos pendentes<sup>114</sup>. Essa explicitação foi considerada de fundamental importância no Direito Inglês, tanto sob o aspecto normativo, quanto sob o aspecto cultural. Ou seja, pretendeu a reforma inglesa demonstrar a necessidade de equilíbrio entre justiça do caso concreto e gestão processual, colocando ambos os pontos em igualdade de patamar na perseguição do objetivo primordial que é tratar os casos justamente e com gastos proporcionais de recursos - das partes e do Poder Judiciário<sup>115</sup>.

Duas observações são absolutamente necessárias neste ponto. Em primeiro lugar, a gestão justa e proporcional dos casos exige postura atuante do magistrado<sup>116</sup>. Neste particular, existe amplo espaço para atuação gerencial do órgão julgante no sistema brasileiro, conforme dispõe, por exemplo, o já mencionado art. 139 do Código de Processo Civil. E, muito embora haja a impressão de que a gestão de processos se torna inviável em um contexto de sobrecarga de trabalho, justamente para tais circunstâncias é que uma gestão adequada de cada processo se mostra imprescindível<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Civil Procedure Rules, 1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (...) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases. Texto disponível em <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Acesso em: 04 set. 2017.

<sup>115</sup> Interessantes são as ponderações de Anthony Dyson sobre o tema: “In such circumstances it is easy to see why, not least given the long heritage we have of striving to secure justice on the merits in each case and intuitive understanding that doing justice is to reach a decision on the merits, mistaken assumptions took hold. This was compounded by the failure to make explicit in the overriding objective that it includes a duty to manage cases so that no more than proportionate costs are incurred and so as to enforce compliance. By making the features explicit the Rule Committee has clarified the meaning of overriding objective. And they have done so exactly as Sir Rupert was required: the reform to the rules will improve practice and procedure consistently with Woolf’s commitment to proportionality. They are as such neither superfluous nor beyond the Jackson remit. They are in fact necessary to underline the requirement that both courts when actively managing cases and litigants in assisting the court to do so, are required to do so consistently with the need to further the proper administration of justice, where that goes beyond the interests of immediate parties. We have a managed system. That system must be managed for the needs of all litigants. The new emphasis in the overriding objective on proportionate cost and compliance is intended to make sure the wider public interest remains at the forefront of our minds”. DYSON, John Anthony. The Application to the Amendments to the Civil Procedure Rules. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/10/mr-speech-judicial-college-lecture-2013-1.pdf>>.

Acesso em: 03 de ago. 2016.

<sup>116</sup> CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. O gerenciamento de processos judiciais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 44.

<sup>117</sup> “Judges who think they are too busy to manage cases are really too busy not to. Indeed, the busiest judges with the heaviest dockets are often the ones most in need of sound case-management practices”. William W Schwarzer; Alan Hirsch. The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges. 2ª ed. Federal Judicial Center, 2006. Disponível em: <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/elemen02.pdf>> Acesso em: 03 ago. 2016.

Em segundo lugar, a equiparação entre a justiça do caso e a necessidade de gestão do acervo judicial nada mais é do que um exercício de conformação absolutamente natural e que já ocorre em relação a outros valores igualmente importantes no sistema processual. Basta mencionar que a justiça da decisão também é relativizada para que se obtenha um equilíbrio com a segurança jurídica e a razoável duração do processo. Do mesmo modo, a justiça da decisão também é mitigada por restrições probatórias, vinculadas, por exemplo, à proteção da intimidade, da integridade físico-psíquica, da ética profissional<sup>118</sup>. Ou seja, não se trata de valor insuscetível de sopesamento.

No caso da proporcionalidade pamprocessual, busca-se alcançar o maior equilíbrio possível da divisão dos recursos disponíveis, a fim de viabilizar a igualdade material no acesso à justiça. Com efeito, a exigência de distribuição racional dos fatores de produção concretamente utilizáveis encerra postura de aderência ao mundo concreto, aos limites impostos pelo real e cuja desconsideração pode resultar em tratamentos absolutamente desproporcionais e, portanto, iníquos na prestação da jurisdição<sup>119</sup>.

Portanto, é claro que a gestão do sistema como um todo ocorre, sobretudo, a partir da gestão dos casos individuais. Entretanto, é preciso ter em vista a dimensão pública da atuação dos juízes e tribunais, responsáveis pela garantia da gestão racional dos recursos disponíveis à atividade jurisdicional. Cuida-se, pois, de agregar também uma perspectiva pamprocessual, destinada a inserir cada processo pendente no Poder Judiciário no contexto global que envolve todas as demandas em curso.

O conceito de gestão judicial, portanto, envolve uma série de ações destinadas à adequada administração dos recursos e do acervo processual. Estas se iniciam ainda no plano legislativo, mas não prescindem da atenta diligência judicial no uso dos recursos concretamente disponíveis para o exercício da jurisdição. Determinados casos poderão exigir soluções diferenciadas, exigindo medidas específicas do magistrado, seja no controle da efetividade do processo, seja no controle dos recursos utilizados para a resolução da causa.

---

<sup>118</sup> Percebe-se, portanto, que a justiça do caso concreto é aquela justiça possível, à luz de inúmeros condicionantes necessários à conformação de múltiplos valores socialmente importantes.

<sup>119</sup> Como bem observa Gustavo Osna: “Forma-se assim uma perspectiva que não pode ser desconsiderada, agregando à disciplina um lastro de aderência ao mundo concreto. E esse cenário demonstra que não existe aspecto a ela relacionado que não encontre limites no real. Desde o debate sobre os poderes instrutórios do juiz até a discussão sobre a dimensão do contraditório, não há argumento que possa ser efetivo sem considerar esse ponto”. OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 89.

#### **1.6.4. A proporcionalidade pamprocessual e as relações entre direito material e processo**

As relações entre o direito material e o direito processual são, evidentemente, incorporadas à perspectiva proposta pelo princípio da proporcionalidade pamprocessual.

Sob a ótica do direito material, o processo deve ser capaz de produzir uma decisão justa, cujo potencial de extensão aos casos idênticos atinja um estado de segurança jurídica que permita o adequado desenvolvimento das relações sociais. Em síntese, busca-se o mais ajustado equilíbrio entre justiça, igualdade e segurança.

Esses objetivos processuais devem ser atingidos com a utilização da menor quantidade de recursos necessária, razão pela qual uma série de técnicas devem ser adotadas em dois sentidos: a solução ampla do litígio submetido à resolução e a otimização dos recursos disponíveis para prestação global da jurisdição. Em ambos os casos, o que se tem é a busca do maior aproveitamento possível da atividade processual<sup>120</sup>. Isso implica, basicamente, uma ideia: o Estado-juiz, ao se debruçar sobre determinado problema, deve resolvê-lo da forma mais abrangente possível, de modo a produzir solução ampla e evitar novos processos sobre a mesma temática – seja sob a forma de novas questões sobre o mesmo problema, seja sob a forma de litigância serial.

Perceba-se, então, que solucionar amplamente um litígio pode significar a ampliação do objeto do processo inicialmente definido pelas partes, por se ter verificado que o conflito levado a juízo, caso resolvido apenas parcialmente, poderá resultar em novas demandas. Trata-se de mitigar tanto a ideia restrita de coisa julgada, como aquela relativa ao princípio da demanda. Por exemplo, constatado que as partes controvertem a respeito da relação jurídica prejudicial ao mérito, essa questão, que já será objeto de cognição, poderá ser também resolvida definitivamente, independentemente da vontade das partes e no intuito de evitar processos futuros, desde que preenchidos certos requisitos.

Trata-se aqui de uma reavaliação da importância a cada um dos valores envolvidos. Se de um lado está a autonomia das partes na fixação do objeto do processo e a segurança jurídica em relação ao que estará acobertado pela coisa julgada, por outro está a adequada gestão dos

---

<sup>120</sup> Aliás, a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi expressa em afirmar que o diploma buscou “simplificar o processo, dando-lhe, simultaneamente, o maior rendimento possível”. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 28.

recursos disponíveis para o exercício da jurisdição. O que o Código faz é reequilibrar os interesses público e privado, estabelecendo nova equação, à luz das necessidades atuais.

Aliás, a relativização do princípio da demanda, em razão da relevância de outros interesses, é absolutamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro. Basta lembrar da hipótese de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, quando, necessariamente, será resolvida a questão da guarda, dos alimentos e da visitação do filho incapaz.

Perceba-se que, em razão de um especial valor envolvido e da alta potencialidade de conflito futuro, o legislador impõe a resolução imediata da questão, seja por homologação do acordo das partes, seja por solução adjudicatória do órgão judicial. Portanto, aproveita-se a pretensão inicialmente manifestada pelas partes – no caso, a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável – para resolver outra questão potencial ou concretamente litigiosa, relativa à proteção dos filhos<sup>121</sup>.

*Mutatis mutandis*, o mesmo passa a ocorrer com as questões prejudiciais. Uma vez controvertidas no processo, o legislador determina sua resolução imediata, em observância ao interesse público de melhor gerir os processos em curso, reduzindo a possibilidade de demandas futuras sobre questões já discutidas em âmbito judicial<sup>122</sup>.

Mas não apenas sob o aspecto objetivo é possível ampliar o aproveitamento da atividade processual. Também sob aspecto subjetivo, o ordenamento jurídico tem buscado oferecer instrumentos para evitar que questões sejam litigadas e resolvidas diversas vezes em processos distintos.

Aqui, também não se trata de novidade no ordenamento jurídico. Afinal, há vários instrumentos de intervenção de terceiros que possuem exatamente a finalidade de aproveitar a mesma atividade processual para envolver sujeitos que, a princípio, não estariam vinculados à decisão. É o caso, por exemplo, da assistência.

Entretanto, a depender da quantidade de sujeitos envolvidos, não será possível a participação direta e pessoal de cada um deles, exigindo-se a utilização de instrumentos representativos, o que também não representa qualquer novidade. A constatação de que, por

---

<sup>121</sup> Importante sublinhar a existência de doutrina afirmando ser apenas facultativa a resolução da situação dos filhos incapazes. MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 401-403.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 683.

exemplo, um precedente pode repercutir em outras relações jurídicas não litigadas no processo de referência, tem contribuído para uma compreensão da potencialidade irradiante de qualquer decisão.

Nesse contexto, a solução não é o impedimento de produção desses efeitos expansivos – o que teria consequências desastrosas para a prestação do serviço jurisdicional. Ao contrário, deve-se atribuir maior importância aos mecanismos qualificados e ampliados de participação.

Ou seja, a necessidade de isonomia relativiza a impressão anterior de que realmente todas as questões, em todo e qualquer processo, estão em aberto. E se isso de fato não acontece – como parece ser o caso – é preciso que essas decisões que se irradiam tenham sido produzidas com paridade de representações de interesses.

Em resumo, um sistema eficiente de gestão permite o exercício de um contraditório efetivo e que, deste modo, torne legítimo ampliar objetiva e subjetivamente a eficácia da decisão que, uma vez produzida, resolve de modo mais amplo, efetivo e preventivo o litígio sobre o qual se debruçou.

Como consequência, o Poder Judiciário poderá concentrar suas atenções em questões ainda não resolvidas. A adequada gestão dos processos permite ao Poder Judiciário concentrar maior quantidade de recursos nos processos que, pela complexidade ou ineditismo, demandarão maior atenção para produção de soluções justas, tempestivas e efetivas.

O novo Código de Processo Civil está afinado com essa perspectiva. E, por isso, um dos principais focos de atenção foi o tratamento adequado dos processos repetitivos, que representam um desafio para o uso otimizado dos recursos disponíveis ao exercício da jurisdição.

É do que se passa a tratar.

## 2. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DEMANDAS REPETITIVAS

### 2.1. Considerações gerais

A ideia de homogeneidade é referencial. Pressupõe uma comparação entre dois ou mais elementos e a conclusão de que não há, ou quase não há, desigualdades relevantes entre eles<sup>123</sup>. Portanto, o adjetivo “homogêneo” pressupõe um grau de semelhança suficientemente grande para autorizar uma determinada generalização.

Quando se afirma que uma palestra foi ministrada a um público homogêneo e que, em razão disso, foram dispensadas considerações conceituais preliminares, quer-se destacar a possibilidade de tratamento generalizado aos ouvintes em razão do conhecimento suficientemente uniforme demonstrado por eles, pouco importando, por exemplo, se eram homens ou mulheres, jovens ou idosos.

O mesmo ocorre na técnica legislativa da tipificação, a partir da qual são eleitos critérios gerais para a atribuição de tratamento jurídico uniforme a um determinado fato ou conjunto de fatos<sup>124</sup>. Por exemplo, se um determinado sujeito empresta um bem infungível a outro, esse negócio jurídico será regido pelas regras do comodato, nos termos dos arts. 579 e ss. do Código Civil. Ou seja, a lei considera que, presentes tais circunstâncias, há semelhança suficiente para autorizar a incidência do mesmo regime jurídico, ainda que os bens infungíveis sejam completamente distintos.

Note-se, portanto, que um determinado conjunto de elementos pode ou não ser considerado homogêneo, a depender dos critérios utilizados. Evidentemente, esses critérios não devem ser aleatórios, pois servem para atender a uma ou mais finalidades específicas (como no exemplo do palestrante que adotou o critério do conhecimento básico da plateia para dispensar as considerações conceituais preliminares).

Conclusão imediata é que a afirmação de homogeneidade não implica - ou, pelo menos, não precisa implicar - identidade absoluta. Ao revés, pode haver uma concomitância de elementos de homogeneidade e de heterogeneidade, aos quais se atribuirá maior ou menor significado a depender da finalidade da classificação.

---

<sup>123</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1059.

<sup>124</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 180-181.

A sociedade contemporânea é marcada por uma série de relações massificadas, entendidas como vínculos jurídicos diferenciáveis apenas pelos sujeitos que os integram<sup>125</sup>.

Pense-se, por exemplo, nos contratos bancários de abertura de conta corrente. São eles, como se sabe, vínculos jurídicos nos quais uma das partes apenas adere a cláusulas previamente estabelecidas pela parte contrária. A oferta pública daquele serviço no mercado de consumo suscita a formação de várias relações jurídicas de idêntico perfil, formadas pela figura do correntista e da instituição financeira.

Essa reprodução massificada de relações jurídicas individuais é a tônica no mercado de consumo, onde um mesmo fornecedor estabelece vínculos isomórficos com uma série de contratantes, seja para a prestação de um serviço ou para o fornecimento de um produto, em geral produzido em larga escala<sup>126</sup>.

A padronização dessas relações não é uma patologia social. Muito ao contrário, é justamente a homogeneização de bens e contratos que permite a difusão do acesso em favor de um número cada vez maior de pessoas<sup>127</sup>. Telefonia móvel, seguro de veículos, planos de saúde, vários são os negócios jurídicos formados através da simples adesão de consumidores a cláusulas preestabelecidas, que aceleram o processo de contratação. Do mesmo modo, veículos, aparelhos celulares, eletrodomésticos são produzidos em lotes seriais, circunstância que reduz os custos e amplia a margem de potenciais adquirentes.

Isso não quer dizer que os bens e serviços personalizados deixaram de existir. Porém, o benefício da exclusividade é assegurado a um pequeno grupo de sujeitos, o qual, evidentemente, paga pelo acesso diferenciado. De qualquer modo, a regra é a massificação.

Não se pode, contudo, deixar a impressão de que essas relações se constituem tão somente em razão da forma padronizada de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.

Em outros contextos também existem relações de estrutura e conteúdo bastante semelhantes. Lembre-se aqui dos liames estabelecidos entre os acionistas e as sociedades anônimas. Trata-se de adesões múltiplas ao mesmo estatuto social, as quais também dão azo a

---

<sup>125</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 311 e ss.

<sup>126</sup> WANDERLEY, João Flávio Vidal. O objeto e a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas: as situações jurídicas repetitivas e os direitos individuais homogêneos no cerne do debate. *Revista de Processo*. Vol. 285. São Paulo: RT, 2018, p. 235-270.

<sup>127</sup> RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas*. São Paulo: RT, 2010, p. 145-146.

várias relações jurídicas isomórficas. E assim também ocorre entre sindicatos e sindicalizados, associações e associados, cooperativas e cooperativados.

Nos exemplos anteriormente mencionados, a manifestação volitiva é causa determinante para a formação dos vínculos. Deve-se lembrar, contudo, que a vontade não é a única fonte das relações jurídicas.

Muitas vezes fatos ilícitos são capazes de suscitar vínculos de estrutura e conteúdo bastante semelhantes. É o caso, por exemplo, de acidentes ambientais que prejudiquem determinada comunidade de pescadores. A semelhança entre as relações formadas não deriva da adesão a um termo padronizado (um contrato, um estatuto) ou da aquisição de um produto integrante de um mesmo lote de produção. Ao revés, decorre da atividade desenvolvida por cada um dos sujeitos e pela interferência de um fato único, que lhes impõe a mesma espécie de dano. Mesmo raciocínio se aplica à hipótese na qual um ônibus tenha atropelado várias pessoas em trânsito pela calçada. Formam-se, nos dois exemplos, vários vínculos individuais de idêntico perfil, compostos pelos lesados e pelo sujeito civilmente responsável.

Observe-se, ainda, que os entes de Direito Público também estabelecem uma série de relações muito semelhantes quanto ao conteúdo e estrutura<sup>128</sup>. Comumente, o vínculo jurídico não surge de uma manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos, mas sim de uma norma jurídica que, por exemplo, impõe determinada prestação em caráter universal. Basta lembrar do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição. Nesse caso há, *ex lege*, o dever do Estado de prestar o serviço, contraposto ao direito individual de usufruí-lo.

Pode-se, ainda, mencionar casos nos quais o Poder Público ocupa o polo ativo, como ocorre nas relações jurídicas tributárias, as quais vinculam todos os sujeitos que tenham incorrido no fato gerador previsto em lei como apto a suscitar a obrigação de pagamento do tributo.

Como se percebe, o surgimento de relações isomórficas ocorre a partir de circunstâncias absolutamente distintas, a partir das quais uma pluralidade de sujeitos se vincula a uma mesma parte, através de liames quase idênticos quanto ao conteúdo.

O certo é que, tanto nas relações privadas, quanto nas públicas, deve-se observar o princípio da isonomia. Significa dizer que o ordenamento jurídico deve garantir tratamento

---

<sup>128</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. Revista de Processo. v. 199. São Paulo: RT, 2011, p. 41-82.

igualitário a todos os sujeitos que estiverem em situações semelhantes. Por óbvio, a produção de resultados diferenciados, sem qualquer elemento que o justifique, caracteriza discriminação vedada pela Constituição<sup>129-130</sup>.

Essa afirmação, porém, deve ser bem compreendida. Isso porque, a depender da natureza do conflito, será possível identificar um conjunto de características que são comuns a todas as relações e outro conjunto que se refere especificamente a cada uma das relações individuais estabelecidas. Daí falar-se em núcleo de homogeneidade e em margem de heterogeneidade.

Com efeito, é possível que conflitos surjam em relação a elementos integrantes de qualquer desses conjuntos. Basta pensar na hipótese em que um contratante de empréstimo bancário discute a não incidência dos juros de mora em razão da ausência de atraso no pagamento da prestação. Essa é, sem dúvida alguma, uma questão puramente individual, porque diz respeito apenas à quitação tempestiva do débito.

Entretanto, a discussão poderia versar sobre a validade da cláusula que prevê o índice de correção monetária estabelecido no contrato. Nesse caso, trata-se de elemento que integra todos os negócios jurídicos de mesma espécie, firmados pela instituição financeira. As razões de reconhecimento da validade ou invalidade da cláusula são, a princípio, replicáveis para todos os demais contratos.

O mesmo pode ser dito a respeito de determinadas relações de direito público. Com efeito, a circunstância de se discutir a quitação ou não de um tributo é absolutamente distinta, daquela na qual se debate a respeito da forma de cálculo ou da constitucionalidade da norma que fundamentou a exação. Isso porque, nesses últimos exemplos, as razões que justificam um resultado favorável ou contrário ao contribuinte são comuns a uma série de relações jurídicas formadas com o ente público.

---

<sup>129</sup> Especificamente no caso do direito à saúde - para aproveitar o exemplo anterior -, o artigo 196 da Constituição, reiterando o *caput* do art. 5º, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>130</sup> O Código de Defesa do Consumidor também reitera o princípio do tratamento isonômico no mercado de consumo, como observa Rizzatto Nunes: “O inc. II do art. 6º garante, ainda, igualdade nas contratações. É o asseguramento expresso do princípio da igualdade estampado no contexto constitucional (art. 5º, *caput*, da CF). Pela norma instituída neste inciso fica estabelecido que o fornecedor não pode diferenciar os consumidores entre si. Ele está obrigado a oferecer as mesmas condições a todos os consumidores. Admitir-se-á apenas que se estabeleçam certos privilégios aos consumidores que necessitam de proteção especial, como, por exemplo, idosos, gestantes e crianças, exatamente em respeito à aplicação concreta do princípio da isonomia”. NUNES, Rizzatto Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 129.

Desse modo, a utilidade em reconhecer o núcleo de homogeneidade nessas relações é viabilizar tratamento jurídico que assegure o princípio da isonomia, o que, na prática, significa garantir a uniformidade dos resultados produzidos pela atividade jurisdicional<sup>131</sup>.

## 2.2. As dificuldades para uniformização do tratamento

Há, basicamente, duas grandes dificuldades para uniformização do tratamento dos sujeitos em idêntica situação jurídica: a reprodução da conclusão de um processo aos demais feitos já em tramitação perante órgãos do Poder Judiciário e a efetivação do acesso à justiça também àqueles que não propuseram demandas judiciais.

Em relação à primeira dificuldade, é preciso considerar que, por se tratar de questão repetida em diversas relações jurídicas, é possível existirem dezenas, centenas, milhares ou até milhões de demandas sobre a temática.

A pendência desses processos, distribuídos a juízos distintos, aumenta substancialmente o risco de decisões contraditórias, em razão de problemas de coordenação. Isto é, ainda que os magistrados estejam comprometidos com a garantia da isonomia entre as pessoas e com a promoção da uniformidade na aplicação do direito – concordando, portanto, quanto aos fins a serem atingidos – fatalmente existirá uma pluralidade de resultados em relação aos casos repetitivos sujeitos à decisão<sup>132</sup>. Significa dizer que pessoas em situações substancialmente idênticas estarão sujeitas a tratamentos jurídicos diferentes, em violação ao princípio da isonomia.

Por isso, o sistema de tutela de direitos deve contar com mecanismos que impeçam a dispersão jurisprudencial. Quando isso não for possível, é preciso que, pelo menos, haja mecanismos de cessação das divergências, uniformizando a aplicação das normas que incidem sobre os casos<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). A força dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 233 e ss.

<sup>132</sup> SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 70.

<sup>133</sup> Essa é, por exemplo, uma das funções do sistema recursal. SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da. Lições de Processo Civil: recursos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 40. No mesmo sentido, o art. 926 do CPC/2015 atribui aos tribunais o dever de uniformar sua jurisprudência, mantendo-a estável.

Com efeito, embora teoricamente seja injustificável que pessoas em similar situação jurídica recebam tratamentos distintos, nem sempre o sistema é capaz de impedir a produção de resultados discrepantes. Isso pode ocorrer, por exemplo, por força da coisa julgada, que impede a alteração de casos já definitivamente resolvidos, ainda que para ajustá-los à conclusão mais adequada à questão jurídica envolvida<sup>134</sup>.

De qualquer modo, reconhecer a impossibilidade fática de evitar a produção de resultados conflitantes não significa afirmar que o sistema deva ser tolerante a essa circunstância. E, a rigor, não é.

O Código de Processo Civil realiza enorme esforço para evitar resultados distintos em processos idênticos. Basta ver as regras de formação de litisconsórcio, segundo as quais a simples presença de afinidade já possibilita a discussão conjunta das causas. Ademais, mesmo quando não há a formação do litisconsórcio, o sistema autoriza a reunião dos processos em momento posterior, por conexão ou continência. Não fosse isso, o atual Código de Processo Civil ainda determina a agregação dos “processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”<sup>135</sup>.

Parece claro que, quando a reunião de processos deixa de ocorrer, trata-se de uma disfunção do sistema – por não se perceber faticamente a existência dessas hipóteses ou por, tendo-as percebido, não se realizar a reunião – ou de limitações que o próprio ordenamento jurídico estabelece, como no caso das regras de competência.

Além de violar a isonomia, soluções judiciais contraditórias para casos idênticos também prejudicam a segurança jurídica. Esse princípio diz respeito ao conhecimento atual do direito, que abrange a certeza sobre a qualificação jurídica dos fatos e seus efeitos. Trata-se de aspecto essencial para o convívio em sociedade, pois orienta os indivíduos a respeito de como se deve agir e do que se pode exigir em relação ao comportamento de terceiros<sup>136</sup>.

Por isso, são dimensões do princípio da segurança jurídica a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiança<sup>137</sup>. Afinal, é preciso que se possa conhecer a ordem jurídica

---

<sup>134</sup> SILVA, Ricardo Menezes da. Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). O processo civil entre a técnicas processual e a tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2017, p. 718.

<sup>135</sup> Cuida-se do art. 55, §3º, do CPC.

<sup>136</sup> Trata-se de segurança comportamental, entendida como a “possibilidade de prever a reação dos órgãos jurídicos ao comportamento dos cidadãos”. ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 156.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 152.

vigente, para, a partir desse conhecimento, planejar os atos futuros, sob a confiança de que as normas jurídicas serão respeitadas, ainda que mediante intervenção estatal<sup>138</sup>. Isso é obtido, em grande medida, através da verificação das decisões judiciais a respeito de casos idênticos ou semelhantes. Se o Estado, porém, não é capaz de uniformizar e estabilizar seus entendimentos, é impossível atender às exigências da segurança jurídica. Nesse cenário as pessoas passam a ter dificuldades em decidir a respeito dos mais diversos atos da vida civil<sup>139</sup>, pois não são capazes de prever razoavelmente as consequências jurídicas de cada conduta.

Lembre-se, porém, que a segurança jurídica não possui apenas um valor instrumental. Ou seja, a relevância desse princípio jurídico no sistema não se justifica apenas pela sua relação com outros princípios. Ao contrário, ela possui um valor próprio, funcional. Quer-se dizer com isso que mesmo um sistema injusto, mas que viabilize cognoscibilidade, calculabilidade e confiança, é melhor que um sistema injusto sem esses atributos. A segurança jurídica tem, portanto, um valor intrínseco que independe do valor justiça e, justamente por isso, muitas vezes eles devem ser equilibrados, para que um não seja absolutamente preterido em favor do outro<sup>140</sup>.

A inexistência de segurança jurídica a respeito de determinada temática tem, ainda, outro efeito: estimula um verdadeiro círculo vicioso, com a propositura de mais e mais ações - dada a persistência de dúvida sobre qual será o resultado do processo<sup>141</sup>. Essa miríade de demandas, resolvidas de forma descoordenada pelo Poder Judiciário, implica, por sua vez, o desperdício de recursos humanos, financeiros e temporais, pois a jurisdição é chamada inúmeras

---

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 213.

<sup>139</sup> Mantendo-se fiel ao exemplo do contrato bancário, a ausência de certeza jurídica a respeito da validade de certa cobrança com base em determinado método de apuração de juros pode, por exemplo, interferir na decisão do credor de solicitar ou não a inscrição do nome do devedor em cadastro restritivo de crédito. Por outro lado, a dúvida também pode interferir na decisão do devedor em contratar ou não um empréstimo com taxa de juros menor que aquela exigida pela dívida atual, porém maior do que aquela a ser possivelmente fixada por decisão judicial que discuta a validade dos mesmos juros a que acima se fez referência.

<sup>140</sup> Ao comentar sobre as dimensões funcional e instrumental da segurança jurídica Humberto Ávila observa que: “ela pode ser valorada pelo simples fato de proporcionar inteligibilidade, confiabilidade e calculabilidade, sem qualquer valor adicional, ou ser estimada pelos valores a cuja realização ela serve. No primeiro caso, ela tem mero valor funcional – é importante simplesmente porque serve de pressuposto para guiar as pessoas; no segundo, valor instrumental – é valiosa porque, ao servir de pressuposto para guiar as pessoas, permite o respeito ao exercício da liberdade e o tratamento digno do ser humano”. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 190.

<sup>141</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, mais do que simples dúvida a respeito do direito, a falta de segurança jurídica dilui o sentimento de responsabilidade pessoal: “A incerteza sobre a interpretação de um texto legal ou a respeito da solução de uma questão de direito dilui o sentimento de responsabilidade pessoal. Ninguém se sente responsável por uma conduta quando há dúvida acerca da sua ilicitude. Quando o próprio Estado, mediante os órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, ora afirmando uma coisa ora declarando outra, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: RT, 2014, p. 113.

vezes a se manifestar a respeito de temas sobre os quais, a rigor, já discutiu e resolveu outras tantas vezes.

Em resumo, a dispersão jurisprudencial suscita, a um só tempo, violação da isonomia, perda de segurança jurídica e desperdício de recursos judiciários.

Lembre-se, porém, que o problema da falta de coordenação das decisões judiciais não é a única questão a ser resolvida no trato de casos idênticos.

De fato, mesmo quando a resposta jurisdicional é sempre a mesma em todos os processos, ainda há o problema de como dar efetividade ao direito daquelas pessoas que não propuseram demandas judiciais. O ponto aqui diz respeito a como assegurar que, uma vez definida a correta interpretação do direito, todos os sujeitos envolvidos possam gozar de situação isonômica, que lhes assegure um estado de fato conforme ao direito, com o menor dispêndio possível de recursos judiciais. Em termos práticos: como assegurar que uma tarifa bancária, reconhecida como ilegal, não seja mais exigida e, ainda, que os valores indevidamente cobrados sejam restituídos a todos os sujeitos lesados? Uma vez reconhecido o dever de o Poder Público fornecer determinado medicamento, como garantir que a decisão efetivamente beneficie o maior número possível de administrados?

A resposta mais imediata é aquela segundo a qual os sujeitos eventualmente prejudicados poderão propor demandas próprias, buscando a satisfação de seus interesses. E, sem dúvida alguma, o sistema trabalha com essa possibilidade. Afinal, especialmente quando se trata de direitos disponíveis, atribui-se ao próprio titular a legitimidade para postulá-lo em juízo, mas também se lhe garante a liberdade de não o fazer<sup>142</sup>.

Como se sabe, a inércia do Poder Judiciário decorre da proteção da autonomia dos indivíduos e também da imparcialidade dos magistrados. Em certas hipóteses, contudo, o próprio sistema admite a possibilidade de atuação independentemente de demanda própria, em razão de um forte interesse público envolvido. É o caso, por exemplo, da concessão *ex officio* de *habeas corpus*<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Como bem observa Sérgio Arenhart: “a noção da inércia da jurisdição – e do correlato princípio da demanda – tem clara raiz no caráter disponível do direito material. Se é certo que o direito subjetivo tem caráter privado e é de cunho disponível, não teria sentido autorizar-se o Estado a interferir na vontade do particular, impondo-lhe a proteção de interesse deste, quando este assim não o desejasse”. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). Processo e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603.

<sup>143</sup> *Idem*.

Pode acontecer de o interesse público ser justamente o de evitar ações sucessivas e repetitivas após a fixação de determinado entendimento em favor de um grupo numeroso de pessoas. Nesse caso, havendo técnicas disponíveis para satisfazer o direito de todos os titulares sem a necessidade de novas ações, justifica-se a universalização do resultado favorável, em atenção à necessidade de concentrar esforços em outros processos já em tramitação.

Lembre-se, nesse sentido, que um sistema judicial eficiente é aquele que não apenas confere tratamento adequado às demandas pendentes, mas também que demonstre ser capaz de evitar novas demandas sobre questões já resolvidas, sempre que isso for desnecessário. Trata-se de viabilizar a solução ampla do litígio, com o menor uso possível de recursos judiciários, conforme se mencionou no primeiro capítulo deste trabalho.

Não se pretende afirmar que os objetivos de produzir decisões judiciais uniformes e extrapolar os resultados a todos os envolvidos podem ser integralmente atingidos sempre. Quer-se dizer, porém, que essas metas devem ser almejadas pelo sistema jurídico como um todo e que instrumentos capazes de disseminar, de forma ampla, um estado de fruição da ordem jurídica justa devem fazer parte da agenda de todos aqueles comprometidos com o Estado Democrático de Direito.

## **2.3. Os direitos individuais homogêneos no ordenamento jurídico brasileiro**

### **2.3.1. Natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos**

Como mencionado, reconhecimento da homogeneidade tem, sob o aspecto jurídico, a finalidade de identificar vínculos muito semelhantes em estrutura e conteúdo, que exijam tratamento isonômico, justificando a adoção de técnicas processuais destinadas à obtenção de um resultado comum, com a menor utilização possível de recursos judiciários.

Essa é, no entanto, uma aproximação genérica daquilo que o ordenamento jurídico brasileiro definiu como direitos individuais homogêneos. O conceito legal está previsto no art.

81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, que os trata como interesses “decorrentes de origem comum”<sup>144</sup>.

O dispositivo legal não esclarece exatamente o critério para que se reconheça a existência de direitos individuais homogêneos, já que não oferece elementos seguros para que se conclua com precisão o conceito de “origem comum”<sup>145</sup>. Justamente por isso, o tema suscita importantes divergências na doutrina, como se discutirá adiante.

É preciso, porém, iniciar o tratamento do tema por outra divergência que diz respeito à própria natureza dos direitos individuais homogêneos. É que, para importante parcela da doutrina brasileira, há aqui uma categoria de direito material essencialmente coletiva e não apenas uma técnica processual de tutela adequada de direitos individuais.

Essa posição foi defendida por Alcides Munhoz da Cunha, para o qual a pretensão de obter uma condenação genérica em favor de vítimas e sucessores que suportaram danos decorrentes de origem comum explicita utilidade processual indivisível. A justaposição e coordenação dos interesses envolvidos constituem, na verdade, a perseguição de um mesmo bem, cuja divisibilidade se operará apenas na fase de liquidação<sup>146</sup>.

Mesma posição é defendida por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., para os quais as ações coletivas não constituem uma espécie de litisconsórcio multitudinário. A pretensão individual e a pretensão coletiva seriam situações jurídicas distintas e inconfundíveis<sup>147</sup>,

---

<sup>144</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>145</sup> A observação é frisada por Sérgio Arenhart: “Com efeito, não se tem como saber, a partir dessa definição, se a origem comum dos direitos está em alguma ‘relação jurídica base’, em algum fato cotidiano único, em circunstâncias semelhantes vivenciadas por cada indivíduo, na identidade de causa de pedir ou de pedido, na similaridade das situações de cada direito individual ou em algum outro elemento”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela dos coletiva dos interesses individuais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 53. Didier e Hermes Zaneti mencionam que o dispositivo é “lacônico”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 12ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2018, p. 79.

<sup>146</sup> Nas palavras do próprio Alcides Munhoz da Cunha: “Tem-se dito que nestes casos os interesses são individuais e não meta-individuais, porque a própria lei os qualifica como individuais, porém homogêneos, por ter origem comum. Todavia, a despeito deste nomen iuris, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coodenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que tem origem comum. A divisibilidade se opera apenas no momento da liquidação (quantificação) dos danos pessoalmente sofridos e da execução”. CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo, Vol. 77, 1995, n 9º. P. 233-234.

<sup>147</sup> Na mesma linha: “Pode-se concluir, dessa maneira, que, em sentido lato, uma relação jurídica constitui verdadeira espécie do gênero situação jurídica, ao passo que, em sentido estrito, situação jurídica e relação jurídica são espécies diferentes do gênero de categorias eficaciais. A esses conceitos some-se a ideia de que existem dois tipos de dimensão em situações jurídicas: uma individual e uma coletiva. É acertado dizer que fatos jurídicos de métrica individual dão ensejo a situações jurídicas individuais e fatos jurídicos de grandeza coletiva dão ensejo a situações jurídicas coletivas. WANDERLEY, João Flávio Vidal. O objeto e a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. Vol 285. São Paulo: RT, 2018, p. 235-270.

suscitando técnicas de tutela individual e coletiva. Justamente por isso não haveria litispendência entre elas. No primeiro caso a pretensão seria meramente individual, enquanto no segundo caso haveria discussão de direito essencialmente coletivo<sup>148</sup>.

Defendem, portanto, que a ação coletiva veicula pretensão de acolhimento de uma *tese jurídica geral*, a qual difere da pretensão singular, deduzida nas ações individuais. Observam que, por essa razão, está-se diante de interesse indivisível e indisponível<sup>149</sup>, titularizado por um grupo cuja formação ocorre após a lesão do direito<sup>150</sup>. Tal como já havia sustentado Alcides Munhoz da Cunha, os autores observam que a indivisibilidade e a indisponibilidade persistem até o momento da liquidação e execução, quando se exercem as posições jurídicas individuais, revelando-se novamente um interesse coletivo apenas na hipótese de não ocorrer a tutela integral do ilícito<sup>151</sup>.

A técnica do *fluid recovery* confirmaria a existência de proteção de direitos transindividuais, através da tutela dos direitos individuais homogêneos<sup>152</sup>. Haveria, aqui, censura própria decorrente da extensão da lesão e, portanto, não coincidente com a responsabilização atinente aos danos individualmente considerados. Nesse sentido, a dispensa da sanção pelos danos coletivos seria dispensada no caso de ocorrerem numerosas ações individuais, não porque teria ocorrido o exaurimento do objeto indenizatório, mas sim porque o escopo pedagógico-punitivo já estaria alcançado<sup>153</sup>.

Eduardo Talamini acrescenta que a recusa da natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos<sup>154</sup> gerou uma série de deficiências no tratamento da matéria, especialmente no que

---

<sup>148</sup> “O art. 104 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cuida de reger a relação entre a ação coletiva e ação individual: a ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais. A opção é correta. Isso porque, realmente, pleiteia-se o direito coletivo lato sensu (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Já nas ações individuais, busca-se a tutela de direito individual. As demandas veiculam afirmação de situações jurídicas ativas distintas; não podem ser consideradas idênticas”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 12ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2018, p. 182.

<sup>149</sup> Antonio Gidi também defende a indisponibilidade e indivisibilidade dos direitos individuais homogêneos, quando considerados “em sua globalidade”. GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol IX. São Paulo, RT, 2011, p. 296.

<sup>150</sup> Também exigindo a necessidade de lesão para caracterização dos direitos individuais homogêneos: MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29-30.

<sup>151</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol 4. Vol. 12ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2018, p. 78-85.

<sup>152</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. 12ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2018, p. 85.

<sup>153</sup> Em igual sentido: TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 119.

<sup>154</sup> Para o autor, existe um direito difuso subjacente aos direitos individuais homogêneos, com destaque para a segurança jurídica, a previsibilidade e a isonomia – todos com dimensão transindividual. TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 125.

diz respeito ao regime da legitimidade ativa e da coisa julgada. Em ambos os casos, o tratamento deveria ser rigorosamente idêntico ao dispensado aos direitos difusos e coletivos<sup>155</sup>.

Acreditamos, porém, que a razão está com a doutrina majoritária<sup>156</sup>, no sentido de reconhecer a natureza individual dos direitos homogêneos previstos no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor<sup>157</sup>. Não se trata, portanto, de um único direito de natureza coletiva, mas de vários direitos individuais, cuja tutela conjunta é, por um lado, possível em razão da suficiente homogeneidade entre eles – inclusive decorrente da origem comum –, e, por outro, recomendável em razão da economia que produz em relação aos recursos disponíveis para o exercício da jurisdição.

Quer-se dizer com isso que as razões justificadoras do tratamento conjunto dos diversos direitos individuais são, fundamentalmente, de natureza processual, seja em relação ao modo mais econômico de exercê-la, seja em razão da produção de resultados uniformes para questões que assim devem ser tratadas<sup>158</sup>.

A análise do surgimento de direitos individuais homogêneos à luz do conceito de situação jurídica não altera o entendimento aqui defendido. Com efeito, o fato ou conjunto de fatos regulado por uma norma de direito é qualificado como fato jurídico, dele decorrendo uma situação jurídica. Dito de outro modo, uma norma, aplicável a um fato, forma uma situação jurídica<sup>159</sup>. É claro que um mesmo fato pode suscitar situações jurídicas distintas, dada a possibilidade de sobre ele incidirem diversas disposições de direito.

Os direitos individuais homogêneos não geram uma única situação jurídica. Na verdade, aplica-se a norma, sob o ponto de vista do direito material, em relação a cada um dos sujeitos

---

<sup>155</sup> TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 120-123.

<sup>156</sup> Embora critique a classificação legal, Edilson Vitorelli observa: “Hoje é praticamente unânime a ideia de que os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados coletivamente apenas por conveniência processual, permanecendo, em essência, individuais”. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo, RT, 2016, p. 95-96.

<sup>157</sup> Trata-se da posição clássica da doutrina brasileira sobre o tema e que, como dito, nos parece correta. Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 196.

<sup>158</sup> “Desse modo, no que tange aos interesses individuais, nada justifica que sempre e todos eles sejam tratados, cada um, em demanda autônoma, recebendo uma decisão inteiramente nova e divorciada de outras, que possam ter sido dadas – ou que devam ainda ser dadas – em outros casos semelhantes. Com efeito, do ponto de vista da gestão do serviço público ‘justiça’ não é razoável se impor, sempre, o novo exame de matéria já enfrentada. Isso não apenas favorece o surgimento de decisões conflitantes como, especialmente, implica claro desperdício de recursos públicos. Se a matéria já foi examinada, este exame deve valer para todos aqueles que invoquem o mesmo tema novamente”. ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva dos interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 152.

<sup>159</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 12.

cujo direito tenha sido violado, dando azo a uma situação jurídica ativa individual. O que permite a propositura de uma demanda coletiva é a incidência de outra disposição com suporte fático distinto, qual seja, a que qualifica como homogêneos os múltiplos direitos individuais de origem comum.

Portanto, uma das situações jurídicas que decorrem desse fato jurídico é a possibilidade de que tais interesses sejam tutelados através de uma ação coletiva. E essa situação jurídica é de natureza processual, relativa ao interesse adequação. Isto é, verificada a hipótese fática do art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, torna-se adequada a tutela coletiva dos direitos individuais. Essa situação jurídica, oriunda da incidência de uma norma jurídica, é complementada por outra situação jurídica, qual seja, a legitimidade ativa de determinados sujeitos para propositura da demanda coletiva.

Desse modo, só é possível pensar em uma situação jurídica coletiva na medida em que se reconhecem várias relações jurídicas semelhantes, que permitem o tratamento processual conjunto, dada a presença de homogeneidade de regramento previsto pelo ordenamento jurídico para os direitos individuais de origem comum.

Coletivo, pois, é o modo de prestação da tutela e não o direito envolvido<sup>160</sup>. Ou seja, muito embora não sejam transindividuais e indivisíveis, o ordenamento jurídico admite que os interesses individuais homogêneos sejam discutidos em juízo através de mecanismos de representação do grupo, tal como aqueles direitos considerados essencialmente coletivos.

Portanto, o elemento definidor da natureza coletiva da tutela de direitos no Brasil é o modo representativo da proteção dos interesses do grupo.

### **2.3.2. Da ausência de limitação à tutela condenatória**

A fixação de uma tese jurídica geral da tutela de direitos individuais homogêneos não é, necessariamente, o objeto do processo coletivo. A posição defendida por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. parte da premissa de que a existência de um direito subjetivo<sup>161</sup> é elemento

---

<sup>160</sup> Nesse sentido: “Quando se fala, pois, em ‘defesa coletiva’ ou em ‘tutela coletiva’ de direitos individuais homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o sujeito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”. ZAVASKI, Teori. Processo Coletivo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 40.

<sup>161</sup> A expressão direito subjetivo é aqui utilizada como “poder de exigir ou de pretender de alguém um comportamento específico”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol 1. 15ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 34.

essencial ao cabimento da demanda coletiva. Como consequência, o único resultado possível seria um provimento de natureza condenatória, cuja estrutura básica permitiria identificar o núcleo de homogeneidade na existência da obrigação (*an debeat*), na identificação do devedor (*quis debeat*) e no acertamento do que é devido (*quid debeat*). A identificação do credor e a quantificação do crédito formariam a margem de heterogeneidade, a ser resolvida no bojo das demandas individuais<sup>162</sup>.

Outra premissa da qual parte essa conclusão – de que o objeto da tutela coletiva é a fixação de uma tese jurídica geral – diz respeito à obrigatoriedade da execução através do regime estabelecido nos arts. 97 a 100 do CDC, que institui regime bifásico. Assim, a satisfação do direito individual, reconhecido de forma genérica pela sentença, dependeria de uma manifestação de vontade do titular e, em caso de inércia, seria possível a reversão dos valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos<sup>163</sup>.

Entretanto, ambas as premissas devem ser afastadas.

Em primeiro lugar, os direitos individuais homogêneos não são necessariamente direitos subjetivos. Note-se, nessa linha, que inexiste vedação à tutela coletiva de direitos individuais potestativos. Bastará a constatação de que a tutela coletiva é mais adequada à proteção do direito envolvido, que a molecuralização da tutela será viável à prestação jurisdicional eficiente pelo Estado<sup>164</sup>.

Essa observação nos remete a uma outra igualmente importante. Não necessariamente a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos implicará a prolação de sentença condenatória. A rigor, nada impede que se postule a prolação de provimento constitutivo<sup>165</sup> na

---

<sup>162</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. 12ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2018, p. 85. Embora defenda que os direitos homogêneos são sempre individuais, Teori Zavaski também entende que a tutela coletiva desses interesses é destinada à formação de uma sentença condenatória genérica, cujo conteúdo espelha a estrutura dos direitos subjetivos: “Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorrem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Trata-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática ou assemelhada. Essa circunstância genética produz um conjunto de direitos subjetivos com, pelo menos, três aspectos fundamentais de identidade: (a) o relacionado à própria existência da obrigação, (b) o que diz respeito à natureza da obrigação e (c) o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comuns a todos eles”. ZAVASKI, Teori. Processo Coletivo. 7ª. São Paulo: RT, 2017, p. 152.

<sup>163</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. 12ª ed. Jus Podivm: Salvador, 2018, p. 498-504.

<sup>164</sup> Sérgio Arenhart, por exemplo, observa que também direitos potestativos podem resultar em direitos individuais homogêneos: “Na realidade, tratam-se de direitos individuais comuns (subjetivos ou potestativos, relativos ou absolutos, reais ou pessoais etc.)”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 142.

<sup>165</sup> Teori Zavaski explica didaticamente as razões do entendimento contrário ao aqui defendido: “A tutela repressiva nem sempre é compatível com a repartição da atividade cognitiva nem mesmo com a sua ‘execução’ em separado da sentença. Isso ocorre, como acima visto, quando a sanção pelo descumprimento consiste em

demanda coletiva, circunstância expressamente prevista no art. 51, §4º, do CDC, no que tange ao ajuizamento de ação de decretação da nulidade de cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo<sup>166</sup>. Lembre-se, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública na qual se postulava a invalidação de cláusulas abusivas em contrato de arrendamento mercantil, fazendo expressa alusão ao fato de que se tratava de tutela de direitos individuais homogêneos<sup>167</sup>.

Como se percebe, o objeto da demanda de invalidação de cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo não é a “fixação de uma tese geral”, mas sim a obtenção de tutela constitutiva negativa em favor dos consumidores<sup>168</sup>.

Pela mesma razão não é possível vislumbrar qualquer óbice à obtenção de tutela declaratória. Imagine-se, por exemplo, que determinados planos de saúde realizem cobrança

---

consequência jurídico-formal, de criar, modificar ou extinguir (anular) uma relação jurídica. Não é possível aplicá-la senão individualizando, desde logo, a relação jurídica atingida. Sendo assim, a sentença que confere tutela jurídica dessa natureza há de ser, necessariamente, individualizadora, identificando as situações concretas sobre as quais recai a sanção. Não há como compatibilizá-la com as características da ação coletiva, cujas sentenças têm caráter genérico, postergando para outra ação a identificação das situações individuais e a correspondente execução. Sobretudo, não há como compatibilizá-la com a garantia da liberdade de adesão, assegurada ao titular do direito individual, de vincular-se ou não ao processo coletivo e ao seu resultado”. ZAVASKI, Teori. Processo Coletivo. 7ª. São Paulo: RT, 2017, p. 174-175.

<sup>166</sup> Essa também é a conclusão de Bruno Miragem, ao comentar a atuação do Ministério Público no que tange ao controle das cláusulas abusivas inseridas em contratos de consumo: “Entretanto, havendo recusa do fornecedor que estipule cláusulas abusivas em seus contratos de abster-se desta prática, a solução adequada será a interposição da respectiva ação judicial para o controle *in abstracto* (derivadas de contratos-padrão, contratos-tipo elaborados por fornecedores e não necessariamente celebrados por consumidores) ou o controle *in concreto*, visando à nulidade de cláusulas presentes em contratos já celebrados entre fornecedores e consumidores. (...) Uma vez que decorrem de estipulação contratual entre consumidor e fornecedor, os direitos envolvidos na pretensão de nulidade da cláusula contratual abusiva são tipicamente da terceira espécie, direitos e interesses individuais homogêneos”. MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4ªed. São Paulo: RT, 2013, p. 392. Observe-se, neste particular, que a doutrina não nega a possibilidade de demanda coletiva com tal objeto, porém há divergência se os interesses tutelados nessas hipóteses seriam individuais homogêneos ou coletivos *stricto sensu*.

<sup>167</sup> Recurso especial. Processo civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Validade de cláusula. Contrato de arrendamento mercantil. - A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. - Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão. Recurso especial provido. (REsp 509.654/MA, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 16/11/2004, p. 273)

<sup>168</sup> Sem pretender esgotar o tema, entendemos que a posição segundo a qual a invalidação de cláusula contratual nula suscita provimento declaratório não observa adequadamente a distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia. Veja, por exemplo, o que consta na clássica obra de Martinho Garcez sobre o tema: “Nulidade é o vício que impede um ato ou uma convenção de ter existência legal e produzir efeitos”. GARCEZ, Martinho. Das nulidades dos atos jurídicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 16. Desse modo, por se perceber no ato uma questão de inexistência, o provimento seria declaratório. A cláusula, entretanto, existe. Apesar disso, contém um vício que a torna nula e, por isso, deve rescindida e os efeitos dessa rescisão retroagem à data do próprio ato (por exemplo, a celebração do contrato). A situação não passou despercebida a Pontes de Miranda: “Quando, hoje, se diz que a ação de nulidade é declarativa, desatende-se a que o nulo, quando começou a ser o inválido absoluto, e não o inexistente, como era no direito romano, não se declara, se desconstitui, *ex tunc*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. Tomo 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 39. Percebe-se, assim, que há uma alteração da relação jurídica, e que encerra provimento constitutivo negativo.

extrajudicial de determinados valores, informando que o não pagamento resultará na propositura de demandas judiciais. Entretanto, considere-se que, no caso, já tenha ocorrido a prescrição, em razão da fluência do prazo previsto em lei. Nada impediria, por exemplo, que vários contratantes propusessem demandas individuais pretendendo simplesmente o reconhecimento judicial da prescrição. E sendo possível a propositura de várias demandas individuais de mesmo conteúdo, é preciso, como corolário lógico, reconhecer também a possibilidade de demanda coletiva de mesmo teor.

Essa constatação nos remete a outra – não menos necessária – consideração. É que não há qualquer impedimento na propositura de demanda inibitória para a tutela de direitos individuais homogêneos. Aplica-se aqui exatamente o mesmo raciocínio anterior, no sentido de que, onde é possível a propositura de demandas individuais nas quais se identifiquem questões comuns, será possível também – pelo menos em tese – a propositura de demanda coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos.

De qualquer modo, mesmo quando se tratar de sentença condenatória que envolva direitos individuais de natureza pecuniária, não se pode descartar a prolação de provimentos mandamentais, destinados à satisfação daqueles interesses<sup>169</sup>. A rigor, tanto a sentença genérica como a forma bifásica de execução previstas pelo CDC devem ser interpretadas como meras possibilidades de atuação<sup>170</sup> e, portanto, merecem ser afastadas sempre que se identificar outro modo mais efetivo de prestação da tutela jurisdicional<sup>171</sup>. Dito de outro modo, sempre que viável, deve-se evitar a propositura de uma miríade de ações singulares, impedindo-se a produção de todos os efeitos deletérios daí decorrentes<sup>172</sup>. Do contrário, a coletivização parcial

---

<sup>169</sup> Nesse sentido: “Sempre que seja possível a tutela específica da obrigação ou provimento mandamental, que se resolve em um fazer ou observância de determinação judicial, isso é preferível, dispensando-se os indivíduos beneficiados pela sentença coletiva das agruras de milhares de processos individuais de execução por quantia”. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 500.

<sup>170</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela dos direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o projeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: RT, 2007, p. 216-230.

<sup>171</sup> A prevalência das técnicas mandamental ou executiva deveria prevalecer, aliás, em qualquer processo, mesmo os individuais. Como observa Sérgio Arenhart, ao comentar o regime condenatório em geral, “é preciso, ao menos por força do primado da isonomia, notar que, se às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, se confere proteção pela via mandamental ou executiva, também essa deve ser a técnica empregada para as prestações pecuniárias, sempre que se mostrem mais eficazes do que a medida condenatória”. ARENHART, Sérgio Cruz. Sentença condenatória pra quê?. In: Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. (Org.). Teoria Quinária da Ação - Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: JusPodium, 2010, p. 613-631.

<sup>172</sup> É a posição de Gustavo Osna: “A condenação genérica é, de regra, inadmitida em nosso Direito. Ocorre que o seu uso, em determinadas hipóteses relacionadas ao processo coletivo, poderia representar um mecanismo necessário ou eficaz. Foi antevendo esse tipo de hipótese que o Código de Defesa do Consumidor se preocupou em prever a possibilidade da sentença condenatória genérica em demandas que versem sobre direitos individuais

não será capaz de evitar pulverização dos conflitos, deixando de cumprir a principal função para a qual foi chamada a desempenhar no sistema processual<sup>173</sup>.

Não há, portanto, uma “mutação” da natureza do direito tutelado entre a fase de conhecimento e a fase de execução. Os direitos tutelados são, sempre, individuais. E essa asserção não é infirmada pela possibilidade de execução coletiva com destinação dos valores ao fundo de direitos difusos, em caso de insuficiência de atuação dos titulares individuais.

Note-se que, atendendo ao primeiro escopo da responsabilidade civil<sup>174</sup>, o CDC atribui primazia ao ressarcimento dos titulares individuais lesados. Apenas quando isso não ocorre, o diploma consumerista autoriza a execução do valor total do prejuízo pelo legitimado coletivo. Essa possibilidade não decorre de uma suposta lesão a um interesse público indivisível, mas da necessidade de prevenir futuros comportamentos antijurídicos. Desse modo, quando a execução é realizada individualmente, o escopo é reparatório, mas quando é procedida por um legitimado coletivo em razão da inércia dos sujeitos lesados, ela assume um escopo punitivo<sup>175</sup>.

Os direitos individuais homogêneos são, pois, acidentalmente – e não essencialmente – coletivos, tratando-se de bens jurídicos divisíveis, cujos titulares são sujeitos identificados ou, pelos menos, identificáveis<sup>176</sup>.

### 2.3.3. Da identificação da origem comum

---

homogêneos. Isso, porém, não representa que tal alternativa deva ser indiscriminadamente adotada, ou que seja a única cabível”. OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2014, p. 121.

<sup>173</sup> Nessa linha: “A doutrina leciona que a utilização da ação coletiva, especialmente no que toca aos direitos individuais homogêneos, pressupõe a predominância de questões comuns em relação às individuais e a superioridade da tutela coletiva. Estes ensinamentos devem conduzir a um resultado prático: a molecularização do procedimento, com a possibilidade de comandos mandamentais e/ou condenações líquidas, para que a ação seja coletiva do início ao fim, e não apenas ‘pela metade’, deve se impor como a solução principal para as ações coletivas”. ARENHART, Sérgio Cruz; MENDES, Aluisio Castro; OSNA, Gustavo. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. Revista de Processo. Vol. 222. São Paulo: RT, 2013, p. 41-64.

<sup>174</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 68-71.

<sup>175</sup> É também a posição de Thaís Venturi: “Parece inegável que a grande justificativa para a fixação da chamada *fluid recovery* nas ações coletivas brasileiras reside justamente na tentativa de evitar ou punir o locupletamento ilícito daquele que viola direitos individuais homogêneos”. VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. A tutela dos direitos e a responsabilidade civil preventiva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 135-136. Lembre-se, ainda, que a função punitiva da responsabilidade civil também possui um viés preventivo: “podemos afirmar que na função reparatória, a indenização é acrescida por uma prevenção de danos; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma prevenção de ilícitos; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma prevenção de riscos”. FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 85.

<sup>176</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In*: Temas de Direitos Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 197.

Superada essa questão, pode-se avançar ao problema de como identificá-los, a partir da expressão “origem comum”, utilizada pelo CDC.

O primeiro aspecto a se observar neste ponto, diz respeito à desnecessidade de unidade fática ou temporal em relação à origem comum. Ou seja, não se exige, para o tratamento coletivizado, que haja um fato único ou mesmo que os vários eventos tenham ocorrido ao mesmo tempo ou, pelo menos, em espaços temporais muito próximos.

Na verdade, o sentido da expressão “origem comum” se torna mais claro quando se busca auxílio nos conceitos já consagrados a respeito da agregação por litisconsórcio. É que, de fato, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos é técnica subsequente aos instrumentos pelos quais as partes podem atuar diretamente em juízo, havendo uma nítida e justificável relação de subsidiariedade<sup>177</sup>.

É fácil perceber que, se os direitos decorrem de um mesmo evento, como no caso de danos morais devidos aos sucessores de vítimas fatais de acidente aéreo, haverá origem comum. De qualquer modo, basta a presença mínima de afinidade de questões de fato ou de direito para que seja viável a prestação de tutela jurisdicional coletiva, quando impossível ou inconveniente a utilização da técnica litisconsorcial<sup>178</sup>.

É o caso, por exemplo, em que determinado proprietário rural ajuíza demanda em face de seus vizinhos, que, sem concerto prévio, tenham soltado animais em sua fazenda. Nessa circunstância, poderá o titular do terreno propor várias demandas, cada uma delas em relação aos respectivos confrontantes. Porém, apesar de se tratar de fatos distintos, pode também optar pela formação do litisconsórcio, aproveitando o mesmo processo para veicular diversas pretensões<sup>179</sup>.

Esse raciocínio pode facilmente ser transportado para as ações coletivas, como se dá nos casos em que o litígio ocorre em relações jurídicas massificadas. Embora não se trate do mesmo fato, a existência de vínculos jurídicos de idêntico perfil, estabelecidos por várias pessoas com um sujeito comum, viabiliza a formação do litisconsórcio por afinidade e, a

---

<sup>177</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 155.

<sup>178</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>179</sup> Comentando o art. 46, IV, do CPC de 1993, porém com lições perfeitamente válidas à luz do art. 113, III, do CPC de 2015, Celso Agrícola Barbi observa que: “O litisconsórcio fundado no item IV é tipicamente reunião de várias ações em um só processo. Podiam elas ser propostas separadamente, em processos distintos. Mas a reunião em um só atende às exigências da economia processual”. BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 205.

depende do número de envolvidos, poderá também justificar a propositura de demanda coletiva, para prestação jurisdicional adequada à extensão do conflito.

Note-se, portanto, que a coletivização – assim como a formação do litisconsórcio – dispensa a existência de conexão entre as causas, podendo simplesmente se referir ao mesmo padrão de conduta que se reproduz em relação a diversos vínculos jurídicos.

Os exemplos mencionados podem deixar a impressão de que a tutela coletiva de direitos individuais ocorre tão somente nos casos de demandas repetitivas<sup>180</sup>. Não é o caso<sup>181</sup>. É possível, por exemplo, que haja apenas uma questão comum a ser resolvida, sem que tal resolução implique o mesmo resultado para todas as pretensões que justificaram o tratamento conjunto. Pense-se, então, na ocupação *pro diviso*, de um grande terreno, por diversas famílias. A fim de obter a regularização fundiária, é possível que um dos fatos a ser demonstrado seja justamente o abandono do imóvel pelo proprietário registral, circunstância que pode ser objeto de prova conjunta, possivelmente produzida em um processo coletivo destinado apenas a esta finalidade<sup>182</sup>.

Essa observação nos remete à questão de saber quais as características do núcleo de homogeneidade, ao qual tantas vezes já se fez referência. Especialmente nos casos em que o núcleo de heterogeneidade é suficientemente preciso para impedir a coletivização integral do litígio, a perfeita delimitação impede a violação ao devido processo legal, reservado ao titular do direito individual a discussão a respeito de pontos específicos da relação jurídica firmada com o sujeito repetitivo.

Nesse ponto, Juliana Justo Castello assume posição intermediária em relação àquelas anteriormente apresentadas<sup>183</sup>. A partir da lógica do litisconsórcio unitário, a autora afirma que existem espécies de vínculos que, muito embora formados por relações individuais, constituem uma situação jurídica global, cuja natureza é uniforme e incindível<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> Como se discutirá mais adiante, as demandas repetitivas são aquelas reputadas idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, mesmo que mudem as partes.

<sup>181</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 158.

<sup>182</sup> Como bem observa Sérgio Arenhart: “De fato, a presença de casos em que uma prova pode ser utilizada para vários processos individuais é um indicativo certo de que, entre todos esses litígios individuais, há afinidade de questões. Afinal, se a prova sobre certo fato é relevante para todas as pretensões individuais, é porque há um ponto comum de fato ou de direito entre as várias situações singulares. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 164. A possibilidade de coletivização para fins de produção de prova está, a nosso sentir, reforçada pelo art. 69, §2º, II, do CPC.

<sup>183</sup> Trata-se de um dos trabalhos brasileiros mais completos a respeito de litigância de massa. CASTELLO, Juliana Justo Botelho. A litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 333.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 335.

A possibilidade de ocorrer uma série de demandas individuais existe porque eventuais litígios a respeito de componentes da situação jurídica global podem resultar em prejuízos na situação jurídica particular, circunstância que não altera a natureza das questões envolvidas no conflito<sup>185</sup>.

A incidibilidade pode ser prática, como no caso da pretensão de invalidação de deliberação assemblear, mas também pode ser jurídica (ou normativa), como no caso da pretensão de impedimento de cobrança de tarifa telefônica. Em outros termos, por haver uma situação jurídica global, a questão surgida nas diversas relações é única e, pela mesma razão, exige a atribuição de tratamento paritário a todos os integrantes do vínculo plurissubjetivo<sup>186</sup>.

Por isso, mesmo diante da existência de várias ações individuais, as questões relativas à situação jurídica global são objeto de discussão impessoal. Ou seja, os argumentos favoráveis aos sujeitos não repetitivos independem de peculiaridades da relação atomizada e, portanto, qualquer um que venha a defendê-las, o faz em nome do grupo. A impossibilidade de reconhecer as ações individuais como coletivas decorre mais de um óbice formal (a falta de legitimidade do indivíduo) do que da natureza de fato das questões discutidas<sup>187</sup>.

Essas demandas seriam, portanto, pseudoindividuais, cujas características seriam a indeterminação inicial dos sujeitos não repetitivos, a indivisibilidade, a necessidade de tratamento paritário (igualdade) e a impessoalidade.

Apesar de serem persuasivos os argumentos de Juliana Castello, há discordância parcial com o ponto de vista aqui defendido. Isso porque, como se percebe da exposição acima, a autora propõe uma releitura do conceito tradicional de unitariedade. Como se sabe, a pedra de toque do litisconsórcio unitário é a inviabilidade prática da efetivação das decisões divergentes. Assim, a possibilidade de que as decisões sejam diferentes, muito embora logicamente deveriam ser iguais, não é um problema que decorre da natureza incidível da relação jurídica<sup>188</sup>, mas da descoordenação entre juízos, como acima já se comentou.

---

<sup>185</sup> *Idem*, p. 333.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 335.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 336-337.

<sup>188</sup> Nesse sentido: “Se dois ou vários consumidores compraram do mesmo fornecedor um do mesmo fornecedor um produto defeituoso, perante cada um deles, isoladamente, terá este a obrigação de indenizar. São duas ou várias relações jurídicas diferentes, embora fundadas no mesmo fato base; o julgamento de cada uma delas pode ser feito em separado das demais, embora seja conveniente julgá-las em conjunto, por economia e para evitar desarmonias teóricas entre os julgados”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol II. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 350.

Note-se, aliás, que a impossibilidade de se efetivarem dois preceitos contraditórios nas hipóteses de litisconsórcio unitário decorre exatamente da natureza única e incindível da relação jurídica de direito material, como no caso da ação anulatória de casamento proposta pelo Ministério Público ou da ação de dissolução de sociedade. Justamente por isso, “só tem sentido aludir a unitariedade se, para todos os litisconsortes, é a mesma *causa petendi*, ou o mesmo é o pedido”<sup>189</sup>.

No caso da discussão a respeito da possibilidade de cobrança da tarifa telefônica, há vários contratos individuais, que, portanto, integram causas de pedir ao mesmo tempo iguais e diversas. Nesse caso, apesar de indesejável, é possível que um determinado juízo reconheça a legalidade da cobrança e outro a repete ilegal. Num caso, a tarifa poderá ser cobrada. No outro, não. Inexiste, como reconhecido pela própria autora, uma inviabilidade prática de efetivação das decisões.

E mesmo quando se discute um fato único, eventuais decisões contraditórias a respeito da ocorrência, do modo de ocorrência e dos efeitos jurídicos não resultarão em inviabilidade prática da efetivação das decisões. Basta pensar em demandas indenizatórias por acidente em veículo de transporte público, distribuídas a diferentes órgãos jurisdicionais, em que um reconheça a culpa exclusiva de terceiro e o outro não.

A dinâmica que se opera no caso dos direitos individuais homogêneos é outra e diz respeito à formação da situação jurídica. Na hipótese de ocorrerem vários fatos idênticos ou, ainda, um mesmo fato em relação a várias pessoas, a existência de circunstâncias homogêneas juridicamente exige a aplicação da mesma norma jurídica<sup>190</sup> – aqui entendida como resultado da interpretação do texto em um determinado contexto<sup>191</sup>.

Isso é uma decorrência do caráter geral e abstrato das disposições jurídicas, cujo objetivo é materializar o princípio da isonomia<sup>192</sup>. Não se trata, portanto, de fenômeno peculiar aos casos relativos a direitos individuais homogêneos. Cuida-se apenas da ideia de que a aplicação do direito deve ser uniforme para casos juridicamente iguais.

---

<sup>189</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Litisconsórcio unitário. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 129.

<sup>190</sup> Como observa Marinoni: “(...) é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 233.

<sup>191</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Argumentação Jurídica. 2ª ed. Barueri: Manole, 2016, p. 60.

<sup>192</sup> Nesse sentido: “A generalidade é uma marca do direito, seja na ideia própria de norma jurídica, seja na ideia de justificação”. MOTTA, Otávio Verdi. Justificação da decisão judicial. São Paulo: RT, 2015, p. 148.

Um exemplo poderá ilustrar o raciocínio aqui empreendido. A legislação civil estabelece que serão devidos alimentos entre pais e filhos quando se verificar o binômio necessidade-possibilidade<sup>193</sup>. A jurisprudência, porém, entende que a necessidade é presumida quando se tratar de criança ou adolescente<sup>194</sup> e que, nesses casos, também é presumida a possibilidade do genitor (ou genitora) em face do qual a ação é proposta. Significa dizer, por exemplo, que a simples comprovação da situação de desemprego não será suficiente para afastar a obrigação de prestar os alimentos. Isso vale de forma geral e será aplicado como regra, a menos que se demonstre a existência de caso excepcional, devidamente comprovado nos autos<sup>195</sup>.

Perceba-se que os argumentos favoráveis à tese de que a necessidade da criança ou adolescente é presumida e de que o simples desemprego não é capaz de operar a desoneração da obrigação alimentar é comum a todos aqueles que postulam a prestação. Isso não afasta a possibilidade de que, em determinado caso concreto, mesmo sem a demonstração de qualquer circunstância peculiar, um genitor obtenha decisão que lhe seja favorável. Mas haverá, evidentemente, uma indesejável quebra de isonomia.

Em outros termos, a existência de um discurso generalizante da interpretação do direito<sup>196</sup> é absolutamente inerente a qualquer sistema jurídico que tenha como um dos pilares o princípio da igualdade. Isso não implica a incindibilidade das relações jurídicas, mas apenas um dever uniformidade na aplicação do direito a casos iguais. As técnicas de agregação, por

---

<sup>193</sup> Trata-se do §1º do art. 1.694, cujo teor é o seguinte: Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

<sup>194</sup> Nesse sentido: “Os alimentos são devidos ao filho desde a citação na ação de investigação de paternidade, cujo pedido foi julgado procedente, até sua maioridade (Súmula nº 277/STJ), pois a necessidade de prestação de alimentos ao menor tem presunção absoluta e independe de prova”. (REsp 1401297/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015) A presunção, aliás, também se aplica aos casos de filho portador de necessidades especiais: “(...) quando se trata de filho com doença mental incapacitante, a necessidade do alimentado se presume, e deve ser suprida nos mesmo moldes dos alimentos prestados em razão do Poder Familiar”. (REsp 1642323/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 30/03/2017)

<sup>195</sup> Nesses termos: “As alegações de ocorrência de desemprego ou de existência de outra família ou prole são insuficientes, por si só, para justificar o inadimplemento da obrigação alimentícia”. RHC 92.211/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018.

<sup>196</sup> É também a posição de Eros Grau: “Cumpramos distinguir, pois, de um lado, as normas jurídicas produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade e, de outro, a norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial. Dizendo-o de outra forma: em um primeiro momento o intérprete trabalha os textos e a realidade visando a produzir normas jurídicas gerais; a partir dessas normas, decide – isto é, define a norma de decisão. As normas jurídicas gerais que conformam e informam a decisão surgem de uma primeira operação, da qual decorre a afirmação da outra, a norma de decisão”. GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juizes. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34.

exemplo, são instrumentos processuais que viabilizam o alcance desse resultado, assim como a técnica dos precedentes<sup>197</sup>.

Assim, o núcleo de homogeneidade é formado por questões que, surgidas de um único fato ou de fatos idênticos em contextos idênticos, permitam uma solução padronizada, aplicável, sem violações ao princípio da isonomia, a todas as relações jurídicas individuais.

Tudo isso é absolutamente compatível com a afirmação anterior no sentido de que a lógica da coletivização é governada pelos princípios da economia processual e do aproveitamento da atividade jurisdicional – com a garantia de tratamento isonômico da questão comum envolvida em vários processos. Ou seja, as mesmas razões que justificam a formação do litisconsórcio também justificam a coletivização do tratamento da questão comum.

Perceba-se, portanto, que a aglutinação de processos para a produção de uma decisão conjunta sobre a questão comum, através de um representante adequado à tutela dos interesses do grupo, exige apenas a inviabilidade de que todos participem pessoalmente do processo, a existência de afinidade de questões e a existência de demonstração de que o tratamento coletivo é mais útil ao Poder Judiciário<sup>198</sup>.

Esses aspectos evidenciam a percepção pragmática da coletivização, exigindo uma projeção de custos e benefícios decorrentes do tratamento conjunto dos casos. É claro que nem sempre a equação de custos e benefícios será absolutamente clara, mas o magistrado deverá ter em conta casos anteriores, individuais e coletivos, para, a partir deles, concluir se a tutela coletiva efetivamente permite o uso racional dos recursos judiciários, ao mesmo tempo em que permite a tutela adequada de todos os interesses envolvidos, inclusive quanto à garantia de tratamento isonômico.

---

<sup>197</sup> Em sentido compatível com o que ora se sustenta, Daniel Mitidiero identifica um duplo discurso na decisão judicial: “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõe o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. O precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido como *holding* de um caso. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da fundamentação da decisão judicial. É preciso perceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação – nem, tampouco, de raciocínio judiciário. A fundamentação – e o raciocínio que nela tem lugar – diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, a *ratio* é formada com material recolhido na fundamentação”. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: os dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo. Ano 37. nº 206. São Paulo: RT, 2012.

<sup>198</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 153.

Lembre-se, nessa linha, que a doutrina já tem apontado para a insuficiência do conceito tradicional de direitos individuais homogêneos no que tange ao exaurimento das hipóteses de agregação de demandas, que deve estar mais atenta à funcionalidade do que ao formalismo e ao tecnicismo<sup>199</sup>. Esse argumento é reforçado pela própria sistemática protetiva do CDC, cujo art. 83 do CDC dispõe que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Apesar da existência da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, o Código de Processo Civil apresenta uma série de institutos destinados à tutela das “causas repetitivas”. Desse modo, surge o problema de saber se há um sistema específico de tratamento das causas repetitivas e, se isso efetivamente acontece, em que medida se pode utilizar cada um dos instrumentos de tutela atualmente disponíveis.

#### **2.4. Demandas Repetitivas e Direitos Individuais Homogêneos**

A leitura do Código de Processo Civil revela que o legislador faz referência à ideia de repetição inúmeras vezes. Contudo, não há preocupação quanto à uniformidade terminológica. Encontra-se alusão a demandas repetitivas, recursos repetitivos, processos repetitivos e casos repetitivos<sup>200</sup>, havendo, ainda, alusão à “mesma questão unicamente de direito” ou “idêntica questão de direito”<sup>201</sup>.

Nesse contexto, a doutrina tem divergido quanto ao sentido que se deve atribuir ao objeto da repetição.

Muito embora haja amplo consenso quanto ao cabimento dos instrumentos previstos no Código de Processo Civil para a resolução de questões repetitivas surgidas em vários processos

---

<sup>199</sup> Sérgio Arenhart observa: “(...) surge a necessidade de dar maior amplitude à tutela coletiva dos direitos individuais, seja dando aos direitos individuais homogêneos interpretação mais atual, seja ampliando ainda mais o campo de atuação dessa coletivização das demandas individuais. Em sentido semelhante: OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. p. 160. Edilson Vitorelli vai mais além e critica a própria classificação legal. VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo, RT, 2016. De qualquer modo, para além da discussão a respeito de se ampliar o conceito de direitos individuais homogêneos, a coletivização da tutela deve ser vista como imperativo de tutela jurisdicional adequada, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal em relação ao cabimento de habeas corpus coletivo (STF. 2ª Turma. HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018).

<sup>200</sup> A título ilustrativo, veja-se, respectivamente: art. 12, §2º, III; art. 69, §2º, VI; art. 311, II, todos do CPC/2015.

<sup>201</sup> Art. 976, I e art. 1036, ambos do CPC/2015.

que tratem de relações jurídicas de massa, existe grande debate a respeito da utilização dessas técnicas quando houver repetição da questão em demandas heterogêneas.

Sofia Temer, por exemplo, defende que é possível instaurar o Incidente de Resolução de demandas Repetitivas sempre que houver *questões jurídicas homogêneas*<sup>202</sup>, ainda que os processos nos quais tais controvérsias tenham surgido não sejam homogêneos. Argumenta que essa constatação se torna clara quando se verifica a possibilidade de fixação de tese a respeito de questões de direito processual, as quais, por sua própria natureza, independeriam das questões de mérito dos processos de origem<sup>203</sup>.

Nesse sentido, haveria coincidência apenas parcial entre os mecanismos de resolução de questões repetitivas e os direitos individuais homogêneos<sup>204</sup>. Isso porque, se por um lado é verdade que muitas questões repetitivas surgem em processos repetitivos, essa não é uma realidade absolutamente necessária, podendo-se verificar questões repetitivas em processos não repetitivos. Ademais, questões processuais, que podem ser objeto principal do IRDR, não podem ser objeto principal das ações coletivas, sendo certo que a própria repetitividade pode ocorrer em demandas coletivas de objetos distintos. Enfim, o conceito de demanda repetitiva seria mais amplo que o de direitos individuais homogêneos<sup>205</sup>.

Discorda-se parcialmente desse entendimento.

---

<sup>202</sup> TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 63. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 587. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 976 a 987. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1420).

<sup>203</sup> TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 63. No mesmo sentido: “Importante esclarecer que essas questões homogêneas podem ser relativas ao direito material ou processual. Ajuizados, portanto, diversos processos que, no mérito, não se enquadram como repetitivos, tendo em vista não possuírem qualquer questão de direito material em comum, no decorrer da tramitação judicial podem surgir questões homogêneas de direito processual, tornando admissível a instauração do IRDR, ainda que os processos alcançados pela instauração do incidente coletivo não tenham qualquer relação meritória. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 201.

<sup>204</sup> Também tecendo comentários sobre o IRDR, Aluisio Mendes reconhece uma coincidência apenas parcial, observando que: “(...) como a própria denominação do instituto indica, as demandas repetitivas, que têm por base especialmente os direitos individuais homogêneos, são uma parte fundamental no espectro de abrangência do novel instrumento”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 112.

<sup>205</sup> No mesmo sentido: WANDERLEY, João Flávio Vidal. O objeto e a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas: as situações jurídicas repetitivas e os direitos individuais homogêneos no cerne do debate. Revista de Processo. Vol. 285. São Paulo: RT, 2018, p. 235-270.

A norma é um comando significativo resultante de um processo interpretativo que parte do texto e termina em uma decisão. Esse processo é de natureza argumentativa e, portanto, se origina de uma construção do intérprete<sup>206</sup>.

Ao se afirmar que a produção da norma se inicia a partir do texto, quer-se, por um lado, ressaltar a importância da interpretação literal e, por outro, frisar a sua insuficiência. Isso porque, muito embora se possa determinar o significado de cada uma das palavras empregadas no texto, a compreensão da mensagem depende da consideração do contexto no qual ele se insere. Esse contexto pode ou não confirmar a interpretação imediata, dada a possibilidade de percepção de um sentido ilocutivo<sup>207</sup>.

De fato, muitas vezes as circunstâncias nas quais se opera a comunicação relevam um conteúdo que não pode ser extraído diretamente da locução. Tercio Sampaio Ferraz Jr. apresenta o seguinte exemplo: quando a mãe avisa, antes da saída do filho, que está chovendo, a inserção da assertiva no contexto implica a ilocução não expressa “leve o guarda-chuva”<sup>208</sup>.

Também no universo normativo, a interpretação do texto legal não dispensa a consideração do conteúdo ilocutivo, normalmente vinculado à finalidade da norma. Trata-se, é claro, de uma reconstrução de sentido operada pelo intérprete a respeito do que seria mais coerente admitir como propósito da lei, à luz das regras de uso e das pautas morais de comportamento vigentes<sup>209</sup>.

Desse modo, existe uma constante tensão entre o texto e o sentido ilocutivo que lhe é atribuído. Esse conflito entre regra e justificação é resolvido no plano argumentativo e pode produzir resultados sobreinclusivos ou subinclusivos<sup>210</sup>. No primeiro caso, permite-se incluir hipóteses que estão fora do sentido elocutivo (interpretação direta e imediata) do texto. No segundo caso, permite-se excluir hipóteses que estão dentro do sentido elocutivo.

Um exemplo trabalhado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. pode esclarecer o ponto. Nos Estados Unidos, o *Sherman Act* proíbe a prática de atos tendentes à formação de monopólios e o *Clayton Act* veda a aquisição de empresa que possa reduzir a competição. Em resumo, o

---

<sup>206</sup> Sobre o tema: “Normas em sentido da sua aplicação não se confundem com o texto dos dispositivos que compõem o documento escrito. Enquanto um comando significativo (uma ordem, um comando, um imperativo), elas resultam de um processo que parte do texto normativo e finda com a formulação do preceito regulador, que começa com a interpretação e culmina com a decisão. Esse processo é que se diz argumentativo”. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Argumentação Jurídica*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2016, p. 58.

<sup>207</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>208</sup> *Idem*.

<sup>209</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Argumentação Jurídica*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2016, p. 67.

<sup>210</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. London: Harvard University Press, 2009, p. 28-29.

sentido elocutivo das regras impede a aquisição de empresa que resulte na formação de monopólio ou reduza a competição<sup>211</sup>.

Perceba-se que as regras não excluem expressamente a hipótese na qual uma empresa em processo de falência seja adquirida por outra, em ambiente de mercado na qual ambas sejam as únicas agentes. Mas, em termos ilocutivos, é possível apontar para a consideração de que a formação do monopólio é, no caso, inevitável e, nesse contexto, o resultado prejudicial que a norma pretendia impedir não será atingido. Logo, não faz sentido entender que esse caso está abrangido pela proibição<sup>212</sup>.

Não se trata de suprir uma lacuna. Cuida-se apenas de reconhecer um significado indireto (ilocução), que está subentendido no programa normativo. No caso, passam a existir duas generalizações. A primeira resultante do sentido elocutivo do texto, impedindo a aquisição de firma, quando isso resulte em formação de monopólio. E a segunda, resultante do sentido ilocutivo, a partir da qual se considera possível a aquisição quando a firma estiver em processo de falência. Note-se que regra e exceção são congruentes, já que coexistem de modo coerente a partir de um significado teleológico que se atribuiu ao texto<sup>213</sup>.

Percebe-se, portanto, que a interpretação direta e imediata do texto está sujeita a uma espécie de teste de confirmação, que considera outros elementos não expressos para definição do conteúdo da norma, à luz do contexto no qual ela incide.

Nos casos em que essa interpretação direta é confirmada, conclui-se pela clareza da norma. Em outros termos, essa transparência da qual se trata não é uma premissa, mas o resultado do processo hermenêutico.

Por que isso importa? Porque, como visto, nem sempre é tão fácil identificar se determinadas situações são ou não suficientemente semelhantes, a ponto de justificar tratamento idêntico pelo ordenamento jurídico, seja à luz de uma regra escrita, seja à luz de uma decisão anterior.

---

<sup>211</sup> Idem, p. 63.

<sup>212</sup> Idem, p. 63-65.

<sup>213</sup> Nesse sentido: “A interpretação releva-se como um processo de generalizações progressivas e congruentes mediante qualificações subsequentes. Tais qualificações, por sua vez, não significam um subjetivismo discricionário do intérprete, mas têm limites exigidos por considerações principiológicas (justificações com base em princípios), como recurso ao princípio da razoabilidade. Nesses termos, diz-se que a condição introduzida mediante procedimento teleológico deve ser relevante com relação à justificação da regra, o que envolve valorações e tomadas de posição que vão depender do contexto sistemático a que se referem”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação Jurídica*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2016, p. 66.

Imagine-se, por exemplo, que o Poder Judiciário, em determinado caso, tenha reconhecido a existência de danos morais à pessoa que encontrou uma mosca no prato de almoço. Parece razoável supor que, se outra pessoa encontre também uma mosca em seu prato, terá igualmente direito à reparação por danos morais. E se a coisa encontrada for outro inseto, aplica-se o mesmo raciocínio? E se a coisa encontrada não foi um inseto, mas um cabelo, há danos morais? Note-se: à medida em que tornamos mais tênue a relação entre os fatos, são necessárias justificativas mais robustas e sofisticadas a respeito das semelhanças que poderiam resultar no igual tratamento, já que partimos do sentido elocutivo para o sentido ilocutivo da norma. Por outro lado, quanto mais aspectos semelhantes houver, mais simples poderá ser a conclusão pela exigência de uniformidade. Neste último caso, não é o tratamento isonômico que exigirá justificção, mas sim a aplicação de regramento diferenciado.

Lembre-se, ainda, que mesmo fatos iguais em contextos diferentes podem resultar em normas distintas. Tome-se como ilustração o exemplo de Hart. Para a regra “é proibida a entrada de veículos no parque”, é provável que haja consenso no que diz respeito à vedação de utilização de carros no local<sup>214</sup>. Contudo, se esse veículo é um carro de bombeiros, que ingressa no parque para prestar socorro a uma pessoa ou apagar um incêndio, dificilmente alguém reconheceria a incidência da vedação. Ou seja, a alteração de contexto pode levar à conclusão de que naquele caso, a conduta era permitida<sup>215</sup>.

O que pretendemos demonstrar é a existência de uma diferença prática no esforço argumentativo necessário à identificação dos casos nos quais se deve ou não atribuir o mesmo resultado jurídico. Assim, repita-se, quanto maior a identidade de elementos, maior é a probabilidade de que seja devido tratamento uniforme aos casos.

A opção do legislador por regular os casos repetitivos, atribuindo-lhes um conjunto próprio de regras, diz respeito justamente à consideração de que se trata de fatos idênticos que ocorrem em contextos também idênticos<sup>216</sup>. Assim, é possível reconhecer um núcleo de homogeneidade, ao qual se atribui tratamento conjunto, dada a possibilidade de resolver aquele ponto da controvérsia uma só vez.

---

<sup>214</sup> HART, H. L. A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 167.

<sup>215</sup> Utilizando exatamente o paralelo entre a proibição de veículos no parque e a situação do carro de bombeiros: COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. Revista brasileira estudos constitucionais. Belo Horizonte, ano 9, n. 31, 2015, p. 872-873. No mesmo sentido: SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. London: Harvard University Press, 2009, p. 24-29.

<sup>216</sup> Contexto idêntico, como já se demonstrou não é o mesmo contexto. Não há necessidade de unidade temporal. Trata-se do conjunto de circunstâncias que determinam uma posição única em relação ao sentido ilocutivo da regra.

Dito de outro modo, a controvérsia é formada por circunstâncias de fato que estão presentes em vários processos, surgidos em relações que se desenvolvem em contextos que também não diferem. Isso permite a produção de uma norma geral, que incidirá sempre que não houver outras circunstâncias adicionais que justifiquem o tratamento diferenciado. Em outros termos, forma-se uma estrutura de “quando X, Y”, na qual X é fato e contexto e Y é consequência jurídica. Na presença de outras circunstâncias adicionais não debatidas (X+x)<sup>217</sup>, será possível, ainda assim, concluir que Y se opera, ou, ainda, entender que a distinção é necessária.

Mas como o grupo ao qual se destina a decisão é formado a partir da consideração de que pelo menos as circunstâncias “X” sempre estarão presentes e que outras são eventuais, o ônus argumentativo é transferido para a parte que pretende realizar a distinção, sem a qual a norma geral produzida incidirá sobre o caso.

Observe-se, portanto, que mesmo nos casos em que se verifica a identidade de fatos, a exigência de tratamento isonômico é apenas uma probabilidade. Como visto, a parte interessada poderá demonstrar a presença de distinções relevantes no caso concreto, que se agregam àquelas integrantes do núcleo de homogeneidade, mas alteram a resolução da questão. Nessa hipótese, será possível a verificação de resultado distinto, circunstância que apenas reafirma a ideia segundo a qual discriminações jurídicas devem ser adequadamente justificadas.

Pense-se no caso em que, por equívoco, uma pequena prestadora de serviços solicite a inclusão de todos os seus clientes em cadastro restritivo de crédito, sem que houvesse qualquer débito pendente. Imagine-se que a aludida pessoa jurídica, alguns meses depois, divulgasse nota em seu sítio eletrônico esclarecendo o equívoco e desculpando-se com a integralidade dos clientes.

A princípio, todos os “negativados” teriam direito ao recebimento de compensação por danos morais, já que os fatos essenciais para a atribuição de tratamento jurídico isonômico estariam presentes. Contudo, se um desses sujeitos já estivesse com o nome incluído em registros negativos, a compensação não seria devida, por existir circunstância jurídica relevante a justificar o tratamento jurídico diferenciado<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> Essas circunstâncias podem ser gerais ou pessoais, como se verá à frente e a possibilidade de invocá-las dependerá do instrumento de agregação utilizado.

<sup>218</sup> Enunciado nº 385, da Súmula do STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Portanto, as técnicas destinadas ao tratamento de causas repetitivas, dentre as quais se inclui o IRDR, não são instrumento destinado à formação de precedentes, no sentido que tradicionalmente se atribui aos famosos *leading cases* norte-americanos<sup>219-220</sup>. Isso porque, neste caso, os fatos devem ter a maior identidade possível, sob pena de se produzir efeito contrário ao pretendido – ou seja, dificultar, do ponto de vista argumentativo, a aplicação dos instrumentos de gestão de casos repetitivos<sup>221</sup>.

Para além da dimensão teórica que acima se buscou imprimir, é importante perceber a existência de consequências práticas. Basta pensar, por exemplo, na lógica de aplicação dos Enunciados de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal<sup>222</sup>, identificados pela doutrina como um dos institutos vocacionados ao tratamento de casos repetitivos<sup>223-224</sup>. Naquelas hipóteses, é absolutamente imprescindível atentar para os casos que serviram de base à extração

---

<sup>219</sup> STRECK, Lenio. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.196-1.197. Comparando de modo mais abrangente o sistema de precedentes obrigatórios brasileiros e aquele desenvolvido nos sistemas de Common Law: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 176-177.

<sup>220</sup> Isso não significa afirmar que, à luz do direito brasileiro, não se possa considerar como precedentes os julgados de IRDR e nem que possam ser operados como precedentes nos moldes do *common law*. O que se quer afirmar é a predestinação à aplicação desses julgados a casos idênticos, circunstância que os afasta, por exemplo, do modelo norte-americano, no qual não há um procedimento específico de formação e nem a destinação primária a casos factuais e contextualmente idênticos. Uma interessante análise sobre o tema pode ser lida em: ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. (Org.). Precedentes judiciais: diálogos transnacionais. 1ª ed. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018, p. 169-204. Em brevíssima síntese, os autores defendem que não é possível confundir precedente, decisão judicial e jurisprudência. Especificamente no que tange às técnicas de resolução de casos repetitivos, a técnica empregada é a de cisão do julgamento da questão comum, retirando do juízo originário a competência para rediscussão da matéria.

<sup>221</sup> Com efeito: “Se o sistema de precedentes e, portanto, a *ratio decidendi* e a sua força obrigatória, objetivam que casos similares sejam decididos de igual modo, *quanto mais se aproximam os fatos de dois casos maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo*”. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016. P. 180, com grifos nosso. Embora o autor defenda que o IRDR não forma propriamente *precedentes*, é fácil depreender do raciocínio do autor que, quanto maior a identidade fática, menor a possibilidade de discussão acerca da incidência da solução do caso anterior ao caso posterior.

<sup>222</sup> Não se pretende afirmar que Enunciado de Súmula Vinculante é precedente. Busca-se apenas demonstrar que as decisões judiciais autorizadas da edição do verbete sumular norteiam a interpretação do texto, limitando o âmbito de aplicação à luz dos casos julgados.

<sup>223</sup> Nessa linha: “A exigência e relevante multiplicação de processos, remete, naturalmente, ao papel das súmulas vinculantes na pacificação de controvérsias jurídicas que dão ensejo à propositura de demandas repetitivas. Como exemplos de súmulas vinculantes que cumpriram, de forma nítida, esta função de descongestionar o Poder Judiciário de ações massificadas, podem ser citados os verbetes n. 4, 6 e 31”. RODRIGUES, Roberto de Araújo Ribeiro. Ações Repetitivas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 128. No mesmo sentido: DANTAS, Bruno. Teoria dos recursos repetitivos. São Paulo: RT, 2014, p. 58-60.

<sup>224</sup> Importante observar que, apesar disso, nem todos os Enunciados de Súmula Vinculante atendem adequadamente a essa função. RODRIGUES, Roberto de Araújo Ribeiro. Ações Repetitivas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 128.

da norma geral (tese), sob pena de fornecer soluções idênticas a casos distintos, na contramão da finalidade do instituto<sup>225</sup>.

Exemplo bastante emblemático diz respeito à aplicação do Enunciado n° 5 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Perceba-se que, desvinculado dos fatos que resultaram na edição do verbete, seria plenamente possível, através da técnica da subsunção silogística, aplicá-lo aos casos de procedimento de apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais<sup>226</sup>. E isso efetivamente ocorreu, gerando imediata reação do STF no sentido de esclarecer a necessária vinculação entre os julgados e o enunciado da Súmula Vinculante<sup>227</sup> para definição de seu âmbito de incidência.

Este é, portanto, apenas um exemplo dos riscos da falta de aderência aos fatos para aplicação das teses oriundas dos precedentes vinculantes<sup>228</sup>.

Sendo propositalmente repetitivo, é justamente por conta disso que não se pode considerar adequada a utilização desses instrumentos para tratar de questões repetitivas relativas a processos não repetitivos. Como se percebeu do exemplo acima, se os fatos não são

---

<sup>225</sup> Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia reconhecem neste fenômeno uma hiperintegração: “Tal fenômeno gera uma prática comum de considerar dois casos (o presente e o paradigma) idênticos ao aumentar o grau de abstração (distanciamento) entre eles. Dependendo do nível de abstração, dois elementos aparentemente diferentes podem se mostrar similares ou até idênticos”. THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 353. No mesmo sentido são as observações de Paula Pessoa Pereira, ao tratar do caráter sub e superinclusivo oriundo da generalidade das regras de direito. PESSOA, Paula. Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: RT, 2014, p. 65-67.

<sup>226</sup> Georges Abboud aponta que tais pronunciamentos judiciais, produzidos a partir de uma ideia de decisão como “produto da subsunção estritamente lógica”, refletem a confusão entre texto normativo e norma jurídica, já que desconsideram por completo a problematização do caso concreto. (ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 82-83).

<sup>227</sup> “Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n.º 5 (...). *Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível.* Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV).” (RE 398269, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 15.12.2009, *DJe* de 26.2.2010). De forma ainda mais ostensiva: “2. Numerosos são os processos administrativos, cíveis e penais em que envolvida prática por reeducando. Esse último diz respeito ao cumprimento da pena, ganhando alcance maior a regra do processo penal consoante a qual ninguém será processado sem assistência técnica - artigo 261. *O Tribunal de origem decidiu a partir do Verbetes Vinculante n.º 5 da Súmula, colocando em segundo plano o fato de, entre os precedentes que o motivaram, não constar pronunciamento judicial do Supremo sobre o processo disciplinar estabelecido na Lei de Execução Penal.*” (Rcl 9339, Relator Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 22.3.2010, *DJe* de 5.4.2010, com grifos nossos).

<sup>228</sup> Como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni: “(...) identificar o ponto de direito não é o mesmo que estar de posse de metodologia que permita saber se o ponto de direito contido na *ratio decidendi* se aplica a um novo caso. Isso se dá fundamentalmente porque, qualquer que seja essa metodologia, ela nunca se eximirá da comparação entre os fatos que dão composição aos casos”. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 180.

idênticos e também não é idêntico o contexto, amplia-se muito o debate a respeito da questão jurídica efetivamente envolvida, que pode ou não ser exatamente aquela debatida no processo paradigma.

Claro que em demandas não repetitivas é possível a existência de “extratos comuns de discussão”<sup>229</sup>, que exijam idêntica solução pelo Poder Judiciário. Mas essa avaliação certamente exigirá do magistrado e das partes maior atenção e ônus argumentativo. Deste modo, os fundamentos utilizados para enfrentamento da questão em determinado processo exercerão impacto persuasivo para julgamentos posteriores, não se tratando, a nosso sentir, nem do objeto, nem da finalidade dos institutos voltados ao tratamento das demandas repetitivas<sup>230</sup>.

Aliás, muito embora seja possível que questões processuais sejam tratadas com maior nível de autonomia em relação às circunstâncias do caso concreto, é comum que estejam sujeitas a avaliações que exijam maior aderência ao caso paradigma.

Pense-se, por exemplo, no julgado do STF acerca da necessidade de prévio requerimento administrativo para concessão de benefício previdenciário. Naquela oportunidade, decidiu o Pretório Excelso que a falta de postulação extrajudicial resultaria na “carência de ação”, por falta de interesse de agir<sup>231</sup>. Isso seria aplicável a demandas cuja pretensão se referisse ao fornecimento de medicamentos urgentes e indispensáveis à sobrevivência de certa pessoa ou nestes casos seria possível constituir o Poder Público em mora através da citação, como preceitua o art. 240 do Código de Processo Civil? Perceba-se que, independentemente da resposta, exige-se uma reflexão distinta daquela empregada nos casos de decisão padrão. Aqui, a decisão anterior pode funcionar, no máximo, como precedente persuasivo, sem que isso, entretanto, importe em qualquer desmerecimento do provimento jurisdicional.

Outro exemplo interessante diz respeito a questões voltadas à concessão de gratuidade de justiça. Pense-se aqui em caso no qual determinada pessoa jurídica sem fins lucrativos obtivesse o reconhecimento do benefício mediante mera afirmação de hipossuficiência

---

<sup>229</sup> *Idem.*

<sup>230</sup> Nessa linha: “Ou seja, sem a similaridade fática, não se consegue aplicar a jurisprudência ou acórdão oriundo de recurso repetitivo ou de IRDR. Aliás, esse é o maior risco de uma aplicação equivocada da jurisprudência e dos recursos repetitivos, uma vez que no afã de assegurar celeridade, corre-se o risco de sobrestar e solucionar equivocadamente casos concretos que não guardam similaridade fática com o acórdão-paradigma. O mesmo não ocorre pela aplicação de um genuíno precedente que, em diversas hipóteses, pode dispensar similaridade fática”. STRECK, Lenio. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.196-1.197.

<sup>231</sup> RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014.

econômica. O mesmo raciocínio valeria para uma sociedade empresária? E se essa mesma sociedade estivesse em processo de falência ou de recuperação judicial? Enfim, perceba-se que, mesmo em relação a aspectos processuais, é possível imaginar circunstâncias que demandariam maiores esclarecimentos a respeito do tratamento isonômico que se poderia atribuir aos casos submetidos ao Poder Judiciário, dada a diferença de circunstâncias de fato presentes em cada um dos casos.

Seria, entretanto, desarrazoado supor que em nenhuma oportunidade caberia adotar padrões decisórios que, mesmo oriundos de processos não repetitivos, poderiam ser seguramente reproduzidos em processos heterogêneos. Nesse caso, porém, o instrumento processual adequado não é qualquer instituto voltado ao tratamento de demandas repetitivas, mas, sim, o incidente de assunção de competência<sup>232</sup>.

Insista-se, pois, que o modelo dos instrumentos voltados ao tratamento dos casos repetitivos não se amolda à ideia de precedentes tradicionalmente difundida e que considera o desenvolvimento de aspectos argumentativos incompatíveis com as técnicas de gestão previstas pelo CPC/2015.

Isso nos leva a observar um aspecto operacional importante. A suspensão imediata dos processos, por exemplo, após a admissão de um IRDR, a concessão de tutela da evidência e a dispensa de reexame necessário exigem o reconhecimento facilitado dos casos abrangidos pelas técnicas de gestão processual.

Desse modo, para que atendam a essa finalidade, deve-se adotar a corrente que defende a necessidade de que se tratem efetivamente de demandas seriais ou repetitivas, com causa de pedir e pedidos idênticos<sup>233</sup>.

Reconhecemos, portanto, uma identidade muito maior entre os processos repetitivos e os direitos individuais homogêneos. Aliás, mesmo em relação a questões processuais – que não

---

<sup>232</sup> Adere-se, pois, à posição de Alexandre Freitas Câmara: “é admissível a assunção de competência quando houver relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não seja objeto de processos repetitivos. Quando a matéria for objeto de processos repetitivos, o tribunal deverá instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 252.

<sup>233</sup> Nessa linha: “Entende-se, então, por demandas repetitivas aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Poder Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 477). No mesmo sentido: “A categorização das demandas de massa dá-se pelos critérios acima expostos: identidade em tese e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala”. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. Vol. 186. São Paulo: RT, 2010, p. 87-107. Ainda: DANTAS, Bruno. Teoria dos recursos repetitivos. São Paulo: RT, 2014, p. 83-84.

podem ser objeto principal nas demandas coletivas –, entendemos que devem se referir a demandas que se repetem de forma serial perante os órgãos do Poder Judiciário. Basta pensar no caso da discussão sobre a necessidade de prévio requerimento administrativo para propositura de demanda relativa a contratos de participação financeira<sup>234</sup>.

De qualquer modo, também vislumbramos a possibilidade de repetição de demandas coletivas<sup>235</sup>, razão pela qual admitimos que sejam objeto de gestão através dos instrumentos em comento, ainda que versem, por exemplo, sobre direitos coletivos em sentido estrito<sup>236</sup>.

## 2.5. Microssistema de Demandas Repetitivas

Como já mencionado, a leitura do Código de Processo Civil demonstra grande preocupação em relação às demandas repetitivas. Apesar de tais dispositivos estarem dispersos no diploma processual, a doutrina tem reconhecido a existência, mais ou menos abrangente, de um microssistema voltado ao tratamento adequado desses processos seriais<sup>237</sup>.

O art. 928 do Código de Processo Civil estabelece que, para os fins desse diploma, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

---

<sup>234</sup> Trata-se, aliás, do Enunciado nº 389 da Súmula do STJ: “A comprovação do pagamento do ‘custo do serviço’ referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima”.

<sup>235</sup> WANDERLEY, João Flávio Vidal. O objeto e a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas: as situações jurídicas repetitivas e os direitos individuais homogêneos no cerne do debate. *Revista de Processo*. Vol. 285. São Paulo: RT, 2018, p. 235-270. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. Vol. 186. São Paulo: RT, 2010, p. 87-107.

<sup>236</sup> Pense-se na existência de várias ações coletivas propostas em determinado estado, destinadas a exigir do Poder Público a instalação de rede de energia elétrica, cuja negativa se funde na falta de regularização da área. A pendência de diversas ações idênticas, nas quais se discute a mesma questão de direito, poderia ensejar a instauração de IRDR. Em sentido contrário: “Interessante esclarecer que não é qualquer repetitividade de demandas que autoriza o IRDR. Em regra, a repetição de processos que envolvam direitos difusos ou coletivos não autorizará a instauração do IRDR”. GOUVEIA, Bruno Paiva. *Ações coletivas e mecanismos de julgamento de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 161.

<sup>237</sup> Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados e súmula*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 227. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O sistema de pretensões repetitivas: entre justiça formal e razoável duração do processo e a razoável duração do processo (uma análise do prazo de suspensão de demandas e de recursos repetitivos no Código de Processo Civil). *Revista de Processo*. Vol. 284. São Paulo: RT, 2018, versão eletrônica. RODRIGUES, Roberto de Aração Ribeiro. *Ações Repetitivas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 128. Tratando especificamente de um “modelo de julgamento de casos repetitivos”: CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 87-103. ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 38-47.

Em razão dessa disposição legal, parcela importante da doutrina tem sustentado que o microsistema de julgamento de demandas repetitivas é formado apenas pelos três institutos<sup>238</sup>, os quais, por sua vez, integrariam outros dois microsistemas: o microsistema de precedentes vinculantes e o microsistema de processo coletivo.

Acreditamos não ser essa a melhor conclusão.

A ideia de sistema<sup>239</sup> nos remete a um conjunto de elementos cuja unidade se estabelece pela possibilidade de recondução a um princípio de coesão<sup>240</sup>. Tradicionalmente, ao ordenamento jurídico, enquanto sistema de normas, são reconhecidos três atributos principais: a unidade, a coerência e a completude<sup>241</sup>. Desse modo, os elementos derivam, em última instância, de uma mesma fonte, não havendo antinomias reais ou mesmo lacunas, que demandem integração por elementos estranhos ao próprio sistema. Esse conjunto é distinto das partes que o integram e determina a interação entre eles, sendo certo que cada elo do todo deve ser interpretado e aplicado à luz da percepção integral do sistema<sup>242</sup>.

O sistema pode ser integrado por microsistemas, os quais surgem a partir da formação de princípios de valoração específicos, que permitem atribuir sentido diferenciado a um conjunto de normas que surgem no próprio sistema. Trata-se, portanto, de uma reunião menor de normas jurídicas, cuja unidade é buscada por princípios mais específicos do que aqueles que sustentam a existência do sistema, estabelecendo com este uma relação de conteúdo e continente<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 590.

<sup>239</sup> Registre-se, por oportuno, que o tema a respeito da teoria dos sistemas no Direito é objeto de profundas e complexas divergências, como observa Gérard Timsit: “A generosidade da ciência jurídica no emprego da noção de sistema só se compara à disparidade dos significados que ela lhe atribui”. TIMSIT, Gérard. Sistema. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário de Cultura Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1660.

<sup>240</sup> A subordinação da ideia de sistema à unidade de princípio não é, evidentemente, a única maneira e descrever um sistema. Como observa Abbagnano, tem-se aqui uma herança da tradição filosófica romântica, desenvolvida especialmente por Kant: “A unidade do sistema, ou seja, sua possibilidade de derivar de um único princípio, é a característica que determinou o sucesso dessa noção na literatura filosófica romântica. (...) O ideal de sistema como organismo dedutivo baseado em um único princípio continuou sendo patrimônio da filosofia, que o cultivou mesmo quando – a exemplo de Kant – declarou que esse ideal era inatingível pelo conhecimento humano”. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 1077.

<sup>241</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Edipro, 2011, p. 48-49.

<sup>242</sup> Trata-se, também aqui, de ideia recorrente na identificação do caráter sistemático do Direito. Nesse sentido: “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”. FREITAS, Juarez. Interpretação sistemática do direito. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76.

<sup>243</sup> PENA, Ana Maria Moliterno. Microsistema: o problema do sistema no polissistema. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2007, p. 121 e ss. O excelente trabalho apresenta interessante abordagem sobre a teoria dos sistemas e microsistemas, à luz da clássica obra de Natalino Irti, “*L'età della decodificazione*”.

Muito embora a ideia de microsistema tenha sido tradicionalmente reconhecida a partir do fenômeno da descodificação, não é inadmissível que o próprio Código de Processo Civil incorpore normas especiais no seu próprio texto, sobretudo como resultado da busca de melhor fluidez entre o todo e as partes<sup>244</sup>.

Sustentar a existência de um microsistema de tratamento de demandas repetitivas é, portanto, afirmar o pertencimento a um sistema mais abrangente, determinar a interação com outros microsistemas e, ainda, esclarecer a relação interna entre os elementos que o integram, a partir da lógica operativa que o justifica enquanto conjunto específico dentro do todo.

A partir dessas premissas, não é possível reconhecer a existência de um *microsistema de precedentes vinculantes*. Isso porque a teoria dos precedentes tem como fonte primária de justificação a promoção da igualdade e da segurança jurídica, confundindo-se com os próprios objetivos imediatos do ordenamento jurídico, sem que lhe seja atribuído uma finalidade direta mais específica, essencial ao reconhecimento de microsistemas.

Visando à superação dessa crítica, parcela da doutrina sustenta que, muito embora a teoria dos precedentes seja elemento integrante do próprio sistema jurisdicional, haveria um microsistema específico, voltado ao regramento dos precedentes *vinculantes*<sup>245</sup>. Em outros termos: existiria um sistema geral de tutela jurisdicional, do qual a categoria “precedentes” faria parte. Porém, de modo mais específico, existiria um *microsistema de precedentes vinculantes*, aos quais se aplicaria um regime jurídico próprio, especialmente quando comparado aos precedentes *persuasivos*.

Contudo, ainda assim, se reconhece que o objetivo direto e imediato do *microsistema de precedentes vinculantes* seria exatamente a promoção da igualdade e da segurança jurídica. A pergunta, então, seria: se o sistema como um todo busca, imediatamente, a promoção da isonomia e da segurança jurídica – e o precedente é uma técnica que permite o alcance desses objetivos, por imprimir racionalidade à decisão, especialmente através de exigência de universabilidade – qual seria a pedra de toque dos precedentes vinculantes?

---

<sup>244</sup> Basta perceber que a inserção de normas relativas ao Direito Comercial no texto do Código Civil não significou a extinção desse microsistema de Direito Privado.

<sup>245</sup> WOLKART, Erik Navarro. O fetiche dos microsistemas no novo código de processo civil – integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos. *In*: Dierle Nunes; Aluisio Mendes; Fernando Jayme. (Org.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. 1ªed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 363-400.

A rigor, o que tem nesses casos é apenas a atribuição de eficácia distinta a determinadas decisões, em razão do modo diferenciado e participativo a partir do qual elas são produzidas. Mas isso, *data máxima venia*, é pouco para produzir um microsistema próprio.

Além de não se concordar com a ideia de que existe um microsistema de precedentes vinculantes, este trabalho também reputa pouco abrangente a afirmativa segundo a qual existiria um *microsistema de julgamento de processos repetitivos*.

O art. 928 do CPC é regra inserida no Livro relativo aos “Processos nos Tribunais” e busca apenas indicar quais julgados acerca de questões repetitivas produzem eficácia vinculante<sup>246</sup>. Portanto, tal disposição não reconhece a existência de um microsistema de “julgamento de processos repetitivos” e muito menos lhe define o conteúdo.

De início, a terminologia empregada não parece ser a mais adequada.

Com efeito, o microsistema não é formado apenas por normas referentes ao *julgamento* das demandas repetitivas, havendo outras normas que buscam atribuir *tratamento adequado* aos processos seriais. Por isso, o que há é um microsistema de *tratamento adequado* de demandas repetitivas.

Além disso, o microsistema não está restrito aos institutos previstos no art. 928 do CPC. Existe, no próprio CPC, outro instrumento de resolução de causas repetitivas, previsto no art. 69, §2º, VI, além da própria ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos, integrada ao Código de Processo Civil através do art. 139, X.

O adequado tratamento às demandas repetitivas é viabilizado por diversos institutos, muitos dos quais representam interseção entre este e outros microsistemas integrantes do sistema processual. Por exemplo, o IRDR integra, a um só tempo o microsistema de tutela coletiva<sup>247</sup> e o microsistema de tratamento de demandas repetitivas.

Entretanto, a possibilidade de concessão de tutela da evidência num determinado processo individual, em razão de anterior julgamento sob o regime repetitivo, não integra o

---

<sup>246</sup> Comentando o art. 928 do CPC, Lenio Streck observa que: “O dispositivo tem por objeto explicitar que a vinculação atinge os acórdãos julgadores de RE e REsp que tiverem processado o regime repetitivo bem como acórdão dos Tribunais julgador de IRDR”. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1210.

<sup>247</sup> Lembre-se que foi sustentado em momento anterior que a tutela coletiva se caracteriza pelo regime de *representação do grupo*. De qualquer modo, mesmo a partir de outros conceitos de tutela coletiva, é possível alcançar a mesma conclusão. Conferir, por exemplo: CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018. Em sentido contrário: DANTAS, Bruno. Teoria dos recursos repetitivos. São Paulo: RT, 2014, *passim*.

microsistema de tutela coletiva, mas apenas o microsistema de tratamento adequado de demandas repetitivas. Por outro lado, a regra que determina ao órgão judicial incitar a propositura de ação coletiva se integra ao microsistema coletivo – por constituir espécie de provocação de legitimados ativos para resolução coletiva do conflito – e também ao sistema de tratamento de demandas repetitivas. Finalmente, também há os casos nos quais normas integram o regime de tutela coletiva sem, necessariamente se vincular ao regime de tratamento de demandas repetitivas – é o caso, por exemplo, das normas relativas a direitos difusos e coletivos e, mesmo no plano individual, da coletivização da prova comum, necessária ao deslinde de processos não idênticos.

Quer-se dizer com isso que o microsistema de tratamento de demandas repetitivas possui interseções com o microsistema de tutela coletiva, porém não está totalmente nele contido. Como se demonstrará mais à frente, para além de meras regras isoladas de tratamento individual de questões já resolvidas coletivamente, a reunião de processos repetitivos no primeiro grau pode assumir forma não representativa, na qual cada um dos sujeitos mantém o controle sobre a integralidade do próprio processo. Apesar disso, parece correto afirmar que o aludido instituto se trata de técnica de tratamento adequado de demandas repetitivas e, portanto, integrante desse microsistema, ainda que se encontre “fora” do microsistema de processos coletivos.

Por tudo isso, discordamos da formulação elaborada por Juliana Provedel Cardoso. A autora sustenta a existência de três fundamentos para a criação de um modelo de processo específico para os casos repetitivos: a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade<sup>248</sup>. Esses fundamentos se projetariam por todo sistema processual, através de uma série de normas, como a possibilidade de concessão de tutela da evidência, de julgamento de improcedência liminar do pedido, de cabimento de reclamação e de embargos de declaração<sup>249</sup>. O microsistema de julgamento de casos repetitivos não se confundiria com o microsistema de ações coletivas, em especial quanto à forma de produção da decisão, aos efeitos do julgamento e às técnicas disponíveis, muito embora, em conjunto, ambos estejam abrangidos pelo “modelo brasileiro de processo coletivo”, em razão de tutelarem situações jurídicas coletivas<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 94-99. Exatamente na mesma linha: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 39-41.

<sup>249</sup> CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 90-94.

<sup>250</sup> Nas palavras da autora: “As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos, técnicas tão distintas quanto à finalidade e ao procedimento, como espécies de processos coletivos, são os instrumentos processuais adequados

Apesar das boas razões apresentadas, é preciso suscitar algumas ponderações. Conforme já anotado, os direitos individuais homogêneos – e, assim, a quase integralidade das demandas de massa – não são essencialmente coletivos, admitindo, porém, tratamento conjunto. Além disso, também já se afirmou anteriormente que o microsistema do qual estamos a tratar não é um modelo de simples “julgamento” das demandas repetitivas. Na verdade, busca-se atribuir a elas tratamento adequado – inclusive em relação a demandas individuais pendentes e futuras.

Resta-nos, então, demonstrar que a justificativa central do microsistema não é a promoção da isonomia, da segurança jurídica e da celeridade.

A afirmação deve, porém, ser bem compreendida. Não se trata de defender que o tratamento adequado das demandas repetitivas deixa de perseguir tais objetivos. Isso seria ignorar completamente as necessidades do direito material. A questão é que não são esses os elementos que o especializam enquanto microsistema.

Perceba-se o seguinte: mesmo que houvesse a certeza de que, diante de uma demanda repetitiva, todos os juízes que se debruçassem sobre a matéria chegariam à mesma conclusão, ainda assim a existência de técnicas de agregação se justificaria para que o esforço necessário à produção da decisão não se realizasse, desnecessariamente, várias vezes. Isso significa que certamente haveria o litisconsórcio<sup>251</sup> e a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos.

O mesmo argumento se aplica ao princípio da segurança jurídica. Ora, mesmo havendo certeza de que as decisões judiciais seriam prolatadas no mesmo sentido, após rigoroso escrutínio das razões veiculadas nos diversos processos repetitivos – e, portanto, sem qualquer prejuízo à segurança jurídica – não há razão para considerar desnecessária a existência de instrumentos de agregação, os quais servem fundamentalmente à adequada gestão dos processos.

Finalmente, tem-se o problema da celeridade. Imagine-se que várias causas idênticas fossem passíveis de resolução em audiências únicas, agendadas no dia seguinte à propositura das demandas, em juízos distintos. Imagine-se, ainda, que após a rigorosa análise dos casos, os

---

para lidar com as situações jurídicas coletivas”. CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 103.

<sup>251</sup> A doutrina, de modo praticamente unânime, reconhece que, muito embora igualdade, segurança jurídica e economia processual sejam fins perseguidos em todas as hipóteses de litisconsórcio, nos casos de reunião por afinidade predomina este último escopo. Nesse sentido: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 319-320.

resultados fossem sempre idênticos. Mais uma vez, e com o perdão da repetição, técnicas para a gestão adequada desses feitos seria necessária, evitando o uso desproporcional de recursos judiciários para resolução de questões que poderiam ser tratadas conjuntamente. Neste particular, aliás, é preciso reconhecer que a agregação muitas vezes implica demora maior do julgamento de casos individuais pendentes. Nesses casos, não havendo prejuízo desproporcional – como ocorreria no excessivo retardo de julgamento de uma demanda coletiva, por exemplo – entende-se de forma majoritária pela inexistência de violação ao devido processo legal.

O microsistema de demandas repetitivas se diferencia pelo objetivo de atribuí-las tratamento adequado<sup>252</sup>, preservando os recursos disponíveis para o exercício da função jurisdicional globalmente considerada, tal como preconizado pelo princípio da proporcionalidade processual<sup>253</sup>. Significa, no mais das vezes, deixar de se debruçar várias vezes sobre a mesma questão, sempre que isso não for estritamente necessário.

Em outras palavras, o microsistema de demandas repetitivas, a rigor, tem como aspecto central a ideia de *gestão* e todas as técnicas e institutos que o integram se vinculam a esse objetivo e devem ser interpretados e aplicados a partir dessa lógica. Muitas vezes, esse tratamento implicará a utilização de técnicas de representação do grupo, suscitando processos ou incidentes coletivos. Outras vezes, serão utilizadas técnicas de agregação não representativas ou mesmo simples mecanismos de aceleração ou facilitação da tutela jurisdicional.

Dessa afirmação não se pode concluir que qualquer medida é cabível no sentido de permitir o menor uso possível de recursos judiciários, como se a eficiência justificasse todo e qualquer tipo de providência. Trata-se, como mencionado na primeira parte desse trabalho, de uma atividade de conformação dos diversos valores importantes para o sistema. Assim, a busca da eficiência deve estar alinhada também à busca da isonomia, da segurança jurídica, do

---

<sup>252</sup> Registre-se que Juliana Cardoso, menciona a existência de um duplo discurso da decisão judicial, sendo um deles voltado à gestão de casos repetitivos. A percepção, porém, é que esse aspecto não possui, no pensamento da autora, a importância por nós atribuída. CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 132. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha fazem, em nossa avaliação, uma defesa mais decidida em favor da relevância da gestão processual, porém identificam como elemento essencial do microsistema também a formação de precedentes obrigatórios – afirmativa com a qual discordamos por entender que nem todos os instrumentos do microsistema atuam a partir dessa técnica. Cf. DIDIER JR.; Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol 3. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 590.

<sup>253</sup> Essa posição é, há muito, defendida por Sérgio Arenhart: “Em síntese, o critério que deve nortear a interpretação dos limites dos direitos individuais homogêneos (ou, mais precisamente, dos direitos individuais que merecem tutela coletiva) é, como já dito acima, a utilidade da proteção coletiva para o Estado, no sentido de distribuir de forma mais racional os recursos jurisdicionais entre os casos submetidos à apreciação judicial”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 153.

contraditório e de tantos outros princípios processuais. Aliás, o respeito ao devido processo legal em todos esses novos institutos previstos pelo CPC/2015 tem sido objeto de especial atenção por parte da doutrina<sup>254</sup>.

Por fim, é possível objetar que, do mesmo modo, a técnica de precedentes também visa a aumentar a eficiência do sistema<sup>255</sup>, o que, certamente, resulta no fornecimento de resposta mais rápida oferecida pela atividade jurisdicional. Nesse sentido, não haveria uma distinção suficientemente clara, a ensejar a formação de um microsistema de tratamento de demandas repetitivas.

A resposta, além dos fundamentos já apresentados, tem relação com o próprio desenvolvimento dos institutos. Se o precedente surge principalmente enquanto exigência de racionalidade do direito, determinando que situações semelhantes – e não necessariamente idênticas – sejam resolvidas de forma também semelhante, as técnicas de resolução de demandas repetitivas surgem – praticamente todas – a partir de uma necessidade real de gerenciar de forma racional uma massa consideravelmente grande de processos que, a rigor, veiculavam idêntica questão de fato ou de direito e produziam – e ainda produzem – um impacto avassalador sobre a totalidade de recursos disponíveis para o exercício da jurisdição<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Em tom crítico, Dierle Nunes e Aurélio Viana observam que: “não se pode enxergar como fundamento principal da norma do art. 1.037, II, do CPC o gerenciamento de processos repetitivos, visando tão só à eficiência quantitativa, mas à preservação de coerência e integridade (art. 926) que não macule o auferimento de direitos fundamentais como na hipótese aqui em comento (suspensão de ações em que se buscam medicamentos”. NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 299. No mesmo sentido, sobretudo no que tange à observância do contraditório nos procedimentos de formação de precedentes vinculantes: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados e súmula*. São Paulo: Atlas, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2017. Registre-se, de qualquer modo, que todos os autores reconhecem a possibilidade de compatibilização dos instrumentos processuais trazidos pelo CPC em relação ao modelo constitucional de processo.

<sup>255</sup> Como observa Mark Tushnet ao comentar o sistema de precedentes nos Estados Unidos: “Numa perspectiva mais ampla, essas regras – as quais, é bom enfatizar, comportam qualificações sob os outros enfoques importantes – repousam sobre duas diretrizes: eficiência e humildade. As motivações de eficiência soam óbvias no contexto do sentido vertical e apenas um pouco menos evidentes sob a ótica do sentido horizontal. Imagine a hipótese na qual um juiz ou tribunal de grau inferior receba uma causa contendo questão jurídica à que já foi submetida e resolvida no âmbito de um juiz ou tribunal de instância hierarquicamente superior. Suponha também que o julgador da instância inferior desconsidere a lógica do sistema de precedentes e, ao contrário, examine o mérito da questão jurídica sob uma ótica jurídica exclusivamente pessoal. Se a solução dada à causa pelo julgador originário, nesta hipótese, seguir a mesma linha da orientação já estabelecida pelo juiz ou tribunal de instância superior tanto esse julgador quanto as partes litigantes terão despendido o seu tempo e os seus esforços inutilmente. Assim, parece simplesmente eficiente solicitar-se a questão mediante remissão ao precedente já estabelecido em decisão da Corte Superior”. TUSHNET, Mark. *Os precedentes judiciais nos Estados Unidos*. Revista de Processo. Vol. 218. São Paulo: RT, 2013.

<sup>256</sup> Nesse sentido, por exemplo: “É relevante, portanto, reconhecer desde logo que a efetividade da tutela dos direitos pluri-individuais não foi a razão primária da concepção das técnicas de julgamento de casos repetitivos, mas sim a necessidade de formulação de uma política judiciária que permitisse a racionalização e a eficiência da prestação jurisdicional nesse tipo de litígio”. DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: RT, 2014, p. 54-55. Na mesma linha: “O que importa, aqui, no entanto, é perceber a enorme transformação

Desse modo, a técnica de precedentes produz economia processual, porém encontra sua justificativa mais forte na promoção da igualdade e da racionalidade do direito. Já os instrumentos de tratamento adequado das demandas repetitivas promovem a igualdade e racionalidade, porém encontram sua justificativa mais forte na gestão processual. A existência de institutos de interseção marca a imbricação desses escopos, sem, contudo, infirmar as considerações aqui apresentadas<sup>257</sup>.

Desse modo, agora já é afirmar que o CPC/2015 estabelece um microssistema de gestão de demandas repetitivas e os institutos que o integram se articulam entre si operativamente a partir do princípio da proporcionalidade processual. O conjunto de normas abrangidas por esse microssistema visa a permitir a resolução dos casos idênticos com a menor utilização possível de recursos, o que também resulta na redução das possibilidades de tratamento anti-isonômico aos envolvidos.

Havendo uma mesma questão que se repete em vários processos, é preciso que o sistema processual disponha de instrumentos que permitam o tratamento de todas as situações jurídicas existentes com o menor custo possível para as partes e para o Poder Judiciário, viabilizando a preservação de recursos para o desempenho da jurisdição nos outros casos não repetitivos pendentes de solução.

Diante de omissões legais em relação a uma questão afeta a qualquer dos institutos destinados à gestão de processos repetitivos, a solução deverá ser buscada primeiramente no âmbito do próprio microssistema e – quando for o caso – da sua articulação com outros microssistemas. Assim, por exemplo, deve-se atentar especialmente para as interseções com o microssistema de tutela coletiva, com o qual se comunica através da utilização de mecanismos que viabilizam a representação dos interesses do grupo.

Não havendo disposição dentro do próprio microssistema ou das interseções com outros microssistemas, será necessário aplicar as regras gerais do CPC/2015, as quais também deverão incidir de modo a dar efetividade ao objetivo de tratar adequadamente as demandas repetitivas.

---

de padrões operacionais por um Judiciário que procura encontrar caminhos para o enfrentamento de conjuntos litigiosos”. RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: RT, 2010, p. 151.

<sup>257</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa?. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. (Org.). *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*. 1ª ed. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018, p. 169-204

É preciso, por fim, destacar uma questão também inerente à ideia que aqui se defende. É que, se há um microssistema de gestão de demandas repetitivas, as normas que o integram devem se articular de modo adequado para potencializar os objetivos em torno dos quais essas disposições legais se reúnem. Ou seja, havendo vários instrumentos que, em tese, servem ao mesmo propósito, será necessário definir em que circunstâncias cada um deles se revelará mais útil às finalidades pretendidas pelo sistema como um todo.

Isso é particularmente relevante em relação aos juízos de primeiro grau, aos quais, como se demonstrará mais adiante, a lei ofereceu o maior número de opções de atuação no que tange à gestão das demandas repetitivas. O foco no primeiro grau, a rigor, se justifica também por outras razões, como passamos a demonstrar.

## **2.6. O foco no primeiro grau de jurisdição**

Concluiu-se no tópico anterior que o microssistema de gestão de processos repetitivos estabeleceu uma série de instrumentos para viabilizar o tratamento adequado das demandas repetitivas.

Se é verdade que tais mecanismos têm como principal fundamento a necessidade de gerenciamento eficiente dos recursos disponíveis ao exercício da jurisdição, sua correta aplicação é tão mais importante quanto maior o número de processos pendentes em determinado órgão ou instância jurisdicional.

Dados do Conselho Nacional de Justiça indicam que mais de 90% (noventa por cento) dos processos em trâmite se encontram perante juízos de primeiro grau<sup>258</sup>. Essa constatação contrasta com a deficitária estrutura fornecida aos respectivos magistrados<sup>259</sup>, que

---

<sup>258</sup> De acordo com o relatório “Justiça em Números 2017”, relativo ao ano base 2016, o primeiro grau de jurisdição concentra 94,2% dos casos pendentes. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017. Brasília: CNJ, 2017, p. 180. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

<sup>259</sup> “A má distribuição dos recursos disponíveis nos tribunais, notadamente entre as unidades de primeiro e segundo graus, configura-se como uma das principais causas do desempenho insuficiente da primeira instância”. Trecho do Relatório Final produzido pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 155/2013, que serviu de base para a instituição da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/relatorio\\_rubens\\_curado.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/relatorio_rubens_curado.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

frequentemente não contam com recursos suficientes para o desempenho adequado de suas atividades<sup>260</sup>.

A deficiência de estrutura se torna ainda mais patente quando comparada aos órgãos de segunda instância, tanto em relação a recursos materiais, quanto em relação a recursos humanos. Para além dessa diferença no plano vertical, também é possível verificar grande diferença de estrutura no plano horizontal, ou seja, entre órgãos da capital e do interior de um mesmo ente federativo. Restam, pois, evidenciadas as assimetrias judiciais, que afrontam o princípio da proporcionalidade pamprocessual e impedem a prestação eficiente do serviço público.

A conclusão de que não seria possível enfrentar de maneira adequada o problema do acesso à justiça sem fortalecer o primeiro grau de jurisdição desencadeou uma série de iniciativas pelo Conselho Nacional de Justiça, podendo-se destacar a Resolução n° 194/2014, que institui a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, a Resolução n° 195/2014, que trata da distribuição de recursos entre o primeiro e o segundo graus de jurisdição, e a Resolução n° 219/2016, que versa sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus.

Todos os atos mencionados buscam enfrentar o problema da discrepância na distribuição dos recursos, estando, portanto, afinados com o princípio da proporcionalidade pamprocessual, cuja necessária incidência aqui se defende.

Registre-se, ainda, que a equalização das estruturas de primeiro e segundo graus de jurisdição se encontra entre os Macrodesafios do Poder Judiciário no sexênio 2015-2020 e deve

---

<sup>260</sup> O Ministro Joaquim Barbosa, no discurso proferido na abertura do VII Encontro Nacional do Poder Judiciário, em novembro de 2013, observou que “gerir é eleger prioridades. E não há nada mais urgente no Judiciário do que melhorar o primeiro grau de jurisdição. O caminho passa pela necessária instituição de uma política permanente de priorização da primeira instância, instrumentalizada no próprio Plano Estratégico dos tribunais”. Trecho reproduzido no Relatório Final produzido pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n° 155/2013, que serviu de base para a instituição da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/relatorio\\_rubens\\_curado.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/relatorio_rubens_curado.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2017. A íntegra do discurso do Ministro Joaquim Barbosa está disponível em áudio: <[http://www.cnj.jus.br/images/discurso\\_jb\\_vii.mp3](http://www.cnj.jus.br/images/discurso_jb_vii.mp3)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

ser necessariamente observada pelos Tribunais locais<sup>261</sup>, inclusive quando da elaboração das respectivas propostas orçamentárias (art. art. 3º, I e art. 4º, § 4º, da Resolução nº 198/2014)<sup>262</sup>.

Note-se que a ideia de priorização da primeira instância, através de reforço dos recursos humanos e materiais, não diz respeito apenas à questão quantitativa. Isto é, embora seja evidente a necessidade de mais investimentos financeiros, mais servidores e mais magistrados nos órgãos de primeiro grau, tal esforço deve ser acompanhado de intervenções qualitativas.

Significa dizer que o aumento da estrutura deve ser acompanhado de inovações tecnológicas que agilizem a atuação da máquina judiciária e o arquivamento dos atos praticados. Também é preciso intensificar e incrementar os cursos de capacitação, aumentando igualmente a periodicidade de realização.

Infelizmente, ainda há tribunais de justiça que não observam inteiramente a Resolução nº 195/2014, relativa à distribuição dos recursos orçamentários, conforme observado na 2ª Reunião da Rede de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição da Justiça Estadual<sup>263</sup>. Isso é, de certo modo, previsível, já que há no Brasil uma cultura de privilégios nas alocações de recursos, priorizando os Tribunais, independentemente da avaliação relativa de maior necessidade de emprego dos recursos finitos do Poder Judiciário.

De qualquer modo, as Resoluções do CNJ aqui mencionadas evidenciam o enorme avanço ocorrido nesta questão. Com efeito, já se reconhece amplamente que não há solução possível para o problema do acesso à justiça que ignore a realidade material da primeira instância do Poder Judiciário e que, efetivamente, priorize a alocação de recursos nos órgãos onde há a maior concentração de serviço.

Nesse contexto, a adequada racionalização dos recursos disponíveis é ainda mais relevante no primeiro grau, razão pela qual, diante dos mais diversos instrumentos disponíveis para tratamento das demandas seriais, o magistrado terá de ser capaz de identificar, para cada tipo de litígio, qual o mecanismo que poderá oferecer a solução mais ampla possível com o

---

<sup>261</sup> A Resolução nº 195/2014 dispõe sobre a distribuição de orçamento nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e o art. 3º do aludido ato normativo dispõe que “A previsão dos recursos de natureza não vinculada destinados ao primeiro e ao segundo grau deve atender à necessidade de distribuição equitativa do orçamento”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2482>, acessado em 20/05/2017.

<sup>262</sup> Disponível em: [http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_198\\_16062014\\_03072014152008.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_198_16062014_03072014152008.pdf), acessado em 20/05/2017.

<sup>263</sup> Resumo da Reunião Setorial da Justiça Estadual disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/7601fca052882cb524ed21f05e7818dc.pdf>, acessado em 20/05/2017.

menor custo para os envolvidos e para o próprio Poder Judiciário. Isso envolve, pelo menos, fixar o foco na resolução integral do litígio e, quando possível, valer-se de soluções que dispensem a propositura de novas demandas<sup>264</sup>.

O acionamento dos dispositivos adequados depende, porém, de um prévio e rigoroso conhecimento das estruturas e potencialidades de cada um dos instrumentos disponíveis, bem como do conhecimento e da projeção dos desmembramentos de cada litígio.

Esses, portanto, serão nossos passos posteriores.

---

<sup>264</sup> Flávia Zanferdini e Alexandre Gomes atentam para o mesmo problema aqui identificado: “Tais soluções coletivas e aglutinadoras devem ser previstas não apenas para serem utilizadas pelos Tribunais (como já se vê no âmbito dos recursos especiais repetitivos, no STJ, e nos recursos extraordinários com repercussão geral, no STF), mas também perante o primeiro grau de jurisdição, onde o aumento dessas demandas individuais, de massa, tem ocasionado a impotência dos juízes monocráticos em fazer cumprir a garantia constitucional de prestação jurisdicional tempestiva”. ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. Revista de Processo. Vol. 234/2014, p. 181-207.

### 3. TRATAMENTO ADEQUADO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

#### 3.1. Direito à Técnica Processual Adequada

O que se tem dito até o presente momento é que a estrutura dos processos repetitivos permite a simplificação de análises que, em outras ocasiões, podem apresentar complexidade muito maior. A experiência prática tem demonstrado que essa espécie de litigância se refere a conflitos muito específicos ou a recortes muito determinados de problemas mais amplos.

É o caso da possibilidade de cobrança de tarifa telefônica, da validade de cláusulas contratuais insertas em contrato firmado com instituição financeira, do ressarcimento por expurgos inflacionários, do dever de fornecer determinado medicamento e tantas outras hipóteses de direitos individuais homogêneos que surgem no bojo de relações de direito público e de direito privado.

Como visto, dada a divisibilidade do direito, sempre se reconheceu a possibilidade de propositura de demandas próprias pelos respectivos titulares. Todavia, ao lado dessa opção, desde o Código de Defesa do Consumidor, também se tornou possível o tratamento coletivo dessas pretensões, no intuito de viabilizar a gestão adequada da totalidade de processos pendentes perante o Poder Judiciário.

Quase trinta anos depois, a expectativa de que os direitos individuais homogêneos seriam, em regra, tutelados de forma agregada não se confirmou. A rigor, ocorreu justamente o contrário: a maioria desses direitos tem sido perseguida individualmente perante os diversos órgãos jurisdicionais<sup>265</sup>.

Na linha do que foi discutido anteriormente, não existe uma única causa para o excesso de demandas no sistema de justiça brasileiro. Certamente, porém, parte das explicações está na própria estrutura do processo coletivo, que não apenas deixou de ser alvo de atualizações, como também foi objeto de restrições legislativas e jurisprudenciais<sup>266</sup>.

O excesso de demandas tem prejudicado o exercício da jurisdição. A distribuição desproporcional dos recursos disponíveis viola o princípio da isonomia material. A atomização

---

<sup>265</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2017, p. 109. No mesmo sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, versão digital.

<sup>266</sup> DANTAS, Bruno. Teoria dos Recursos Repetitivos. São Paulo: RT, 2014, p. 70-71.

da litigância, embora simplifique o processamento do feito, muitas vezes impede que os processos sejam resolvidos em tempo razoável. A dispersão jurisprudencial, praticamente inevitável nesse cenário, tem provocado insegurança jurídica e frustrado o escopo da pacificação.

Em resumo, o quadro que antecedeu o CPC/2015 demonstrava que o Estado brasileiro não era capaz de fornecer tratamento adequado às demandas repetitivas.

Como se sabe, o direito à técnica processual adequada integra o conteúdo do direito à prestação jurisdicional efetiva<sup>267</sup>. Significa dizer que, em primeiro lugar, cabe ao legislador oferecer aos jurisdicionados instrumentos a partir dos quais seja possível assegurar a proteção daquelas posições jurídicas tuteladas pelo ordenamento jurídico. Em segundo lugar, cabe ao juiz nortear sua atuação pelo princípio da efetividade, adotando, na aplicação das prescrições jurídicas, soluções que produzam o melhor resultado sob o aspecto da proteção do direito material envolvido<sup>268</sup>.

A diversidade de litígios e as variadas formas sob as quais eles podem ser submetidos ao Poder Judiciário exigem, portanto, um sistema de prestação jurisdicional compatível com essa complexidade. Desse modo, ao estabelecer e conduzir o procedimento, deve-se atentar para vários aspectos, tais como: a qualidade e quantidade das partes envolvidas, o objeto do litígio, a finalidade da prestação jurisdicional postulada, o grau da controvérsia, o estágio da controvérsia perante os tribunais<sup>269</sup>.

O sucesso da empreitada depende da consideração simultânea de todos esses aspectos<sup>270</sup>, cuja influência em determinado procedimento pode ser a diferença entre a tutela adequada e a tutela inadequada de um direito.

A leitura do CPC/2015 transparece essa preocupação em quase todos os momentos. Por exemplo, é relevante saber se o processo envolve criança ou adolescente. Se o caso é ou não urgente. Se existe ou não algum padrão decisório já fixado em relação à matéria controvertida. Se a demanda é ou não fundada em título executivo e, sendo o caso, de qual natureza. Se, em se tratando de reintegração de posse, há um coletivo hipossuficiente que ocupe o polo passivo.

---

<sup>267</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 135.

<sup>268</sup> *Idem*, p. 132-133.

<sup>269</sup> Galeno Lacerda, em clássico trabalho sobre o tema, identifica a existência de três aspectos inerentes à adequação: o aspecto subjetivo, o aspecto objetivo e o aspecto teleológico. LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.). Meios de impugnação ao julgado civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258.

<sup>270</sup> *Idem*, p. 253.

Tudo isso, insiste-se, determina um ajuste procedimental destinado a oferecer um tratamento adequado ao caso concreto.

A tarefa, porém, não se esgota na atividade legislativa. É preciso que também o magistrado esteja atento à necessidade de tratar os conflitos de forma adequada<sup>271</sup>, realizando ajustes quando necessário e interpretando todas as disposições do ordenamento jurídico inspirado pelo princípio da efetividade.

Um exemplo simples ilustra bem a ideia que se pretende transmitir. Trata-se da recorrente inclusão indevida do nome de consumidores em cadastros restritivos de crédito. Os prejudicados costumam propor demandas nas quais pelo menos um dos pedidos diz respeito à exclusão do registro. Embora seja possível condenar o réu a praticar os atos necessários à exclusão, sob pena de multa, é muito mais efetivo expedir um ofício ao órgão que procedeu à anotação, determinando o cancelamento do ato. É, portanto, sob essa inspiração que deve atuar o Poder Judiciário<sup>272</sup>.

Perceba-se que, quanto melhor a atividade legislativa, menores são os desafios impostos aos magistrados para prestar adequadamente a jurisdição. Quanto pior a atividade legislativa – seja porque omissa, seja porque praticamente inadequada – maiores devem ser os esforços no sentido de superar as deficiências do sistema, para atingir um resultado efetivo<sup>273</sup>. Num e noutro caso, mantém-se o dever de o Poder Judiciário prestar uma jurisdicional efetiva.

Essa observação é particularmente importante no caso das demandas repetitivas, em relação as quais, como se tem afirmado, o Poder Judiciário não foi capaz de oferecer tratamento verdadeiramente adequado, seja por insuficiências legislativas, seja pela própria postura assumida pelos magistrados em relação à tutela coletiva.

---

<sup>271</sup> Como observa Fredie Didier Jr.: “Não basta, no entanto, a adequação legislativa do processo, que é sempre prévia e feita em abstrato. É preciso que o processo seja adequado também *in concreto*. A adequação, nesse caso, é dever do órgão jurisdicional, que deve observar os mesmos critérios de adequação. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar as peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso”. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 117.

<sup>272</sup> Aliás, com o claro objetivo de orientar a atividade dos magistrados de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou o Enunciado sumular nº 144: “Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados”.

<sup>273</sup> Fredie Didier observa, ainda, que há diversos casos nos quais o próprio legislador atribui poderes expressos ao magistrado para realizar a adaptação do procedimento, de acordo com as peculiaridades do caso. É o caso da possibilidade de dilatação de prazos processuais, alteração da ordem de produção de provas e da dispensa de realização da audiência inicial de conciliação. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 117.

### 3.2. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos: estrutura e problemas

Como se tem reiteradamente afirmado, é impossível identificar todas as razões que determinam a quantidade de processos repetitivos existente no Brasil. Mas se pode compreender melhor o sistema atual, analisando, ainda que sucintamente, alguns aspectos do modelo anterior.

O CDC é inserido no ordenamento jurídico brasileiro após um período de grande ebulição doutrinária a respeito da necessidade de fortalecimento da tutela coletiva e cujos reflexos se materializaram na Lei da Ação Civil Pública. Quer-se dizer com isso que boa parte dos debates a respeito da técnica processual coletiva já estavam amadurecidos e essa circunstância produziu reflexos diretos no tratamento da matéria pelo diploma consumerista.

Um dos pontos sobre os quais se havia alcançado relativo consenso dizia respeito à legitimidade ativa. Com efeito, prevaleceu na doutrina brasileira o entendimento segundo o qual a tutela coletiva realizada por indivíduos apresentava mais desvantagens do que vantagens, seja em razão da assimetria de forças que normalmente existe fora do processo e nele se projeta, seja em razão da possibilidade de prevalência dos interesses meramente egoísticos que muitas vezes desvirtuaram a função da ação popular<sup>274</sup>.

Parcela da doutrina sustenta que parte desses argumentos não é plenamente aplicável à tutela dos direitos individuais homogêneos, sobretudo porque, neste caso, o indivíduo tem um interesse pessoal, direto e imediato na causa<sup>275-276</sup>. Apesar disso, foi mantido o mesmo regime

---

<sup>274</sup> Precisas, neste ponto, as colocações de Sérgio Arenhart: “Não se nega a utilidade e a importância da ação popular, que deve ser mantida porque pode, ao menos em tese, ser um canal de democracia participativa legítimo. Todavia, a opção por não manter, nas leis mais recentes, a legitimidade coletiva nas mãos do cidadão se deu porque, em muitas ocasiões, viam-se ações populares ajuizadas não com o intuito de proteger o interesse público, mas sim com o de proteger interesses privados, sob a falsa imagem do exercício da cidadania. Não raras vezes, uma ação popular para a proteção ambiental continha, na verdade, a intenção de apenas prejudicar um concorrente; ações populares propostas nas vésperas de eleições eram, frequentemente, meros instrumentos para prejudicar ou para beneficiar candidatos. E tudo isso era feito com emprego de cidadãos ‘testa de ferro’ que não tinham nenhum compromisso com a proteção da coisa pública. Ao lado desse problema, a hipossuficiência (econômica e técnica) do cidadão perante um réu de demanda coletiva trazia, com frequência, desequilíbrio processual que se refletia na qualidade da condução do processo e da solução da controvérsia”. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.) O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2017, p. 745.

<sup>275</sup> ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 160-161.

<sup>276</sup> Nos Estados Unidos, entende-se que, como regra, o representante em uma ação coletiva deve demonstrar ser um membro do grupo, compartilhando dos mesmos atributos e interesses dos representados. Mas, em certos casos, é possível também reconhecer a qualidade de representante em relação a associações, especialmente quando destinadas à proteção de seus membros. Nesse sentido: “The opening words of the US federal class action rule

de legitimidade ativa para as três espécies de interesse previstos no CDC e que, basicamente, se restringiu a pessoas e órgãos públicos, além das associações.

O problema é que, embora teoricamente misto, o sistema estimulou a propositura das demandas coletivas por entes e órgãos públicos, deixando de oferecer incentivos suficientes para que as entidades de direito privado efetivamente se organizassem no intuito de propor demandas coletivas<sup>277</sup>. Basta observar que, apesar da isenção legal das custas processuais, os custos inerentes à propositura da demanda coletiva, especialmente aqueles relativos à prévia coleta de documentos, produzem suficiente desencorajamento a associações em regra destituídas de estrutura, recursos e representatividade social<sup>278</sup>.

Nesse contexto, o Ministério Público é sem dúvida o maior proponente de demandas coletivas no Brasil. Todavia, não foi capaz de dar conta de todas as situações coletivas dignas de tutela. Isso ocorreu não apenas em razão da estrutura limitada dos respectivos órgãos, mas também da restrição jurisprudencial da legitimidade, a partir de uma interpretação restritiva das atribuições institucionais<sup>279</sup>.

---

stipulate that '[o]ne or more members of a class may sue... as representative parties on behalf of all'. Consequent upon this, and despite some academic criticisms in that jurisdiction to the contrary, judicially it has been held that the representative must be a member of class that he or she seeks to represent. In that sense, it has been said that 'a person can not predicate standing on injury which he does not share. Standing cannot be acquired through the back door of a class action'. Thus, the face of the class action rule embodies the traditional view. However, there is a door open for organizations who are non-members of class to act as class representatives under FRCP 23. An organization which seeks to bring a class action on behalf of its members may possess 'representational standing' to bring the suit on behalf of its members who have allegedly sustained damage because of the defendant's conduct. The US Supreme Court has ruled upon the three requirements of the modern doctrine of representational (or associational) standing: where the individual members would have standing to sue in their own right, the interest the organization is seeking to protect are germane to the organization's purposes, and individual participation by the members is not needed to pursue the suit or relief sought". MULHERON, Rachel. *The class action in common law legal systems*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 305.

<sup>277</sup> Nesse sentido: "Nesses termos, é possível concluir que, apesar de teoricamente misto, o sistema representativo do processo coletivo brasileiro é eminentemente público, funcionando a possibilidade de ajuizamento de ações por particulares apenas como um mecanismo de controle, capaz de exercer alguma pressão sobre os órgãos públicos legitimados a atuar". VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo, RT: 2016, p. 364-365. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 70.

<sup>278</sup> Concorde-se aqui com a análise realizada por Edilson Vitorelli: "Ao perceber que as associações seriam incapazes ou insuficientemente estimuladas a ajuizar ações coletivas, a lei legitimou órgãos públicos a fazê-lo, estabelecendo um sistema misto. Ocorre que a existência da alternativa pública criou uma saída confortável para o particular que espera ver litigada uma causa coletiva, sem assumir os riscos e custos inerentes à condução do processo. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo, RT: 2016, p. 364. De qualquer modo, reconhecemos como pertinente também um elemento cultural, pois, apesar do regime legal, algumas associações têm atuado com bastante sucesso na tutela dos direitos coletivos, como o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), a Associação Paranaense de Direitos do Consumidor (APADECO) e a Associação Brasileira dos Direitos do Consumidor (Brasilcon). Nesse sentido: LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações Coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 75

<sup>279</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 68-69.

Nem mesmo a expansão da Defensoria Pública foi capaz de alterar esse quadro<sup>280</sup>. Isso porque, apesar dos notórios esforços, faltam recursos materiais e humanos para que a tutela coletiva seja exercida em quantidade minimamente compatível com as necessidades do público alvo dessa instituição.

Em resumo, tornou-se drasticamente restrito o rol de sujeitos que efetivamente ajuízam ações coletivas. E, mesmo eles, não conseguiram contemplar todos os casos passíveis de tratamento agregado, especialmente no diz respeito aos direitos individuais homogêneos.

O que foi dito até o momento já permite compreender com razoável profundidade as razões pelas o sistema de justiça afundou-se em um mar de processos repetitivos. Porém, haveria o risco de concluir que a simples ampliação do rol de legitimados e a criação de incentivos às associações resolveria o problema da tutela coletiva no Brasil. E isso não é verdade.

O sistema de tutela de direitos individuais homogêneos tem ainda dois graves problemas: o primeiro relativo à legitimidade e o outro relativo à coisa julgada.

A análise do modelo americano das *class actions for damages* – Rule 23 (b)(3) – indica grande preocupação em relação a dois aspectos, imperiosos para que haja eficácia da decisão coletiva em relação a terceiros: a notificação pessoal dos interessados e o controle judicial das condições de representação.

Pretende-se, por um lado, assegurar a ciência dos titulares de direitos individuais a respeito da existência do processo, assegurando-lhes, assim, o exercício do direito de autoexclusão e impedindo a sujeição do não participante ao resultado do processo<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> A Defensoria Pública foi formalmente incluída no rol de legitimados da LACP pela lei 11.448/2007. Entretanto, mesmo antes disso, a instituição estava abrangida pelo art. 82, III, do CDC, que atribui legitimidade às “entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica”. Após a alteração da LACP, também a Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC nº 80/94) foi alterada para fazer constar expressamente como função institucional “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”. O STF, aliás, no julgamento da ADI 3943, reconheceu a constitucionalidade dessas disposições (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

<sup>281</sup> A notificação dos membros da classe é regulada da seguinte maneira pela Rule 23 (c)(2)(B): “For any class certified under [Rule 23\(b\)\(3\)](#)—or upon ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement under Rule 23(b)(3)—the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice may be by one or more of the following: United States mail, electronic means, or other appropriate means. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude

Por outro lado, o controle da representação adequada visa a resguardar a efetiva proteção dos interesses dos sujeitos ausentes, não apenas em relação à contraparte, mas também em relação a eventuais divergências dentro do próprio grupo. Exige-se a verificação de requisitos objetivos e subjetivos, tais como a homogeneidade dos interesses do grupo, a natureza representativa da pretensão, as condições, a habilidade e vontade de representar os interesses do grupo e a competência do advogado da parte. Além disso, o controle é realizado ao longo de todo o processo, devendo o representante manter todas as condições até o julgamento da causa<sup>282</sup>.

Trata-se de sistema extremamente complexo, cuja perfeita operação gera dificuldades inclusive para os norte-americanos<sup>283</sup>. A literatura especializada dá conta de que, muitas vezes, o procedimento de certificação da ação coletiva é demorado e a possibilidade de admissão da agregação varia bastante a depender do tribunal no qual tramita o processo<sup>284</sup>.

Talvez hoje seja possível concluir que o sistema de justiça brasileiro é capaz de lidar com essas questões no nível de complexidade típico dos sistemas que atribuem maiores poderes ao juiz da causa. Mas a realidade sociocultural na época em que se construíram os pilares da tutela coletiva no país – e mesmo na década de 1990 – era completamente diversa e, como restará claro mais à frente, o panorama legislativo se manteve no mesmo caminho que começou a trilhar quando da elaboração da ação popular<sup>285</sup>.

---

from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under [Rule 23\(c\)\(3\)](#)”.

<sup>282</sup> O sistema é bem esclarecido por Sérgio Arenhart: “A reforma processual de 1937 estabeleceu, na conhecida Regra 23, a exigência de que as demandas coletivas deveriam contar com a presença de alguém que oferecesse adequada representação de todos (Regra 23(a)). Ao examinar essa exigência, a Suprema Corte norte-americana concluiu que essa representação deveria implicar: a) a necessidade de que o representante ostentasse posição ou propósito semelhante ao da classe; b) a exigência de que o representante efetivamente buscasse atender ao objetivo da classe no litígio. Na revisão de 1966, o texto passou a ser ainda mais explícito, exigindo a proteção adequada e justa dos interesses da classe por um representante. Com base nessa exigência, a jurisprudência norte-americana sedimentou basicamente quatro grandes critérios para a determinação dessa representação adequada dos interesses: 1) a ausência de conflito de interesses entre o representante e a classe; 2) a natureza representativa da pretensão individualmente formulada pela parte que representa a classe; 3) a habilidade e a vontade do representante em levar adiante a pretensão da classe; e 4) a competência do advogado da parte representante”. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.) O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2017, p. 742-743.

<sup>283</sup> Linda Mullenix observa que “rather than clarifying doctrine, courts have instead engendered additional layers of confusion relating to basic principles that govern class procedure”. MULLENIX, Linda. Ending class actions as we know them: rethinking the american class action *Emory Law Journal*. Vol. 64, p. 424.

<sup>284</sup> Para uma análise da questão, veja-se: MULLENIX, Linda. New frontiers for resolving aggregate litigation in the United States: the MDL experience. Palestra proferida na Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 22 e novembro de 2018.

<sup>285</sup> São precisas as considerações de Ada Pellegrini Grinover neste ponto: “(...) é possível afirmar que o legislador poderia ter legitimamente determinado a extensão subjetiva do julgado, *ultra partes ou erga omnes*, sem qualquer exceção, desde que se tratasse de ações coletivas em que a adequação da ‘representatividade’ fosse criteriosamente

O CDC, ao contrário do que se mencionou a respeito do direito norte-americano, dispensou a notificação pessoal dos interessados, limitando-se a exigir a publicação de edital em órgão oficial, sem prejuízo de outras formas de publicidade que venham a ampliar o conhecimento sobre a existência do processo<sup>286</sup>. O objetivo é assegurar o direito de intervenção no feito, na qualidade de assistente litisconsorcial<sup>287</sup> ou, pelos menos, viabilizar o acompanhamento do processo para posterior aproveitamento<sup>288</sup>.

A divulgação também serve para que outros litigantes solicitem a suspensão de processos pendentes ou optem por prosseguir com a ação individual, hipótese na qual o CDC veda o aproveitamento do resultado da ação coletiva.

Como se verifica, a publicidade obrigatória é absolutamente formal e muito se aproxima daquela exigida para a citação ficta por edital<sup>289</sup>.

A aferição da representação, assim como o próprio modelo de definição de legitimados, também não apresentou novidades em relação à LACP. A rigor, o legislador manteve o regime de controle *ope legis*, levemente mitigado pela exigência de compatibilidade com as atribuições institucionais dos órgãos públicos – como no caso do Ministério Público e da Defensoria

---

aferida. Lembre-se, a esse propósito, que na *common law* a existência de *adequacy of representation* é analisada caso a caso pelo juiz, para verificação da *fair notice* do processo e do desenvolvimento da defesa da categoria com os necessários cuidados; além disso, o sistema norte-americano possibilita a exclusão do processo de quem não deseje submeter-se à coisa julgada. (...) Mas o sistema brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da ‘representatividade adequada’, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas. Foi esse o caminho traçado pela denominada Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que seria depois incorporada pela Constituição no tocante ao mandado de segurança coletiva (inc. LXX, alínea *b* do art. 5º da Const.) e agora adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82, IV). Além dessa razão, outras circunstâncias desaconselhavam a transposição pura e simples, à realidade brasileira, do esquema norte-americano da coisa julgada nas *class actions*: a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada. Por outro lado, já se integrou à tradição brasileira, desde a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) –, passando-se pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) – um regime da coisa julgada que até certo ponto pode ser qualificado como atuando *secundum eventum litis*, pelo menos nos casos de insuficiência de provas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 132-133.

<sup>286</sup> Trata-se do art. 94 do CDC: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

<sup>287</sup> Note-se que o art. 103, §2º do CDC, embora atribua ao interveniente a qualidade de litisconsorte, na verdade se refere à assistência litisconsorcial. Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247.

<sup>288</sup> ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 165.

<sup>289</sup> Arts. 256 e ss. do CPC.

Pública – e pela análise da pertinência temática em relação às associações, cujo requisito temporal de constituição também se relativizou<sup>290</sup>.

A prática, com raríssimas exceções, confirma o modelo de atribuição legal da condição de representante. Como regra, não há nenhuma obrigação de demonstrar qualquer tipo de vínculo com a classe representada e muito menos comprovar que se atua na defesa dos interesses concretos dos sujeitos envolvidos e não apenas com base no interesse intuído pelo representante coletivo<sup>291</sup>.

Essa circunstância foi considerada pelo legislador. E, em razão dela, se estabeleceu exatamente a mesma contrapartida que já se havia utilizado para os déficits de representação na ação popular e na ação civil pública. Trata-se da modulação do regime da coisa julgada<sup>292</sup>.

A coisa julgada é autoridade que torna imutável e indiscutível o conteúdo da decisão de mérito não mais sujeita a recurso, projetando seus efeitos para fora do processo<sup>293</sup>. Cuida-se de instituto intimamente vinculado ao princípio da segurança jurídica<sup>294</sup>, através do impedimento da futura rediscussão de questão já resolvida em processo judicial anterior<sup>295</sup>. Deste modo, não apenas se impede a abertura de novo debate a respeito da matéria já decidida, como também se impõe a consideração de seu resultado, quando se apresentar como premissa necessária à resolução de outra questão.

A autoridade de coisa julgada não se opera em relação a todo objeto da cognição judicial e, como regra, não vincula toda e qualquer pessoa. Por isso se diz que a *res iudicata* é limitada objetiva e subjetivamente. Nos termos do CPC/1973, a coisa julgada estava, objetivamente,

---

<sup>290</sup> Nesse sentido: VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo, RT: 2016, p. 364.

<sup>291</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.) O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2017, p. 742-743.

<sup>292</sup> Como se observou anteriormente, a modulação do regime da coisa julgada como forma de evitar prejuízos decorrentes da representação inadequada dos interesses dos ausentes já havia sido consagrada como técnica adequada de equilíbrio sistêmico no procedimento da Ação Popular. Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. In: WMABIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol IX. São Paulo: RT, 2009, p. 121-123. A solução dos problemas decorrentes da sucumbência ocorrida em processo coletivo através da alteração do regime da coisa julgada foi defendida, dessa vez como modelo geral a ser adotado, em outro trabalho de Barbosa Moreira: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. In: Temas de Direito Processual. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 217.

<sup>293</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. In: Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 108-110.

<sup>294</sup> A coisa julgada é prevista na Constituição como direito fundamental (art. 5º, XXXVI) vinculado à segurança jurídica. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135.

<sup>295</sup> Para um bom desenvolvimento do ponto: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Coisa Julgada e Precedente. São Paulo: RT, 2015, p. 27 e ss.

limitada ao pedido, resolvido no dispositivo da sentença e, subjetivamente, às próprias partes, ao substituído e aos sucessores.

Esses limites estreitos eram reforçados pela afirmativa de que a coisa julgada não poderia aproveitar, nem prejudicar terceiros, autorizando-se, por isso, a rediscussão de questões comuns, ainda que já tivessem sido debatidas por um dos envolvidos em outro processo.

A finalidade do tratamento agregado de questões comuns exigia, porém, a modificação do regime da coisa julgada. No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos essas modificações se restringiram aos limites subjetivos.

Estabelece o CDC que, seja qual for resultado, e independentemente do fundamento da decisão, a sentença de mérito produzirá coisa julgada entre as partes. Significa dizer que não será mais possível propor uma segunda ação coletiva, ainda que através de outro legitimado<sup>296</sup>.

Julgado procedente o pedido, a sentença aproveita a todos os ausentes, à exceção dos que tenham optado expressamente por prosseguir com as suas demandas individuais<sup>297</sup>. Cuida-se aqui da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis et in utilibus* da decisão<sup>298</sup>. Na hipótese de improcedência, porém, os titulares de direitos individuais não serão prejudicados, a menos que tenham intervindo no processo como assistentes litisconsorciais, nos termos em que antes já se fez referência.

Algumas observações se fazem necessárias.

Como se percebe inexistente incentivo à intervenção na ação coletiva. Caso o indivíduo não tenha ajuizado sua própria demanda, muito provavelmente optará por aguardar o resultado do processo coletivo. Em caso de êxito, poderá aproveitar o resultado. Em caso de sucumbência, poderá propor a própria demanda<sup>299</sup>. Não há porque assumir a posição de assistente litisconsorcial.

---

<sup>296</sup> Para Cassio Scarpinella Bueno, porém, caso a improcedência for por ausência de provas, é possível propor nova demanda coletiva. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253. No entanto, o STJ aplicou o entendimento segundo o qual, nas ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, não há formação de coisa julgada *secundum eventum probationes* (REsp 1.302.596/SP, 2.<sup>a</sup> Seção, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, red. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09.12.2015, DJe 01.02.2016. Para uma crítica ao posicionamento daquela Corte: MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali.* Art. 16. In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017, versão digital, e DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2018, p. 448-452.

<sup>297</sup> A “opção expressa” decorre da notificação, nos autos, a respeito da existência da ação coletiva. ZAVASKI, Teori. Processo Coletivo. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2017, p. 181.

<sup>298</sup> ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 163.

<sup>299</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2014, p. 248.

Os benefícios para requerer a suspensão também são diminutos. Com efeito, muito provavelmente a ação individual tramitará mais celeremente do que a ação coletiva e o controle sobre todos os aspectos da demanda permanece com titular individual<sup>300</sup>. Além disso, mesmo em caso de procedência do pedido deduzido coletivamente, a eventual necessidade de liquidação em muito se assemelha à demanda de conhecimento já em tramitação.

Mas o ponto principal é que a modulação do regime da coisa não se revelou contrapartida adequada à ausência de controle judicial da condição do representante e do desempenho representativo. Várias são as razões que fundamentam essa conclusão.

Em primeiro lugar, independentemente da qualidade da representação, a improcedência do pedido encerra definitivamente a possibilidade de propositura de nova ação coletiva. Lembre-se que, a rigor, o regime da coisa julgada é *pro et contra*. Só a extensão subjetiva que se reduz em caso de improcedência. Em segundo lugar, e também por conta disso, quando se tratar de danos patrimoniais de pequena monta, é o próprio direito à reparação que, na prática, se esvai, porque dificilmente haverá ações individuais a respeito desse objeto.

Pense-se na seguinte hipótese: determinada associação propõe demanda em face de prestadora de serviços de telefonia móvel, questionando a cobrança de uma determinada tarifa, considerada ilegal. Interposta apelação, as contrarrazões apenas “prestigiam a decisão recorrida”, defendendo a manutenção do julgado “em razão de seus próprios termos”. Rejeitada a pretensão de reforma, o réu apresenta recurso especial, em relação ao qual o autor apresenta contrarrazões idênticas e, além disso, não comparece ao STJ, seja para despachar junto aos gabinetes, seja para realizar sustentação oral. Ao final, o resultado é revertido em favor da empresa e o pedido da ação civil pública é julgado improcedente.

Ainda que seja possível a propositura de ações individuais, o peso de uma decisão prolatada pelo STJ certamente terá impacto sobre as posições dos sujeitos não vinculados<sup>301</sup>. A má representação gera, portanto, prejuízos concretos.

Percebe-se, então, que a garantia da representação adequada dos interesses é muito mais relevante do que a contrapartida do regime da coisa julgada, cuja restrição subjetiva não é capaz

---

<sup>300</sup> *Ibidem*.

<sup>301</sup> Nesse sentido: “A decisão de improcedência não vulnera a pretensão dos titulares do direito, embora termine por se configurar em precedente, o qual poderá ser considerado pelo juiz da ação individual”. MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 663. E também: MANCUSO, Rodolfo Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 293.

de impedir todas as formas de prejuízo aos ausentes, causadas pelo resultado adverso em processo relativo a direitos individuais homogêneos<sup>302</sup>.

Mas há, ainda, o aspecto inverso. É que, mesmo quando a garantia é efetiva e a improcedência da ação coletiva ainda viabiliza uma série de ações individuais propostas em massa sem qualquer prejuízo indireto, o fato precisa ser visto como uma distorção<sup>303</sup>.

A solução legislativa provocou uma assimetria no processo. Note-se, nesse sentido, que a atividade jurisdicional, diante de algum desequilíbrio de forças na sociedade, deve buscar métodos processuais de equiparação. Mas não pode, sob esse pretexto, produzir novas assimetrias. No caso, o sujeito repetitivo foi colocado em situação de razoável desvantagem, já que tem de se defender na demanda coletiva e, mesmo obtendo êxito, poderá ser alvo de ações individuais, nas quais será possível relitigar as mesmas questões<sup>304</sup>.

Veja-se: é possível que a demanda coletiva não interfira nas situações jurídicas individuais, em razão de circunstâncias particulares. Por exemplo: em ação civil pública na qual se pretenda exigir um *recall* pela montadora de veículo por força de vício em determinado lote de produção, a improcedência do pedido impedirá uma nova ação coletiva com base no mesmo fundamento. Mas não impedirá que um indivíduo, cujo veículo adquirido seja daquele mesmo lote, comprove concretamente a existência de vício no bem de sua propriedade.

É uma situação completamente distinta daquela na qual sejam discutidos rigorosamente os mesmos fatos ou apenas as consequências jurídicas de fatos incontroversos. Caso, após extensa instrução probatória, seguida de amplo debate público a respeito das questões de direito envolvidas, o pedido seja rejeitado, não parece adequado concluir que o réu ainda restará vulnerável à litigância individual massiva<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 394-395.

<sup>303</sup> Márcio Mafra Leal considera que o regime brasileiro adotou “regime generoso de coisa julgada”, ao comentar a opção legislativa brasileira. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2014, p. 247.

<sup>304</sup> É a posição de Aluisio Mendes: “Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, versão digital.

<sup>305</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 394-395.

A rigor, ou os sujeitos ausentes foram bem representados e, por isso, restarão vinculados ao resultado do feito, ou não havia representação adequada e a consequência seria a substituição da parte ou a extinção do processo sem resolução do mérito<sup>306</sup>. Do contrário, não se produz um adequado equilíbrio entre justiça, isonomia e segurança jurídica.

Em outros termos, não se pode impor ao réu o dever de litigar contra um representante inadequado, impondo-lhe, em razão disso, o regime de coisa julgada que só assegura a resolução integral do litígio em seu desfavor.

Acrescente-se, nessa linha, que a possibilidade acima aventada é manifestamente contrária ao princípio da proporcionalidade pamprocessual. Isso porque, em tais hipóteses, a ação coletiva torna-se apenas uma antessala das ações individuais, as quais provocarão o desperdício de recursos judiciários e, ao mesmo tempo, aumentarão sobremaneira as possibilidades de violação ao princípio da isonomia<sup>307</sup>.

Lembre-se, por fim, que os argumentos sociológicos e políticos que fundamentaram a opção legislativa de limitar a extensão subjetiva da coisa julgada não se verificaram<sup>308</sup>. Seria possível argumentar que, na verdade, é o próprio regime estabelecido para a *res iudicata* que reduziu o interesse na colusão entre as partes, e na prática de atos abusivos ou de má-fé. Contudo, tais circunstâncias também não se verificam em relação às demais espécies de ações coletivas, para as quais o regime da coisa julgada ocorre *secundum eventum probationes*.

---

<sup>306</sup> Por isso, correta a observação de Antonio Gidi, no sentido de que, muito embora a questão da legitimidade seja cronologicamente anterior à da coisa julgada, ela é um problema logicamente posterior: “A questão da legitimidade para agir nas ações coletivas é um problema cronologicamente anterior à da coisa julgada. Entretanto, se trata de um problema logicamente posterior. Isto porque, em última análise, procura-se regular a legitimidade para que os interessados tenham seus interesses adequadamente representados em juízo vez que devem ser, de alguma forma, afetados pela imutabilidade do comando da sentença coletiva sem que tenham sido parte no processo coletivo ou sequer ouvidos”. GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol IX. São Paulo: RT, 2009, p. 285.

<sup>307</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 401.

<sup>308</sup> O ponto não passa despercebido pela doutrina: “A doutrina dominante no Brasil justifica essa regra sobre coisa julgada com argumentos sociológicos e políticos. Há o receito de uma colusão entre as partes, abuso ou má-fé que ponham em risco os direitos individuais em jogo. Esse temor é mais teórico do que verificado na prática dos diversos sistemas normativos vigentes e, por isso, ele é superdimensionado. No Brasil, a necessária intervenção do Ministério Público nos processos coletivos (art. 5º, §1º, da LACP) é garantia suficiente para evitar conluíus. Não há notícia de ações consideradas abusivas por parte do Ministério Público na jurisprudência das cortes superiores, que têm rejeitado essa acusação contra os autores coletivos de modo geral. Em relação ao Ministério Público, não há nenhum julgado condenatório em má-fé a luz dos arts. 17 e 18 da LACP”. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2014, p. 247.

Conclui-se que o regime de desvinculação dos terceiros também contribuiu bastante para a proliferação de demandas individuais, sendo, pois, mais um fator relevante na compreensão da litigância repetitiva no Brasil.

As circunstâncias acima mencionadas são, sem dúvida alguma, determinantes para a pouca efetividade da tutela coletiva na promoção do princípio da proporcionalidade processual.

Não se pode, porém, deixar de mencionar outros dois fatores que contribuíram para a baixa efetividade da tutela coletiva no Brasil. São circunstâncias legislativas e judiciais, as quais muitas vezes operaram em conjunto.

Em relação ao aspecto legislativo, houve inércia quanto ao aprimoramento do sistema de tutela dos direitos individuais homogêneos através das ações coletivas. E isso não ocorreu por ausência de produção doutrinária ou mesmo por falta de iniciativas legislativas de reforma. Há, pelo menos, dois importantes projetos pendentes de deliberação pelo Congresso Nacional. Trata-se de propostas relativas à revisão da Ação Civil Pública e da instituição de procedimento para o controle judicial de políticas públicas<sup>309</sup>. Desse modo, o que se percebeu foi uma enorme ausência de vontade política no desenvolvimento desse instituto.

Se alguma dúvida houvesse em relação a isso, estaria sepultada pela constatação de que o sistema também foi alvo de sucessivos ataques.

Desde a década de 1990, importantes alterações foram realizadas no intuito de reduzir o alcance da ação coletiva, especialmente em demandas propostas em face do Poder Público.

Inseriu-se o parágrafo único no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, destinado a proibir a tutela coletiva de pretensões que envolvessem “tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS – ou outros fundos de natureza institucional”. Também o art. 16 da LACP foi reformado para restringir a eficácia da coisa julgada à competência territorial do órgão que prolatou a decisão de mérito. Foi, ainda, incluído o art. 2º-A na Lei 9.494/97, cujo parágrafo único passou a exigir, especificamente para as causas em face do Poder Público, a comprovação da deliberação assemblear e a relação nominal dos associados, limitando a eficácia da decisão não apenas aos que já integravam a associação ao tempo da propositura da demanda, como também aos que residiam nos limites territoriais do órgão prolator da decisão de mérito. Tudo isso sem mencionar as amplíssimas hipóteses de

---

<sup>309</sup> Trata-se, respectivamente, dos Projetos de Lei nº 5.139/2009 e nº 8058/2014.

suspensão de liminares e sentenças<sup>310</sup> e, principalmente, ao modo como têm sido aplicadas pelas cortes brasileiras<sup>311</sup>.

A jurisprudência pátria também prestou enorme contribuição à falta de efetividade das ações coletivas, muitas vezes violando o dever de zelar pelo direito à prestação jurisdicional adequada. Note-se, por exemplo, que o Poder Judiciário tem reconhecido a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1<sup>a</sup> da LACP<sup>312</sup>. Em relação ao art. 16 desse mesmo diploma, a regra foi aplicada durante anos, reconhecendo-se o absoluto despropósito daquela restrição quase quinze anos depois de seu ingresso no ordenamento jurídico<sup>313</sup>. Também foi reconhecida, em decisão do STF, a possibilidade da restrição da coisa julgada em ação coletiva aos indivíduos associados ao tempo do ajuizamento da demanda<sup>314</sup>, circunstância que, certamente, estimula a propositura de novas ações em série pelos associados não abrangidos pelo processo já em trâmite.

Além disso, muitas interpretações que prevaleceram no Poder Judiciário mitigaram a efetividade da ação coletiva, como, por exemplo, a extinção de processos em fase avançada em razão do reconhecimento da ilegitimidade ativa, a insegurança jurídica em relação ao regime

---

<sup>310</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2017, 127.

<sup>311</sup> Para uma visão crítica do instituto, confira-se: VENTURI, Elton. Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público. 3<sup>a</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>312</sup> Nesse mesmo sentido: “Não obstante, ao menos em termos gerais, a jurisprudência se alinha pela aplicação da norma proibitiva. Em tal cenário, porém, a vedação deve ser compreendida *numerus clausus* e aplicada da maneira mais restritiva possível. Trata-se de norma que conteve a eficácia do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição – se não o violou, como dito”. MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali*. Art. 16. In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017, versão digital

<sup>313</sup> Essa jurisprudência foi superada apenas pelo REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011, julgado pelo procedimento dos recursos repetitivos.

<sup>314</sup> Trata-se do julgamento do REExt nº 612043. Curioso que, no caso, houve debate explícito sobre a importância da ação coletiva no sistema de tutela de direitos. Por um lado, o Ministro Ricardo Lewandowski observou o seguinte: “A minha tese central é a de que o legislador ordinário restringiu, indevidamente, o alcance daquilo que se contém em pelo menos dois dispositivos da Constituição: o amplo acesso à Justiça e a representatividade das associações para representar os seus associados. De maneira que esse é o confronto. Quer dizer, o constituinte foi generoso, instituiu a democracia participativa, instrumentos de litígio coletivo, e vem aqui o Executivo, por meio de medidas provisórias, buscando, a meu ver, de forma indevida, restringir o alcance daquilo que está plasmado na Constituição”. O debate ocorria com o Min. Gilmar Mendes, que observou: “Eu tenho a impressão de que, na realidade, aqui, o que se tem é uma garantia institucional que precisa ser regulada por lei, até porque, também, estão envolvidos o contraditório e a ampla defesa, todos os aspectos fundamentais que precisam ser considerados. A ação coletiva, considerada dessa forma, se levarmos em conta, é uma bomba atômica”. A Min. Carmen Lúcia, após observar que o Min. Gilmar Mendes se referia à circunstância de não se saber ao certo quantas pessoas estariam envolvidas no processo, fez a seguinte consideração: “Vejam, também, aqui, há um outro aspecto que está sendo negligenciado: a questão da autonomia da vontade das pessoas. Porque caminhamos para um modelo totalitário, em que corporações passam a agir pelas pessoas”. RE 612043, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-229 DIVULG 05-10-2017 PUBLIC 06-10-2017, p. 55-56. Registre-se que, muito embora a discussão de fundo dissesse respeito à existência de representação ou substituição processual na atuação da associação, o debate é representativo da visão dos Ministros a respeito instituto da ação coletiva.

da prescrição e o pouco uso de técnicas mandamentais para que a execução da sentença condenatória coletiva dispensasse o manejo de demandas individuais de liquidação.

Insista-se, então, que todo esse cenário resultou em uma miríade de processos individuais. Na maioria dos casos, sequer era possível centralizar os feitos em um único juízo, pois o CPC/1973 admitia a reunião apenas de processos conexos, sem, entretanto, oferecer solução aos casos nos quais havia simples afinidade entre as demandas não agregadas inicialmente em regime de litisconsórcio.

O gerenciamento dessa litigância serial se tornou um desafio institucional para o Poder Judiciário<sup>315</sup>.

Era preciso uma correção de rota.

### **3.3. A construção de um novo modelo de tratamento adequado para demandas repetitivas**

Tudo o que se disse até o momento exhibe o cenário a partir do qual foram construídas as soluções atualmente vigentes.

Por um lado, constatou-se que boa parte dos litígios pendentes perante órgãos judiciários se referia a relações jurídicas repetitivas. Por outro, percebia-se que os legitimados coletivos não acompanhavam o nível de produção dos litígios seriais e, mesmo quando as demandas eram propostas, havia as limitações decorrentes do regime da coisa julgada e da necessidade de liquidação individual<sup>316</sup>.

Desse modo, vários mecanismos foram paulatinamente surgindo no sistema brasileiro, destinados a reduzir as possibilidades de rediscussão de questões que se repetiam em várias demandas seriais. São exemplos: o pedido de uniformização nos Juizados Especiais Federais, a suspensão de liminares de idêntico objeto, a súmula vinculante e a rejeição liminar dos pedidos<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> Lembre-se, aliás, que um dos macrodesafios estabelecidos pelo CNJ no Plano Estratégico para o sexênio de 2015 a 2020 envolve a “gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes”, como já se havia mencionado no primeiro capítulo deste trabalho. Para maiores detalhes, confira-se a Resolução nº 198 do CNJ. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resolucao-n198-01-07-2014-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n198-01-07-2014-presidencia.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>316</sup> Note-se que, embora se tenha apresentado crítica a esse entendimento do sistema, foi a interpretação que prevaleceu amplamente no Poder Judiciário brasileiro.

<sup>317</sup> A situação é muito semelhante ao processo ocorrido nos Estados Unidos, relativo ao declínio das *class actions* e à difusão da utilização do *multidistrict litigation*. Para uma análise desse processo, ver: MULLENIX, Linda.

A técnica do julgamento por amostragem se revelou particularmente eficaz. Isso porque, a um só tempo, ela permitia o sobrestamento dos recursos idênticos, viabilizava um julgamento mais minucioso e facilitava a reprodução da tese, fosse ela favorável ou contrária aos sujeitos ausentes.

Ademais, o resultado prático era a redução significativa do número de recursos pendentes para julgamento, dada a negativa de seguimento dos recursos interpostos contra decisões proferidas no mesmo sentido da tese firmada e a possibilidade de reconsideração pela própria corte de origem dos julgados recorridos, nos casos de incompatibilidade com o padrão decisório estabelecido na instância superior<sup>318</sup>.

O CPC/2015 consolida essa tendência, prevê outros instrumentos de gestão de demandas seriais e permite reconhecer a existência de um microssistema de tratamento de processos repetitivos, na linha do que se defendeu no capítulo anterior. A articulação das normas que o integram permite a produção de resultados ainda não completamente identificados, mas a necessidade de uma interpretação harmoniosa entre os institutos e da dimensão prática que deve nortear a aplicação aos casos concretos já vem sendo percebida, não apenas na doutrina, mas também na jurisprudência.

Quer-se dizer com isso que é preciso uma releitura da ação coletiva, à luz da integração dela nos microssistemas do Código. O produto do diálogo das fontes que se deve estabelecer poderá significar o ressurgimento da tutela dos direitos individuais homogêneos enquanto instrumento de prestação jurisdicional adequada.

O STJ, ao decidir em recurso repetitivo que a existência de ação coletiva implica a suspensão de todos os processos individuais sobre idêntica questão menciona expressamente o diálogo com a sistemática estabelecida pelos arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC/1973 – arts. 1036 e ss. do CPC/2015. Segundo o Min. Sidnei Beneti era necessário “atualizar a interpretação do CDC”, extraindo-lhe maiores potencialidades a partir de novas percepções vigentes sobre o modo de lidar com aquelas mesmas questões – isto é, questões repetitivas<sup>319</sup>.

---

New frontiers for resolving aggregate litigation in the United States: the MDL experience. Palestra proferida na Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 22 e novembro de 2018. Para uma detalhada análise dos vários problemas teóricos e práticos relativos às *class actions* nos Estados Unidos, conferir: MULLENIX, Linda. Ending class actions as we know them: rethinking the american class action Emory Law Journal. Vol. 64, p. 401-449.

<sup>318</sup> Trata-se dos arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC/1973.

<sup>319</sup> Confira-se: “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de

Esse entendimento está, portanto, afinado com o regime de tratamento das demandas seriais. De fato, se as justificativas para o tratamento agregado dos litígios são a adequada utilização dos recursos judiciários e a resolução integral da controvérsia, mediante a promoção da igualdade e da segurança jurídica, o alcance desses resultados não pode estar condicionado à manifestação do interesse das partes<sup>320</sup>.

Ademais, se a ação individual não apresenta qualquer peculiaridade em relação à ação coletiva, é inútil assegurar o direito de autoexclusão para propositura de posterior demanda individual<sup>321</sup>. Assim, o máximo que se pode admitir é a parte justifique as razões pelas quais entende não estar abrangida por aquele processo decisório, circunstância que, evidentemente, se submeterá ao crivo judicial.

O STJ também decidiu que a propositura de ações coletivas interrompe o prazo prescricional para a propositura de demandas relativas a direitos individuais homogêneos<sup>322</sup>.

---

Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)". (REsp 1110549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009)

<sup>320</sup> A questão pode gerar uma certa perplexidade, já que o art. 104 do CDC estabelece expressamente o direito do litigante em dar andamento à demanda individual, caso assim entenda mais adequado. Entretanto, caso se admita a possibilidade de estabelecer um “diálogo das fontes”, a necessidade de assegurar a coerência do sistema impõe o reconhecimento de que, também nas ações coletivas, deve ocorrer a suspensão. Se os propósitos de gestão são os mesmos no IRDR e nas demandas coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, e se o ordenamento jurídico passou a admitir que determinados sujeitos podem ser representados em juízo e prejudicados pelo resultado do procedimento do qual não tenham participado, o microsistema deve se rearticular em torno dessas novas premissas, mantendo a coerência entre as várias normas dispersas que o integram. Basta pensar que, se todos os sujeitos exerçam o direito de autoexclusão, é provável que seja suscitado um IRDR, impedindo o exercício da posição de vantagem que se pretendia exercer com o *opt-out* da ação coletiva. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques observa que: “‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito provado, co-existentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em algum momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’”. MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Diálogo das fontes*. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 89. Além disso, entendemos que há apenas uma redução do âmbito de incidência do art. 104 do CDC, que passa a ser aplicável nos casos em que há uma ação coletiva posterior ao IRDR.

<sup>321</sup> Como observa Juliana Castello: “Enfim, se a demanda individual, pendente ou posterior ao trânsito em julgado da ação coletiva não apresentar os atributos da pessoalidade ou de uma nova dimensão da controvérsia coletiva, nada adiantará possibilitar ao indivíduo a exclusão da ação coletiva ou a propositura de uma demanda individual”. CASTELLO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 359.

<sup>322</sup> O extrato da ementa é o seguinte: “O ajuizamento de ação versando sobre interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo”. (REsp 1641167/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018) A leitura do inteiro teor é ainda mais interessante, com destaque para a página 6 do voto da Relatora: “Assim, de acordo com uma interpretação mais adequada do nosso ordenamento jurídico, resta claro que o ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo. (...) Em realidade, a doutrina vem se consolidando no sentido de admitir a interrupção da prescrição, em hipóteses de ajuizamento de coletiva, mesmo

Há o claro propósito de desestimular iniciativas individuais em série, com o simples propósito de interromper a prescrição. Na linha do que se tem sustentado nesse trabalho, a decisão está afinada com o princípio da proporcionalidade processual e potencializa as virtudes da ação coletiva.

O que está por trás desses novos institutos e também das decisões do STJ é uma ressignificação do direito de ação, do exercício do contraditório e da função da representação dos ausentes na tutela dos direitos individuais homogêneos.

### **3.4. A releitura dos direitos de ação e de contraditório: a via representativa impositiva**

O direito de ação já foi brevemente explorado no primeiro capítulo deste trabalho. Necessário, porém, retomar algumas ideias, para acrescentar elementos indispensáveis à compreensão do microsistema consolidado pelo CPC/2015.

Como já mencionado, o direito de ação é tradicionalmente justificado como uma espécie de contrapartida assegurada pelo Estado em razão da subtração dos indivíduos do uso legítimo da força para satisfação dos próprios interesses. Haveria, então, a possibilidade de provocação dos órgãos do Poder Público para a tutela de lesões ou ameaça de lesões a direitos, praticada por particulares ou pelo próprio Estado<sup>323</sup>. Pode-se concluir dessa ideia básica que o direito de ação é um meio através do qual se exerce a proteção de direitos materiais<sup>324</sup>.

O que durante muito tempo se extraiu dessa premissa foi o direito inafastável de atuar diretamente em juízo na defesa dos próprios interesses. Por isso seria inadmissível que decisões pudessem vincular o sujeito ausente ao resultado final de forma inelutável, especialmente quando delas pudessem advir prejuízos. Aliás, o parágrafo único do art. 18 do CPC estabelece que “havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”. Desse modo, ao titular do direito individual sempre seria necessário assegurar a participação direta, sob pena de afronta ao direito de ação<sup>325</sup>.

---

de demandas que versem sobre interesses individuais puros, mas que estejam relacionados com a controvérsia da ação coletiva”.

<sup>323</sup> SILVA, Ovídio A. Batista; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 82.

<sup>324</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11.

<sup>325</sup> Comentando o parágrafo único do art. 18 do CPC, Cassio Scarpinella Bueno observa que: “cabe ao magistrado de ofício (ou por provocação das partes ou de outros intervenientes) dar ciência ao substituído para, querendo, intervir no processo. Trata-se, nesse sentido, de verdadeiro *dever-poder* do magistrado. (...) A medida é de rigor

Como os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos, haveria aqui uma situação jurídica titularizada pelo sujeito em caráter exclusivo. Por isso, aplicar-se-ia o mesmo raciocínio anteriormente explicitado, no sentido de que o sujeito não poderia ser alijado do processo no qual se daria definição do conflito<sup>326</sup>.

Entretanto, apesar de ainda se reconhecer o direito individual de ação e, desse modo, a garantia de participação direta na resolução de questões que lhe digam respeito, não se trata de posição jurídica de vantagem oponível em todo e qualquer caso. Em certas hipóteses admite-se a restrição do direito à participação.

Isso é possível porque atuar diretamente em um processo não é um fim em si mesmo. Trata-se apenas de um meio de tutela dos direitos materiais. A participação é uma forma de viabilizar que razões favoráveis à tutela de um interesse não sejam desconsideradas pelo Estado no momento da decisão, a ser construída a partir dessa atividade argumentativa<sup>327</sup>.

Por isso, caso seja necessário restringir o direito à participação direta do interessado, a fim de assegurar a efetividade de outros valores também importantes para o sistema, não haverá inconstitucionalidade, mas, sim, atividade de conformação<sup>328</sup>.

É preciso, porém, que seja possível prestar proteção adequada ao interesse envolvido mesmo na ausência do titular. Isto é, a lógica comum aos direitos de ação e participação diz respeito à existência de institutos através dos quais os interesses sejam adequadamente representados em juízo, hipótese na qual não haverá violação ao devido processo legal.<sup>329</sup>

---

até porque o ‘verdadeiro’ legitimado para a causa *não é*, nestes casos, que age em juízo; é o que não age. Entender que o legitimado ordinário (substituído) não tenha o direito de saber que há alguém postulando por direito dele e, querendo, passar a agir em juízo, é solução que parece atritar com o próprio inciso XXXV do art. 5º da CF”. BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paul: Saraiva, 2017, p. 123.

<sup>326</sup> Nesse sentido: “A lógica da coisa *secundum eventum litis* é emblemática desta mentalidade, pois sua origem e sua função possuem como elemento implícito (mas de obviedade patente) a tentativa de inviabilizar que o sujeito tenha seu interesse material ‘prejudicado’ sem a sua participação pessoal no litígio”. OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2014, p. 133.

<sup>327</sup> CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 411.

<sup>328</sup> Edilson Vitorelli afirma de modo ainda mais contundente: “A participação instrumental advoga que, se não se pode antever qualquer vantagem para a realização dos direitos materiais litigiosos, em razão da oportunidade participativa, ela não deve existir”. VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo, RT: 2016, p. 203.

<sup>329</sup> Nessa linha: “O fato da participação ser instrumental não significa que ela possa ser eliminada com o deliberado propósito de prejudicar o cidadão. Todavia, se for possível encontrar arranjos institucionais que restrinjam ou mesmo suprimam a participação por motivos sistematicamente valiosos e, ao mesmo tempo, sejam capazes de realizar os direitos materiais envolvidos no litígio, não haverá motivo para reputá-los inconstitucionais. Isso significa que a lei nunca poderá fazer um juízo antecipado de quem tem ‘menos direitos’ ou tem o direito ‘menos importante’ e, por essa razão, restringir a participação. O processo pode restringir a participação se encontrar outras formas de realizar direitos, não para suprimi-los, por vias transversas”. VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo, RT: 2016, p. 364-365.

Diz-se isso porque se parte do entendimento de que a Constituição não assegurou a cada sujeito o direito de discutir pessoalmente todas as questões que lhe digam respeito, em toda e qualquer circunstância. A rigor, o sempre mencionado art. 5º, XXXV, da CR assegura apenas que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, o que certamente é distinto de impedir a utilização de técnicas de representação para a tutela desses mesmos direitos, quando ameaçados ou lesados.

Uma leitura substancial e complexa do direito de ação nos revela um núcleo essencial voltado à adequação da tutela jurisdicional, entendida como a capacidade de a atuação estatal promover a realização do direito material. Não se trata, portanto, de um direito de acesso – centrado no ato inicial de provocação do Poder Judiciário pelo titular do direito. Cuida-se de perquirir as condições para que o processo produza um resultado efetivo na proteção de posições tuteladas pela ordem jurídica.

Robert Bone contextualiza o debate a respeito do conteúdo do direito de ação com base na dualidade entre as “teorias baseadas no processo” e as “teorias baseadas no resultado”. Basicamente, a distinção entre os modelos está na maior importância que se atribui ao tratamento dos litigantes, individualmente considerados, ou nos resultados produzidos a partir da prestação jurisdicional<sup>330</sup>.

É claro que, por se tratar de modelos abstratos, ambos apresentam restrições e insuficiências. Porém, não é possível considerar abstratamente um modelo centrado no resultado da atividade jurisdicional como ilegítimo *a priori*<sup>331</sup>. E isso é especialmente verdadeiro quando se trata de questões que, mesmo titularizadas individualmente por vários sujeitos, encontram a forma mais adequada de tutela em técnicas de coletivização<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> Para o autor: “Theories of procedural fairness and procedural rights fall into two broad categories: process-based and outcome-based. Process-based theories evaluate fairness by the way procedure treats litigants within the litigation process itself, independent of outcome quality. Outcome-based theories evaluate fairness by the quality of the outcomes a procedural system generates. BONE, Robert G. *The economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 189.

<sup>331</sup> Como observa Robert Bone: “(...) sine critics wonder whether process-based theories are even coherent. The problem has to do with the fact that adjudication is primarily about producing good outcomes, not about giving people a chance to participate or another opportunity in their lives to exercise autonomous choice. Given this, the question is why adjudication should value individual participation for its own sake. The standard answer is that participation is necessary to institutional legitimacy. But this answer simply invites more questions. Why does it not respect persons sufficiently to satisfy the Kantian ideal that each is given an opportunity to obtain a fair outcome? A right to participate and control litigation choices might be justified as instrumental to fair outcomes, but this would be an outcomes-based, not a process-based theory”. BONE, Robert G. *The economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 193.

<sup>332</sup> OSNA, Gustavo. *Direitos Individual Homogêneos*. São Paulo: RT, 2014, p. 141.

Não se pretende afirmar que o direito individual de ação carece de sede constitucional. Na linha do que se vem sustentando no presente trabalho, quer-se dizer apenas que não se trata de direito absoluto, sendo possível mitigá-lo quando necessário à promoção do equilíbrio com outros valores constitucionais<sup>333</sup>. Justamente por isso, defende-se aqui a subsidiariedade das técnicas de representação, cuja legitimidade depende da constatação de que, naquele caso específico, não é possível, de modo adequado, realizar a tutela dos interesses envolvidos diretamente pelos próprios titulares.

Desse modo, a possibilidade de vinculação do sujeito ausente independentemente do resultado decisório atrai para o centro do sistema jurisdicional o problema do controle da representação. Trata-se de aferir se estiveram presentes as condições que autorizam legitimamente a sujeição de determinada pessoa ao resultado do processo decisório, especialmente quando se tenha reputado desnecessária a sua participação para a resolução do litígio ou de parte dele.

Existem várias teorias a partir das quais se pode aferir a adequação da representação. Dificilmente sistemas processuais nos quais seja necessário esse tipo de controle se valem de apenas uma delas.

A teoria formalista exige alguma forma de anuência do representado, tácita ou expressa, em relação ao representante. Há aqui uma visão predominantemente individualista, que basicamente justifica a representação na manifestação de vontade<sup>334</sup>. Os institutos da notificação e do *opt-out* são normalmente associados à essa teoria, pois se destinam a viabilizar o binômio ciência-anuência para o exercício da representação<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> Adota-se, quanto ao tema, a teoria a teoria externa das limitações aos direitos fundamentais. Significa dizer que toda restrição deve ser justificada à luz de um juízo ponderativo, demonstrando-se, in concreto, que outros bens e valores envolvidos legitimam uma redução concreta do âmbito de proteção. PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 213.

<sup>334</sup> Segundo Hanna Pitkin: “Los rasgos distintivos básicos de la autorización son éstos: un representante es alguien que ha sido autorizado para actuar. Esto significa que le ha sido otorgado un derecho de actuar que no tenía anteriormente, mientras el representado se hace responsable de las consecuencias de esa acción como si la hubiera realizado el mismo. Se trata de una perspectiva claramente sesgada a favor del representante. Sus derechos han sido ampliados y su responsabilidad han sido (em todo caso) menguadas. Como contraste, el representado há adquirido nuevas responsabilidades y (en todo caso) há renunciado a algunos de sus derechos. La perspectiva de la autorización se fija em las formalidades de esta relación: es lo que denomina-se uma perspectiva ‘formalista’”. PITKIN, Hanna Fenichel. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 41-42.

<sup>335</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 237-238.

São duas as principais críticas à teoria formal. A primeira é de que muitas vezes a notificação formal e pessoal é inviável ou muito custosa. A segunda é de que não viabiliza qualquer tipo de controle sobre a qualidade da representação<sup>336</sup>.

A teoria da semelhança descritiva defende que a representação é assegurada pela correspondência entre as características do representante e do representado<sup>337</sup>. É a partir desse critério que se afirma estar, por exemplo, diante de uma “amostra representativa”. Para o tema que nos ocupa, significa dizer que uma determinada causa é representativa de uma controvérsia quando ela apresenta, de modo confiável, conteúdo semelhante ao das demais causas. Não só da causa se pode exigir a verificação da tipicidade. Perceba-se, por exemplo, que a necessidade de o representante do grupo ser um sujeito que o integra é um modo de assegurar a existência atributos comuns<sup>338</sup>.

A teoria da identidade de interesses prega que para a aferição da representação é necessário mais que a mera coincidência de qualidades. É preciso que o representante aja em favor da categoria. O melhor modo de assegurar esse comportamento é exigir que o representante tenha um interesse pessoal envolvido, que funciona como motivação para atuação empenhada na defesa de algo que também pertence a um grupo<sup>339</sup>. A ausência de identidade de interesses pode justificar, por exemplo, a formação de subgrupos, de modo a assegurar a adequada representação de todas as posições existentes no litígio<sup>340</sup>.

Finalmente, a teoria da representação virtual defende que interesses comuns são dotados de certa objetividade e, portanto, o exercício adequado da representação pode ser concretamente aferido, porque decorre da racionalidade dos argumentos expostos à consideração. Desse modo, representação é resultado e deve ser verificado após a atividade representativa, de modo

---

<sup>336</sup> CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 390.

<sup>337</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. El concepto de representacion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 65.

<sup>338</sup> CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 391-394.

<sup>339</sup> Seria identificada a representação através da congruência de pretensões entre o representante e o representado, a partir da qual se poderia presumir que a forte intenção de proteger um interesse próprio beneficiaria, em igual medida, os interesses do grupo. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2014, p. 242-243. Segundo Juliana Botelho, “a exigência do interesse próprio visa a motivar e a garantir a vigorosa tutela dos membros do grupo, isto é, visa ao bom desenvolvimento da atividade representativa. CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 395.

<sup>340</sup> CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 398.

retrospectivo<sup>341</sup>. É, portanto, a teoria que oferece melhores condições para o controle substancial da representação.

Nessa linha, Owen Fiss defendeu que a ideia de representação de interesses<sup>342</sup> – e não diretamente de pessoas – é capaz de resolver adequadamente uma série de questões constitucionais relativas ao devido processo legal. Em primeiro lugar, não seria imprescindível que todos os interessados fossem pessoalmente notificados. Isso porque a validade da representação, que se dá sob o ponto de vista objetivo, independe da ciência direta dos envolvidos. Em segundo lugar, também por se tratar de uma situação objetivamente aferível, futuros interessados – ou seja, aqueles que posteriormente venham a ocupar uma posição jurídica que os torne parte da questão decidida – são abrangidos pela representação e se sujeitam aos resultados decorrentes da atividade processual. Em terceiro lugar, é possível produzir balanceamento dos efeitos vinculantes da representação através de mecanismos de intervenção dos interessados e, ainda, da aceitação de instrumentos que permitam o questionamento posterior da qualidade da representação<sup>343</sup>.

Perceba-se que a adoção da teoria da representação virtual não implica desprezar os demais critérios. Significa, tão somente, que todos eles são instrumentalizados a uma garantia que é substancial e não meramente formal. São, assim, ideias que se complementam. Em um primeiro momento são realizadas avaliações prospectivas das condições prováveis de uma boa representação, tais como a qualidade do representante e de seus procuradores, a homogeneidade das questões discutidas e histórico de atuação representativa. Porém, não se dispensa a análise retrospectiva, sem a qual, repita-se, a garantia substancial da representação se torna uma mera – e ilegítima – formalidade<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Hanna Pitkin defende que a origem da teoria da representação virtual se encontra no pensamento político de Peter Burke, que se diferencia da representação real por se verificar no resultado da atividade representativa.: “Ser ‘virtualmente’ así s ser em esencia o efecto, aunque no formal o realmente; es admitir ser llamado por el nombre la medida em que se concierne al efecto o al resultado. (...) La representación virtual existe allí donde el efecto y el contenido substantivo suceden sin elección. Así, por definción, la representación virtual siempre tiene el contenido substantivo, mientras que la representación real puede terlo o no. Em cada caso, el contenido de la representación, la sustância, es ocuparse del interés de los electores”. PITKIN, Hanna Fenichel. El concepto de representación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 194.

<sup>342</sup> Trata-se de texto no qual o autor discute o direito à participação individual no processo, à luz do caso *Martin vs. Wilks*, julgado em 1989. Após discutir os problemas da decisão proferida naquele processo para a efetividade dos provimentos estruturais, Owen Fiss observa: “I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a ‘right of representation’: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented”. FISS, Owen. The Allure of individualism. *Iowa Law Review*. nº 78, 1993, p. 970-971.

<sup>343</sup> FISS, Owen. The Allure of individualism. *Iowa Law Review*. nº 78, 1993, p. 965-979.

<sup>344</sup> CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 404-405.

Será, pois, necessário verificar a qualidade da representação ao longo de todo o processo, evitando que a falta de representatividade comprometa todo o esforço empregado para produção de uma decisão capaz de vincular os sujeitos ausentes.

Note-se que, muito embora nos processos repetitivos a probabilidade de divergência em relação aos interesses dos envolvidos seja menor, não significa a impossibilidade de surgimento de posições concretamente divergentes.

Exemplo prático foi analisado por Edilson Vitorelli. Cuida-se do acordo relativo aos planos econômicos, nos quais os poupadores alegam prejuízos decorrentes da aplicação de índices de correção monetária inferiores à inflação real do período. O ajuste estabeleceu que o poupador concederia desconto calculado sobre o total do crédito devido pela instituição financeira. Entretanto, o abatimento varia de 0% a 19%, de modo que, quanto maior o valor a ser recebido, maior o desconto<sup>345</sup>.

É claro que, nesse aspecto, o acordo realizado foi melhor para parte dos litigantes. Isso porque há casos nos quais a parte receberá integralmente o crédito reconhecido pelo réu. Mas, em outros, o pagamento será de apenas 80%. Ao realizar negociação nesses moldes, criou-se uma fratura na classe, resultando em “infidelidade representativa”, para utilizar a expressão do próprio autor<sup>346</sup>.

Veja-se um outro exemplo, dessa vez hipotético e concernente à relação de direito público. Imagine-se que a Defensoria Pública propõe ação na qual postula a condenação do ente público a fornecer vagas em creche a favor de crianças de determinado município. Na contestação, o réu argumenta que, em razão da escassez de vagas, estabeleceu ordem de prioridade, que privilegia crianças portadoras de deficiência e aquelas que residem apenas com um dos pais, cuja atividade laborativa seja realizada fora da própria residência.

---

<sup>345</sup> VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. JOTA, 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

<sup>346</sup> “Embora ela tenha uma máscara de justiça social, fazendo parecer que quem tem menos a receber dará menos desconto, essa é uma premissa falsa. As associações representam todos os poupadores, igualmente. Elas não podem deliberar representar melhor quem tem menos a receber, não concedendo descontos sobre os valores devidos a essas pessoas, e representar pior quem tem mais a receber, que abrirá mão de 1/5 de seus créditos. Há uma infidelidade representativa nesse aspecto. O representante deve agir em benefício de todos os representados. Não há margem de escolha. Se ele não é capaz de fazê-lo, a classe deveria ter sido subdividida em subclasses e a representação deveria ter sido cindida. Assim como não se faz cortesia com o chapéu alheio, não se fazem concessões com o direito alheio, em nome de uma visão de justiça com os menos favorecidos. As associações autoras têm o dever de representar todos os consumidores com o mesmo vigor. Não podem prestigiar uns sobre os outros”. VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Jota, 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

Perceba-se que o mero teor da contestação já implica o fracionamento de interesses. Isso porque, se a Defensoria Pública insiste no argumento de que todos devem ser matriculados ao mesmo tempo, haverá conflito em relação aos interesses das crianças para as quais se tem dado prioridade. Se, por outro lado, o representante coletivo reconhece a validade do critério, contraria os interesses daqueles que foram preteridos pela Administração Pública e que podem, por exemplo, discutir a existência da preferência ou, pelo menos, os critérios adotados.

Em ambos os casos mencionados, o conflito dentro da classe surge no curso do processo e não no momento inicial, reforçando a necessidade de controle da representação de interesses ao longo de todo o procedimento, inclusive para, quando necessário, proceder à subdivisão do grupo<sup>347</sup>.

Questões relativas ao desempenho do representante e à possibilidade de divergência concreta de interesses dentro da classe justificam a previsão legislativa de intervenção dos interessados. Entretanto, mais uma vez se deve observar que o caráter instrumental da participação exige a apresentação de algum benefício concreto para a discussão. Não há o direito de intervir para simplesmente reiterar argumentos já submetidos à consideração das partes e do juízo, cujo dever, aliás, é impedir a prática de atos inúteis ao processo.

Há, portanto, um ônus argumentativo do qual o interessado deve se desincumbir para demonstrar o benefício da intervenção, havendo aqui um controle *ope iudicis* da novidade e da relevância da participação do novo sujeito para o debate adequado da controvérsia.

Desse modo, apesar de parte da doutrina sustentar há bastante tempo a necessidade de controle da representação adequada, parece-nos que o sistema atual o exige de modo ainda mais claro. O CPC/2015 veicula uma série de dispositivos voltados à valorização do contraditório amplo e efetivo como forma de legitimação da atividade jurisdicional, inclusive em casos nos quais sequer existe vinculação de pessoas por mecanismos de representação<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Como observa Edilson Vitorelli: “Um representante que age em desacordo com a vontade ou os interesses, implícitos ou manifestos, do grupo representado, não está necessariamente errado, mas deve ter a consciência de que essa situação é anormal. Por essa razão, dependendo do grau de conflituosidade dos interesses envolvidos, o representante poderá não ter condições de atuar adequadamente em relação a todos eles, simultaneamente. Verificada tal situação, é recomendável a cisão da representação, nomeando-se outros representantes para agir em favor das posições divergentes. Se isso ocorrer, os momentos de autorização e avaliação serão também a ocasião propícia para que os representantes debatam entre si acerca das demandas de cada subgrupo”. VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo, RT: 2016, p. 248.

<sup>348</sup> É o caso do art. 554, §1º, do CPC, que determina a intervenção da Defensoria Pública em casos de reintegração de posse coletiva, na qual haja pessoas em situação de hipossuficiência econômica. Mesmo que não haja citação por edital e ainda que todos os demandados estejam representados, haverá intervenção do órgão, como forma de incremento do contraditório e reforço dos interesses envolvidos. Confirma-se: “No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem

Por isso, essa exigência de representatividade adequada dos interesses deve se projetar, com maior razão, sobre todos os processos representativos de formação de decisão, como é o caso das ações coletivas<sup>349</sup>. Veja-se: se uma ação coletiva pode ser afetada para julgamento de IRDR é porque a representação dos interesses envolvidos neste incidente também pode ser realizada pelos sujeitos legitimados à propositura daquela demanda. A fluidez existente entre as técnicas demonstra, portanto, a necessidade de uniformidade de tratamento em relação ao instituto da representação, com evidentes ganhos para o sistema em termos de racionalidade.

### 3.5. Efeitos da representação inadequada

A construção de sistema no qual os representados não escolhem o representante, em que não se admite a autoexclusão e cuja intervenção no procedimento representativo estará sujeita a controle *ope iudicis* de utilidade, a representação inadequada não pode produzir efeitos vinculantes. Significa dizer que, nesses casos, não haverá preclusão em relação à matéria discutida.

Quando se afirmou que a qualidade da representação é aferida pelo desempenho, não se pretendeu condicionar a vinculação ao resultado final da discussão. O controle *in concreto* é importante justamente nos casos em que a decisão é desfavorável ao grupo representado. O que se exige do representante é que atue de forma objetivamente séria e comprometida, praticando os atos que se esperam daquele que está empenhado na tutela de um determinado interesse.

Caso não haja empenho em zelar pela efetividade da representação e o resultado for desfavorável aos sujeitos ausentes, a atividade terá sido inútil, porque não poderá produzir o efeito preclusivo pretendido pela agregação<sup>350</sup>. Note-se que, muito embora não haja o direito

---

encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública”.

<sup>349</sup> Nesse mesmo sentido é a posição de Marcelo Abelha: “Em nosso sentir, com o advento do NCPC não é mais necessário fazer ginástica normativa ou principiológica, por mais eloquentes que sejam, para sustentar a (1) possibilidade de controle judicial (concreto) da legitimidade adequada previstas nos textos legais que regulam a legitimidade coletiva, bem como a (2) sua contínua verificação em concreto ao longo do processo”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2017, p. 174.

<sup>350</sup> Na mesma linha, Rodrigo Mendes de Araújo observa que, no caso de se tratar de ação coletiva, a demanda pode ser reproposta, sob o fundamento de falta de representação – observação que, de mais a mais, vale também para o IRDR. Veja-se: “Caso não seja constatada no processo de origem, a ausência de representação adequada poderá ser objeto de conhecimento em sede de juízo prévio, caso aquela mesma ação seja reproposta”. ARAÚJO, Rodrigo Mendes. A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 242-243.

de estar pessoalmente em juízo, permanece hígido núcleo essencial do direito à participação, consistente na representação adequada dos interesses que serão afetados pela decisão.

A análise, porém, deve ser global<sup>351</sup>. Isto é, a existência de institutos que viabilizam a ampliação do contraditório deve ser considerada, já que falhas pontuais do representante podem ser supridas pela atuação de outros atores, como os interessados e os *amici curiae*. Assim, o reforço procedimental determina que a análise retrospectiva incida de modo mais abrangente para analisar, de forma global, se houve ou não prejuízo à proteção do interesse envolvido.

Por isso é tão importante que o órgão judicial adote postura ativa, fomentando a participação de sujeitos como o IDEC, quando houver relação de consumo, da Defensoria Pública, quando a questão envolver sujeitos vulneráveis, de associações de reconhecida idoneidade, quando se verificar pertinência temática.

Quando, ainda assim, o interesse for inadequadamente representado, o reconhecimento do efeito vinculante viola o devido processo legal.

Dois exemplos podem ilustrar o problema.

Em caso no qual se discutia a tarifa básica cobrada por empresas de telefonia, decidiu-se afetar para uniformização da jurisprudência no STJ recurso a respeito do qual havia sérias dúvidas a respeito da capacidade de representação dos interesses por parte do litigante eventual. É que, quando selecionado um recurso, a tutela dos interesses do grupo caberá, primariamente, as próprias partes do processo selecionado. Segundo o Min. Herman Benjamin, “escolheu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra, destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral”<sup>352</sup>.

Claro que nessas condições, o efeito vinculante da decisão está sujeito a questionamentos pelos terceiros que a ela possam se sujeitar, havendo sérios indícios de violação ao devido processo legal, ao qual têm direito as pessoas ausentes ao incidente de fixação da tese.

---

<sup>351</sup> Em sentido bastante semelhante, Edilson Vitorelli reconhece a existência de um “princípio da complementaridade entre representação e participação”. VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo: RT, 2016, p. 252-253.

<sup>352</sup> O Ministro apresentou longo voto vencido, no qual, em preliminar, sustenta a falta de representatividade adequada dos interesses dos consumidores. REsp 911.802/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008, voto vencido Min. Herman Benjamin.

O segundo exemplo diz respeito ao Tema nº 4 de IRDR do TJGO. Tratava-se de discussão a respeito da possibilidade de inclusão das parcelas vincendas no curso do processo, nas condenações impostas aos usuários dos serviços de água e esgoto prestados pela empresa SANEAGO<sup>353</sup>. O relatório não faz alusão a qualquer intervenção de sujeitos interessados. Também não indica ter havido *amicus curiae* ou ter sido realizada audiência pública. E, no caso, nem mesmo a própria parte da apelação afetada apresentou petição<sup>354</sup>.

Também aqui há fortes indícios de que não houve representação adequada dos interesses envolvidos, razão pela qual o efeito vinculante não poderá se operar. Em primeiro lugar, foi afetado apenas um recurso, deixando de integrar o sistema com o uso do art. 1.036, §5º, do CPC/2015, cujas disposições se referem aos recursos especial e extraordinário repetitivos. Além disso, diante da inércia do representante do interesse dos consumidores, não se determinou a substituição do recurso inicialmente escolhido ou, ao menos, a expedição de ofício para que alguma entidade de defesa dos consumidores ou a Defensoria Pública se manifestasse no incidente.

Ao final, a tese foi fixada em favor da concessionária do serviço público, constatando-se, por um lado, prejuízo aos ausentes e, por outro, ausência de empenho efetivo na proteção dos interesses do grupo.

Nesses casos, no momento da aplicação da tese aos processos suspensos, será possível rediscuti-la, em razão do baixo nível representativo do processo – à revelia, aliás, do sistema adotado pelo CPC/2015 para produção dessas decisões.

### **3.6. Da infungibilidade dos instrumentos de tratamento de demandas repetitivas**

---

<sup>353</sup> É a descrição do objeto do IRDR no sítio do TJGO. <http://www.tjgo.jus.br/index.php/irdr-nugep>, consultado em 12.01.2018.

<sup>354</sup> Consta o seguinte no relatório: “Cumpridas as formalidades procedimentais de comunicação processual próprias da admissão do incidente (eventos 24 a 33), a SANEAMENTO DE GOIÁS S/A – SANEAGO, na condição de apelante no recurso paradigma, aportou aos autos a manifestação do evento 34, em que postula a prevalência do entendimento que admite a inclusão das parcelas vincendas nas condenações provenientes de demandas ajuizadas com o fito de cobrar valores inadimplidos referentes à contraprestação por serviços de água e esgoto. Oportunizada a manifestação à apelada ROSA ALVES RODRIGUES, esta ficou silente (evento 38)”. Disponível em: [https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=69591260&hash=160819682825627511165928408732522335420&CodigoVerificacao=true](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcessoPublica?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=69591260&hash=160819682825627511165928408732522335420&CodigoVerificacao=true), consultado em 12.01.2018.

Feitas essas considerações gerais, deve-se observar que o código não conta apenas com o IRDR e com as ações coletivas para a resolução adequada das causas repetitivas<sup>355</sup>. Pelo menos um outro instrumento apresenta grande importância na gestão das demandas seriais: a reunião dos casos repetitivos no juízo de primeiro grau. Indiscutivelmente o sistema se tornou bem mais complexo<sup>356</sup>.

A questão que se coloca é a de saber em que momento e em relação a quais estruturas de litígio a utilização de cada um deles poderá gerar resultados mais efetivos para a resolução integral do conflito, com economia de recursos judiciários e respeito à isonomia.

E isso nos leva a três observações.

Em primeiro lugar, a problematização que se coloca apenas faz sentido quando se considera que as opções fornecidas pela legislação não são livremente intercambiáveis. Ou seja, é preciso admitir que, como regra, não haverá uma simples fungibilidade entre os institutos que autorize ao juízo de primeiro grau, independentemente de uma cuidadosa avaliação anterior, optar por qualquer uma das técnicas<sup>357</sup>.

Desse modo, o número de envolvidos, a parcela do conflito efetivamente judicializada, a escassez do bem jurídico pretendido podem ser elementos relevantes na avaliação do órgão

---

<sup>355</sup> Na doutrina brasileira o tema tem sido estudado especialmente em relação aos espaços de atuação do IRDR e da ação coletiva. Nesse sentido: CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018. ALVES, Gustavo Silva. Ações Coletivas e casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2018. ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2017. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2017. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: ZANETI JR. Hermes. (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016. NUNES, Ana Luisa Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. In: MARQUES, Claudia Lima; REICHELDT. (Coord.). Diálogos entre o Direito do Consumidor e o novo CPC. São Paulo: RT, 2017.

<sup>356</sup> Observe-se que parte da doutrina sustenta haver finalidades diversas em cada um dos institutos. Neste trabalho, parte-se da ideia de que o objetivo primordial é a gestão adequada dos recursos judiciários, muito embora os institutos alcancem esse escopo de forma distinta. Mesmo para os que identificam profundas diferenças entre os institutos, é necessário identificar o campo de atuação de cada um deles. Nessa linha: “A escolha e a operacionalidade dessas técnicas requerem especial atenção teórica e prática. As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos, técnicas tão distintas quanto à finalidade e ao procedimento, como espécies de processos coletivos, são os instrumentos processuais adequados para lidar com as situações jurídicas coletivas. O ajuste entre elas é o que conferirá, na prática, o melhor tratamento de direitos”. CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 103.

<sup>357</sup> Analisando o contexto americano, Edward Sherman observa o seguinte: “The court must forecast procedural steps necessary to implementing class action remedy, then consider the alternatives and make comparison judgment evaluating the options”. SHERMAN, Edward F. Class actions and duplicative litigation. Indiana Journal. Vol. 62, 1987, p. 511.

juiz no momento de decidir, por exemplo, se determina a expedição de ofício para provocar a instauração de um IRDR, se notifica algum dos legitimados à propositura de uma ação coletiva ou busca a reunião dos feitos para julgamento conjunto, através da concertação de atos com outros magistrados.

Em segundo lugar, e como decorrência direta da primeira observação, é preciso reconhecer a possibilidade de controle judicial sobre opção que eventualmente tenha sido realizada pela própria parte. Essa, aliás, é uma consideração absolutamente fundamental. Se realmente um determinado procedimento for mais adequado que outro, é difícil sustentar que a simples manifestação de vontade do interessado pode sobrepujar o dever de prestar a tutela pelo instrumento mais adequado disponível, ainda que não seja o único abstratamente cabível para resolução do caso concreto.

A observação poderia parecer estranha, se não fosse muito corriqueira. Note-se: se determinada pessoa alega a lesão ou a ameaça de lesão a um direito próprio, poderá perfeitamente propor uma demanda judicial para discutir o conflito. Se, porém, não apenas ela, mas várias outras pessoas tiverem direitos homogêneos, é possível que também seja proposta uma ação coletiva. Nessa circunstância, o STJ já decidiu que os processos individuais devem ser suspensos, porque a tutela coletiva é mais adequada.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado em qualquer caso no qual se verifique um maior potencial de adequação de um determinado instrumento processual em relação a outro, desde que envolvidos interesses que transcendam aqueles titularizados pelas partes<sup>358</sup>. E a validade do argumento se mantém ainda que ambos sejam abstratamente cabíveis no caso, sem prejuízo de que as diversas técnicas sejam combinadas, a fim de aproveitar as vantagens que cada uma delas operativamente oferece. Como já discutido, o microsistema de demandas repetitivas estabelecido pelo CPC/2015 tem em vista a proporcionalidade pamprocessual, ou seja, busca viabilizar a mais ampla solução do litígio, com o uso suficiente dos recursos judiciários.

Em terceiro lugar, não se pretende construir modelos abstratos, destinados a predeterminar o mecanismo mais adequado para resolução agregada em cada tipo de litígio. A realidade, como se sabe, é muito mais rica e complexa que as molduras estabelecidas *a priori*.

---

<sup>358</sup> Diz-se isso porque em várias oportunidades há mais de um instrumento processual cabível e se reconhece como válida a faculdade de escolha do autor da demanda. Contudo, prevalece nesses casos o interesse privado da parte. Quando houver a existência de interesse público, especialmente aquele voltado para o alcance da proporcionalidade pamprocessual, a liberdade de escolha se reduz, exigindo-se a utilização do instrumento que poderá produzir os melhores resultados para o sistema, quando globalmente considerado.

O que se pretende é chamar atenção para algumas circunstâncias que, somadas à estrutura de cada um dos instrumentos, poderá apontar para uma maior ou menor adequação.

É o tema do próximo capítulo.

## 4. OS INSTRUMENTOS PARA TRATAMENTO ADEQUADO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PRIMEIRO GRAU

### 4.1. As Ações Coletivas

Muito já foi dito sobre a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos. Mas é preciso retomar o tema, agora mais especificamente sob o viés da adequação ao caso concreto.

Conforme se observa da leitura do Código de Processo Civil, o legislador buscou uma maior interação entre o sistema de tutela coletiva e o sistema de tutela individual, determinando a notificação dos legitimados à propositura da ação civil pública, sempre que se identificar circunstância na qual seja possível a tutela molecular dos direitos. Trata-se do art. 139, X, do diploma processual<sup>359</sup>.

Registre-se que a previsão não é nova no ordenamento jurídico brasileiro. A rigor, desde o texto original da Lei nº 7.347/85 existe disposição no mesmo sentido, conforme se verifica da leitura do art. 7º, segundo o qual “*se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis*”.

Assim, sob o ponto de vista substancial a determinação contida no Código de Processo Civil não inova no sistema jurídico, mas reforça um dever imposto à autoridade judicial muito pouco observado na prática<sup>360</sup>.

Deve-se observar que, ao contrário da regra constante no CPC/2015, a Lei da Ação Civil pública destaca a possibilidade de utilização da ação coletiva como mecanismo de *prevenção* da litigância repetitiva. Com efeito, se neste último diploma o legislador determinou o dever de

---

<sup>359</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)X - 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.

<sup>360</sup> Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público identificou que juízes raramente observam o comando legal e, quando o fazem, direcionam a comunicação a apenas um legitimado: “a esmagadora maioria dos juízes respondeu que nunca oficiou os legitimados em questão com base no dispositivo legal supracitado. Entre os que utilizam este ofício, a maior parte afirmou que o direciona ao Ministério Público. Apenas o MP foi oficiado “muito frequentemente”, mas por uma pequena parcela de respondentes (quase 2,8%). Enquanto a Defensoria Pública e a administração pública foram oficiadas “frequentemente” por cerca de 2,9% dos magistrados, cada uma, as associações civis parecem ter sido preteridas pelos juízes”. Sociedade Brasileira de Direito Público. “Justiça em Pesquisa” Relatório Analítico Propositivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018, p. 129.

oficiar quando os magistrados “tiverem conhecimento de fatos que *possam ensejar a propositura*” da ação coletiva<sup>361</sup>, naquele primeiro consta apenas que isso deve ser feito pelo órgão jurisdicional “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas”.

Evidentemente, as regras devem ser lidas em conjunto, entendendo-se que as demandas coletivas podem ser propostas tanto num quanto noutro caso, ou seja, antes da situação de numerosa repetição, como mecanismo de prevenção, ou depois dela, como mecanismo de gestão da litigância serial.

Além disso, quando o CPC/2015 determina que deve ser expedido ao Ministério Público, à Defensoria Pública e, “na medida do possível, a outros legitimados”, o que se pretende é o envio das informações ao maior número possível de destinatários<sup>362</sup>.

Conforme defende parcela importante da doutrina, nada impede que a coletivização ocorra a partir do caso que gerou a notificação e aproveitando os elementos que ali já foram produzidos. Basta que o legitimado conclua haver ali uma boa representação da controvérsia, dispensando a formação de estrutura complexa para resolução do conflito, nos moldes do que se exige, por exemplo, para um processo estrutural. A medida, como é fácil perceber economiza tempo e recursos, privilegiando o princípio da proporcionalidade *pamprocessual*<sup>363</sup>.

O art. 139, X, do CPC não deve ser interpretado como norma que impõe a comunicação em todos os casos nos quais seja necessária a coletivização. Na linha do que vem sendo defendido no presente trabalho, os instrumentos de gestão são ferramentas potencialmente concorrentes, cabendo ao juiz avaliar qual deles é o mais adequado ao caso concreto,

---

<sup>361</sup> A Lei da Ação Civil Pública determina a expedição do ofício qualquer que seja o interesse passível de tutela pela via prevista na Lei 7. 347/85, do qual se tenha notícia a partir de uma demanda individual. MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali.* Art. 7º. In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017, versão digital.

<sup>362</sup> *Idem.*

<sup>363</sup> O que se pode cogitar, diante da necessidade de que a questão seja debatida, decidida e efetivada no âmbito coletivo, é a convocação de legitimados coletivos para que se manifestem – no próprio processo – sobre a coletivização da demanda, de modo que uma ação, antes individual, passe a ser coletiva, com atuação de um ou mais legitimados. *Ibidem.* Na mesma linha: “Na hipótese em que é necessário que o problema seja enfrentado como caso estrutural, o dever do juiz não seria apenas de remeter documentação para o Ministério Público, mas provocá-lo, assim como outros legitimados que potencialmente também teriam interesse em propor a respectiva ação coletiva, para que falem no próprio processo. A norma da remessa pode ter aplicação em situações em que é necessária maior investigação para vislumbrar a repercussão ou dimensão coletiva, suspeitando o juiz quanto a isso. Porém, considerando as notas dos problemas estruturais, complexos e com um grau de policentria que torna inadequado o tratamento individualizado, por ser inefetivo ou até produzir graves impactos negativos, o juiz tem de iniciar, ainda que provocado, a verificação da viabilidade de coletivizar o litígio no próprio processo”. FERRARO, Marcella. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de mestrado. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito/UFPR, 2015, *apud* MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali.* Art. 7º. In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017, versão digital.

observando a necessidade de solução integral do litígio, à luz do princípio da isonomia, e de otimização de recursos do Poder Judiciário.

Por isso, deverá o órgão judicial oficiar o Ministério Público e os outros legitimados à propositura da ação coletiva quando entender que, dentre os meios de tutela disponíveis, a ação coletiva for o instrumento mais adequado.

Parcela da doutrina tem sustentado que o dever de oficiar existe apenas nos casos em que se considerar procedente o pedido<sup>364</sup>. A um porque, se a pretensão não tem fundamento jurídico, não há direito a ser tutelado. A dois porque, como sentença de improcedência não vincula os sujeitos ausentes, a discussão coletiva não teria o condão de impedir novos processos.

Há, contudo, outro modo de perceber a ponto. Isso porque as técnicas de agregação buscam impedir que o litígio de massa seja decidido várias vezes por vários juízos distintos. O fato de um único órgão jurisdicional ter considerado o pedido improcedente não significa que os demais magistrados também o farão. Ao revés, a experiência demonstra ser enorme a possibilidade de decisões divergentes.

Além disso, já se defendeu neste trabalho que a improcedência do pedido em demandas coletivas possui, no mínimo, um efeito persuasivo muito relevante, decorrente de consequências indiretas sobre a resolução das causas individuais, hoje reforçadas pelo dever de manter a jurisprudência estável. Essa influência, a rigor, foi reforçada pela imposição de suspensão de todos os processos individuais, em sistemática muito semelhante àquela prevista para o IRDR.

Desse modo, percebendo o órgão judicial que há ali uma demanda com potencial de multiplicação, deve expedir o ofício aos legitimados antes mesmo de proferir a sentença de mérito.

Assim, é possível afirmar que a possibilidade de provocação de um legitimado pelo próprio órgão judicial coloca a ação coletiva como importantíssimo instrumento disponível ao juízo de primeiro grau.

Em brevíssima síntese, lembre-se que a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos possui legitimados definidos em lei, cuja representatividade deve ocorrer ao longo

---

<sup>364</sup> Nesse sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ZANETI JR. Hermes. (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 546-547. Em sentido contrário: MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali.* Art. 7º. In: Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017, versão digital.

de todo o processo, durante o qual demandas individuais sobre o mesmo litígio permanecem suspensas, e cuja sentença produz coisa julgada *secundum eventum litis et utilibus*.

Na linha do que se tem defendido no presente trabalho, é instrumento de grande potencial de tratamento de demandas repetitivas. Por um lado, permite a ampla solução do litígio, já que beneficia sujeitos ausentes. Por outro, economiza recursos judiciários, pois permite resolver uma só vez questões que, de outra forma, poderiam ter de ser enfrentadas em diversas oportunidades, por diferentes órgãos jurisdicionais, com todos os ônus anteriormente já indicados.

Os requisitos para a propositura de uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos são a inviabilidade de resolução por litisconsórcio, a existência um vínculo mínimo de afinidade entre as questões e a utilidade da agregação para as partes e para o Poder Judiciário.

Quando for possível o litisconsórcio, as demandas repetitivas serão agregadas na forma prevista no art. 69, VI, do CPC/2015, pela determinação de centralização das demandas repetitivas. O assunto será abordado mais à frente.

Sobre o problema do vínculo de afinidade tratou-se no capítulo 2, especialmente no que tange ao conceito de demandas repetitivas para efeito do reconhecimento do microssistema de tratamento de processos repetitivos e do conseqüente tratamento adequado.

A questão a ser enfrentada neste ponto diz respeito a quais critérios se deve recorrer para verificar a superioridade da ação coletiva, não apenas em relação às ações individuais, mas também em relação ao IRDR.

Nos Estados Unidos a legislação estabeleceu quatro fatores cuja análise poderá auxiliar a resolução de questões práticas também no Brasil. São eles: o interesse dos membros da classe em litigarem separadamente; a extensão e a natureza do litígio; a conveniência de concentrar os processos em um único juízo; e as dificuldades de gerenciamento e impulso do processo<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> Federal Rules of Civil Procedure 23(b)(3)(B): “(b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if [Rule 23\(a\)](#) is satisfied and if: (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.

No que tange ao interesse dos membros em litigar individualmente, é preciso observar que este critério é importante no ordenamento norte-americano em razão do reconhecimento do direito à autoexclusão nas *class action for damages*<sup>366</sup>. Entretanto, demonstrou-se que o sistema brasileiro se tornou mais rígido nesse aspecto, afastando a possibilidade de *opt-out* nos institutos de agregação. Assim, a importância do presente critério é menor no Brasil do que nos Estados Unidos<sup>367</sup>.

De qualquer modo, há um ponto importante de convergência entre os ordenamentos norte-americano e brasileiro nas hipóteses em que o interesse individual não existe em razão do baixíssimo valor econômico da reparação a que cada sujeito individualmente faz jus<sup>368</sup>. Nessas hipóteses, mesmo diante da presumida ausência de interesse dos titulares, a necessidade de cessar o ilícito e de evitar o enriquecimento do litigante habitual evidenciam a adequação da tutela coletiva dos direitos individuais. A lógica, portanto, é que não haverá ações individuais sobre o tema.

Há, porém, casos de pequenos danos que são efetivamente discutidos em juízo. É o que ocorre quando determinada instituição financeira realiza cobranças judiciais e nelas inclui determinada tarifa cuja legalidade é impugnada nas contestações. Note-se que, nesta hipótese,

---

<sup>366</sup> Mesmo no sistema norte-americano, o sistema do *opt-out* não pode ser considerado absoluto: “Lembre-se que a notificação pode ser flexibilizada, sendo realizada por meios coletivos e não de forma individual. De igual modo, há sérias propostas no sentido de se exigir condições e justificativas para a realização do *opt-out*. Mas, mesmo que admitida a exclusão do indivíduo da ação coletiva, eventual demanda individual subsequente poderá ser novamente agregada por outra técnica processual, como ocorre na consolidação das demandas individuais, que não admite qualquer exclusão. Nota-se, portanto, que a técnica da autoexclusão não é absoluta”. CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, p. 390.

<sup>367</sup> Observe-se, porém, que mesmo naquele país o interesse é aferido objetivamente, desconsiderando-se o mero interesse estratégico na litigância individual: “Even if, for example, all five thousand class members in a particular suit preferred individual suits (itself an unlikely event), a court should not be obligated to allow them if the total benefits of class treatment outweigh the disadvantages. This factor also should not be read as protecting a defendant's "divide and conquer" strategy. Whatever the attractiveness to defendants of forcing individual suits by class members, a defendant has no entitlement to individual litigation”. SHERMAN, Edward F. Class actions and duplicative litigation. Indiana Journal. Vol. 62, 1987, p. 512. Essa observação é compatível com o que se tem afirmado neste trabalho. A existência de litígios seriais suscita um interesse público que reduz o âmbito da autonomia privada na definição do procedimento adequado.

<sup>368</sup> Não se pode deixar de mencionar a posição de Linda Mullenix, para a qual a *class action for damage* deveria ser extinta: “Many of the class action harms that have developed recently would be avoided with elimination of the damage class action from the rule. This is not far-fetched: the damage class action did not exist before 1966. Lacking the fee incentives provided by the damage class action, much of the current entrepreneurial class litigation that now infuses the legal landscape would disappear. Thus, a reformed class action practice might return the class action to its primary function in the 1960s: the injunctive relief class only. Reformers are invited to envision a legal landscape that dispenses with the damage class action but retains the injunctive relief class”. MULLENIX, Linda. Ending class actions as we know them: rethinking the american class action Emory Law Journal. Vol. 64, p. 440.

difícilmente haveria ações individuais para questionar especificamente essa cobrança, mas em sede de defesa a matéria é veiculada.

Ainda assim, a ação coletiva oferece vantagens. Isso porque, na hipótese sob exame, a questão é discutida apenas quando a instituição financeira propõe a demanda de cobrança. Desse modo, uma parcela muito significativa dos titulares do direito não estará em juízo e nem terá interesse de, posteriormente, propor demandas próprias para evitar a continuidade das cobranças e obter o ressarcimento dos valores indevidamente exigidos.

Para além disso, é muito provável que, afetado um caso individual para definição da questão de direito, houvesse pouco interesse no debate mais profundo pelo litigante eventual, já que o benefício pessoal decorrente de uma vitória na fixação da tese provavelmente não compensaria o empenho exigido para a defesa do interesse comum.

Perceba-se, então, que um dos critérios mencionados acima diz respeito à extensão do conflito e sua relação com parcela efetivamente judicializada, pois a ação coletiva objetiva, primeiramente, evitar que várias demandas sejam submetidas ao Poder Judiciário.

Além disso, nos Estados Unidos também se recomenda, apesar da dificuldade prática, uma prospecção da possibilidade de propositura de novas demandas<sup>369</sup>. Como mencionado anteriormente, quanto menor a parcela do conflito judicializada, maior é a efetividade da demanda coletiva para a resolução ampla do litígio.

Em certos casos, porém, mesmo havendo importante fração da litigância já pendente perante o Poder Judiciário, a ação coletiva poderá se revelar o instrumento de gestão mais adequado ao litígio. E, nesse aspecto, a espécie de provimento jurisdicional poderá oferecer especial contribuição.

Isso é particularmente relevante nos casos de tutela declaratória e constitutiva. Pense-se na hipótese de instituições financeiras encaminharem a milhares de pessoas cartões de crédito<sup>370</sup>. Na falta de recusa expressa do consumidor, a operadora do cartão encaminha aos consumidores faturas de anuidade. Neste caso, eventual discussão a respeito da validade da cláusula que exige a recusa expressa para cancelamento da oferta poderia ser objeto de IRDR, se preenchidos os demais requisitos. Porém, também aqui, o caso seria melhor solucionado por

---

<sup>369</sup> SHERMAN, Edward F. Class actions and duplicative litigation. *Indiana Journal*. Vol. 62, 1987, p. 514.

<sup>370</sup> Emissões de cartão de crédito de forma unilateral, com realização de cobranças indevidas, já foram uma prática bastante comum entre instituições financeiras. Ver, por exemplo, AgRg no AREsp 509.257/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 26/09/2014.

uma ação coletiva, dado o potencial de resolução integral do conflito, aproveitando todos os sujeitos ausentes.

O terceiro critério, relativo à concentração dos processos em um único juízo, diz respeito, especialmente, aos casos nos quais os processos repetitivos envolvem a produção de provas sobre a matéria comum. No direito norte-americano, a importância desse fator diz respeito à definição do local em que deverá tramitar a ação coletiva. No caso brasileiro, a matéria é regulada nos arts. 2º da LACP e 93 do CDC, os quais estabelecem como foro competente o do local do dano ou da capital do estado ou do DF, quando se tratar de danos regionais ou nacionais. Mas há a possibilidade de que a coletivização decorra agregação de processos individuais, quando, então, será necessário verificar as regras de prevenção<sup>371</sup>.

Finalmente, o último critério estabelecido pela Rule 23 é relativo às dificuldades de gerenciamento do processo. Neste ponto, todo o resto deverá ser considerado, como a dificuldade de identificação e notificação dos membros do grupo e, sobretudo, a capacidade de efetivamente evitar a multiplicação de demandas<sup>372</sup>. Note-se, porém, que o reconhecimento de dificuldades poderá justificar a limitação da coletivização e não simplesmente evitá-la. Desse modo, será possível determinar a subdivisão de um grupo para julgamento específico das questões peculiares, separar a aferição da responsabilidade e dos danos individuais, criar fórmulas para cálculo do dano ou estabelecer padrões de indenização mínima<sup>373</sup>.

Essas hipóteses são de enorme utilidade para o direito brasileiro, por se referirem às dificuldades normalmente impostas pela tutela condenatória. O que se tem defendido no presente trabalho é que a execução deve, sempre que possível, dispensar a atuação individual para satisfação do direito. Técnicas de liquidação e execução invertidas e provimentos mandamentais podem perfeitamente ser utilizadas em muitos casos, especialmente quando os elementos necessários à aferição do *quantum debitoris* estiverem na posse dos executados<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> Para minuciosa análise da questão da competência em ações coletivas, conferir: ARENHART, Sérgio Cruz. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 250-271.

<sup>372</sup> SHERMAN, Edward F. Class actions and duplicative litigation. Indiana Journal. Vol. 62, 1987, p. 516-517.

<sup>373</sup> Sherman esclarece: “A class action should not be found unmanageable without exploring the procedural devices available for bringing it in line. These include subclassing and trial of subclass issues separately, bifurcating liability and damages, using a fluid recovery, devising an objective formula for determining individual damages, issuing orders under Rule 23(d) to ‘prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument’, appointing a special master for difficult evidentiary matters, use of litigation committees or surrogates to receive claims and proof of eligibility for individual damages, and trying certain issues first in anticipation of futhering settlement”. SHERMAN, Edward F. Class actions and duplicative litigation. Indiana Journal. Vol. 62, 1987, p. 516-517.

<sup>374</sup> Como observam Aluisio Mendes, Gustavo Osna e Sérgio Arenhart: “Isso não quer dizer, de modo peremptório, o banimento das “sentenças genéricas”, mas, sim, a interpretação de que a solução duplamente ilíquida deve ter

O acompanhamento dos cálculos pode ser realizado por auxiliar do juízo indicado especialmente para essa finalidade, reservando-se o magistrado a resolução de questões incidentais ao cumprimento da sentença<sup>375</sup>.

Em determinados casos o valor devido poderá ser alcançado mediante simples aplicação de fórmula. Aqui, também se poderá dispensar a iniciativa particular, desde que os elementos necessários e suficientes à realização do pagamento estejam à disposição do devedor ou constem no próprio processo, como acima se realçou<sup>376</sup>.

No caso de uniformidade do dano, poderá ser viável estabelecer reparação mínima, para circunstâncias básicas apreciadas na ação coletiva. Caso haja alguma questão individual que transborde aquelas anteriormente analisadas, poderá a parte prejudicada propor ação individual para, demonstrando as peculiaridades de seu caso, postular majoração da reparação.

Perceba-se, então, que os critérios norte-americanos podem lançar luz sobre dúvidas de adequação que porventura surjam em relação a determinados conflitos.

De qualquer modo, é possível pensar em outras circunstâncias que podem robustecer, ainda mais, a definição do instrumento adequado.

Com efeito, a ação coletiva é mais vantajosa quando o caso diz respeito à hipótese em que a soma dos casos individuais evidencia a dimensão transindividual da questão. Imagine-se que uma determinada ação individual foi proposta alegando ter ocorrido “venda casada” por determinado fornecedor de serviços. Mas, logo depois, se tem conhecimento de outras demandas de mesmo teor. A soma desses eventos reforça, para cada um dos demandantes, a alegação do ato ilícito, ao mesmo em que pode indicar a prática de uma conduta abusiva no mercado de consumo<sup>377</sup>.

---

um caráter subsidiário, a ser utilizada apenas diante da total impossibilidade de outras técnicas e soluções práticas que viabilizem a tutela coletiva do início ao fim, como a possibilidade de liquidação/execução invertida, a fixação de danos materiais e/ou morais por amostragem ou por estimativa média etc. MENDES, Aluisio de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. Revista de Processo. Vol. 222. São Paulo: RT, 2013, p. 41-64.

<sup>375</sup> Outro exemplo interessante é dado por Gustavo Almeida: “(...) cite-se a hipótese de ação coletiva ajuizada contra cobrança abusiva de concessionária de distribuição de energia elétrica. Ao invés de simples condenação à devolução dos valores cobrados indevidamente, poder-se-ia determinar o seu desconto nas faturas vincendas”. ALMEIDA, Gustavo Milaré. Execução de interesses individuais homogêneos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

<sup>376</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ªed. São Paulo: RT 2014, p. 320-323.

<sup>377</sup> CASTELLO, Juliana Justo Botelho. Litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 343.

Nesse caso, mais uma vez, a ação coletiva é o melhor instrumento de agregação, dado o potencial de integral resolução da controvérsia, em decorrência dos amplos efeitos de eventual decisão que venha a reconhecer a prática do ato como padrão de atuação no mercado de consumo.

Outro aspecto de fundamental importância, que decorre da pretensão de resolução integral do litígio, diz respeito à grande aptidão das ações coletivas em evidenciarem a real dimensão do conflito, permitindo soluções que sejam adequadas ao problema considerado como um todo.

Essa observação é de grande relevância em um país que admite o controle judicial de políticas públicas. Isso porque a existência de várias demandas individuais muitas vezes impede o conhecimento da dimensão real do problema. Liminares são deferidas sem considerar o contexto geral no qual se inserem e, não raro, o processo judicial cria distorções indesejáveis<sup>378</sup>.

Imagine-se um caso no qual algum paciente grave em favor do qual tenha sido deferida uma liminar seja internado no lugar de um outro paciente também grave, já internado, em favor do qual não haja qualquer tutela jurisdicional de urgência. Muito embora no caso das internações a jurisprudência tenha evoluído para indicar a internação em hospitais públicos e, caso não haja vagas disponíveis, em instalações privadas, o exemplo revela como a falta de perspectiva global do problema muitas vezes impede que lhe seja dada solução adequada<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> Por isso, Sabrina de Carvalho defende que o controle da política pública deve ser preferencial não só em relação à tutela individual, mas também à tutela coletiva de direitos individuais, por considerar o controle da política como proteção de direito essencialmente coletivo: “(...) está na igualdade de ganhos e prejuízos, proporcionada pela tutela de direitos essencialmente coletivos, o atributo que coloca esta modalidade de direitos em preferência à tutela individual e à tutela coletiva de direitos individuais. Noutras palavras, o que se pretende afirmar é que a incidência do elemento objetivo das demandas que visam à proteção dos direitos sociais promove a isonomia entre os cidadãos, o que não se verifica quando a pretensão ganha contornos fragmentados e, portanto, se mostra circunscrita apenas ao autor da ação, no caso, a um cidadão apenas”. CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 154-155. Sem prejuízo das observações da autora, lembra-se que a posição adotada neste trabalho, conforme explicitado no capítulo 2, é que em certos casos a tutela da política pública corresponderá à proteção de direitos individuais homogêneos, dada a possibilidade de individualização das posições jurídicas existentes, inclusive com risco de divergências dentro da classe.

<sup>379</sup> Nesse sentido: “Os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito – que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual – nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos*

Um outro bastante emblemático diz respeito ao direito à vaga em creche. Imagine-se que, em determinado município, houvesse controvérsia a respeito da questão, sob o fundamento de que o Plano Nacional de Educação estabeleceu como meta a matrícula de apenas 50% das crianças de 0 a 3 anos<sup>380</sup>, não havendo, portanto, direito imediato à vaga para toda e qualquer criança nessa faixa etária. Imagine-se, ainda, que houvesse decisões divergentes no Tribunal, tornando admissível um IRDR.

Suponha-se que seja firmada a tese de que o direito à creche é imediatamente exigível. A partir da decisão, não apenas seria dever do Poder Judiciário conceder tutela de evidência em todos os feitos pendentes, como provavelmente milhares de ações individuais seriam propostas com a mesma finalidade em face de todos os municípios do respectivo estado. Só que, na prática, não haveria vagas disponíveis para todos e provavelmente também não haveria recursos para custear a matrícula em instituições privadas – às vezes, aliás, nem elas possuem vagas suficientes<sup>381</sup>.

Os processos que já teriam sido suspensos para julgamento do IRDR, com certeza não produziram o resultado prático previsto pelo incidente, já que fatalmente em uma situação como essa os entes públicos postulariam a suspensão de todas as decisões que aplicassem a tese, sob o fundamento de violação à ordem e à economia públicas.

Veja-se que, também aqui, a ação coletiva seria o instrumento mais adequado<sup>382</sup>. E não só por isso. No curso de um processo coletivo é possível que todos os interesses sejam devidamente debatidos, como seria o de professores e professoras no que tange ao número

---

estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.476.

<sup>380</sup> Trata-se da Lei nº 10.172/2001, no qual consta como objetivos e metas para a educação básica o seguinte: “1.3 Objetivos e Metas: 1. Ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos”.

<sup>381</sup> Em relação à litigância individual de acesso à creche, Susana Henriques observa que boa parte das crianças afetadas não recorrem ao Poder Judiciário. A parcela que propõe demandas individuais, em regra, obtém decisão favorável, porém em detrimento do planejamento e execução da política pública. COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et ali*. (Coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.462-464.

<sup>382</sup> Registre-se que a doutrina especializada tem defendido a existência de diferenças entre as ações coletivas e os processos estruturais. Neste trabalho, os processos estruturais são tratados como adaptações realizadas a partir do regime do processo coletivo, razão pela qual não serão aprofundadas as peculiaridades do tema. Para consultas específicas: CHAYES, Abram. The role of the judge in public litigation. *Harvard Review*. Vol. 89, 1976. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol 225. São Paulo: RT, 2013; VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. Vol. 284. São Paulo: RT, 2018.

máximo de crianças que podem estar sob a responsabilidade de cada profissional ou dos pais e mães que dependem do serviço para ir ao trabalho.

Acrescente-se que na ação coletiva será possível adotar medidas estruturantes, que viabilizam o acompanhamento da implementação da política e não necessariamente se restringem à simples procedência ou improcedência dos pedidos<sup>383</sup>.

Significa dizer que, de um modo geral, quando houver concorrência entre as pretensões, em razão da escassez do bem da vida pretendido, a técnica da ação coletiva provavelmente lidará melhor com a resolução do conflito, já que soluções partidas da simples fixação de uma tese, seguida da aplicação aos processos pendentes, e extensão facilitada aos processos futuros não será capaz de atender a todos com isonomia.

Note-se, então, que nas hipóteses de o resultado da questão discutida suscitar uma tutela de natureza declaratória ou constitutiva que beneficie o grupo, muito provavelmente a tutela coletiva será mais eficiente na resolução integral da controvérsia do que a instauração de IRDR.

Acrescente-se que, para circunstâncias em que o resultado prático pretendido envolva bem escasso em litígio complexo – vaga em creche, medicamento, internação em UTI e outros casos de controle de políticas pública –, a ação coletiva também se revela mais adequada, por viabilizar a discussão mais ampla da controvérsia e permitir soluções que não se restrinjam a sinais binários de procedência e improcedência dos pleitos individuais.

Além dos já indicados acima, três outros aspectos devem ser mencionados. O primeiro é que a ação coletiva, geralmente, costuma ser um instrumento menos custoso em relação às demais formas de resolução que apostam na litigância individual<sup>384</sup>.

O segundo é que as ações coletivas costumam ser precedidas de ampla coleta de dados e de pesquisas sobre aspectos econômicos, sociais e jurídicos da controvérsia. Quando há a ampliação do contraditório, este já se inicia em um nível que costuma ser bem mais aprofundado em relação ao das demandas individuais, voltadas à resolução de uma fração do litígio global e, portanto, com um recorte específico à dimensão do problema submetido ao Poder Judiciário.

---

<sup>383</sup> OSNA, Gustavo. Nem tudo, nem dada – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Jus Podivm, 2017, *passim*.

<sup>384</sup> Para interessante artigo comparando instrumentos de gestão de litigância de massa, conferir: ROSENBERG, David. *Avoiding Duplicative Litigation of similar claims: the superiority of class action vs. collateral estoppel vs. standard claims market*. Harvard Law School, nº 394, 2002.

Quer-se dizer com isso que mesmo a utilização dos mecanismos de participação é ainda mais aproveitada nas demandas que já nascem coletivas.

O terceiro diz respeito ao equilíbrio entre as partes. O litigante habitual possui uma série de vantagens em relação ao litigante eventual<sup>385</sup>. Além da disparidade econômica, que pode impor diferenças de qualidade da representação processual, há diferenças políticas e informacionais que podem influenciar a resolução do conflito<sup>386</sup>. Tais aspectos também se aplicam às causas que envolvem o Poder Público.

Observe-se de qualquer forma que, em relação ao IRDR, trata-se apenas de uma lógica inversa de replicação de demandas. Enquanto na ação coletiva o risco decorre do insucesso da via coletiva em favor dos representados, no IRDR é a própria fixação da tese em favor deles que projeta o aumento de demandas.

Insista-se, porém, no fato de que, neste trabalho, adota-se o entendimento de que eventual decisão contrária aos interesses do grupo terá, no mínimo, impactos muito relevantes nas ações individuais, tornando altamente improvável que um indivíduo obtenha decisão favorável nessa circunstância. Por isso, os benefícios fornecidos pela ação coletiva ainda recomendam a utilização do instrumento nos casos acima mencionados, em que há ampla vantagem em relação aos demais métodos disponíveis.

De qualquer modo, está-se longe de afirmar que a ação coletiva é o único instrumento de tutela de demandas repetitivas. É preciso analisar as demais opções estabelecidas pelo CPC/2015 e que também estão à disposição do juízo de primeiro grau.

## **4.2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**

---

<sup>385</sup> Refere-se aqui ao clássico trabalho de Marc Galanter, no qual se refere aos litigantes habituais (repeat players) e aos litigantes eventuais (one-shotters), atribuindo àqueles primeiros uma série de vantagens decorrentes da presença constante perante órgãos judiciários e do capital político e econômico acumulado. O autor menciona fatores como: a) aproveitar os benefícios da economia de escala, diminuindo o custo de cada litígio individual; b) estabelecer relações informais com as instituições do sistema de justiça; c) adotar estratégias para minimizar o risco de perda máxima; d) utilizar estratégias de lobby para obter regras que lhes sejam mais favoráveis; e) possuir melhores condições de diferenciar perdas reais e perdas simbólicas, concentrando as estratégias, estabelecendo um equilíbrio que lhe seja favorável. GALANTER, Marc. Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Vol. 9, 1974, p. 165-230.

<sup>386</sup> Nesse sentido: “Entendamos, aqui, que as discussões relativas a direitos individuais homogêneos travar-se-ão, quase sempre, com instituições de grande porte. Não outra é a razão pela qual seus atos repercutem na esfera de um número indeterminado de pessoas de molde a caracterizar a homogeneidade dos direitos”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. *In: ZANETI JR., Hermes. (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 630.*

Como já visto, o incidente se destina a resolver apenas uma vez determinada questão que se repete em vários processos, viabilizando a utilização proporcional dos recursos disponíveis ao exercício da jurisdição e garantindo a prevalência do tratamento isonômico dos sujeitos envolvidos nas relações jurídicas repetitivas<sup>387</sup>.

O IRDR possui menor capacidade de resolução integral do conflito, já que a universalização prática do resultado poderá depender do ajuizamento de diversas ações judiciais, circunstância que também multiplica o esforço jurisdicional em diversos juízos. Por isso, seu uso prioritário deverá ocorrer nos casos em que a demanda individual for naturalmente necessária.

Muito embora o IRDR seja procedimento que se desenvolve perante órgão do Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil estabelece expressamente a possibilidade de o juiz de primeiro grau provocar, através de ofício, a instauração desse incidente, razão pela qual entendemos que ele também se inclui entre as ferramentas de gestão disponíveis aos juízos singulares<sup>388</sup>.

Essa constatação está de acordo com a premissa segundo a qual é necessário que o ato seja resultado de uma avaliação relativa aos custos e benefícios deste instrumento, inclusive em comparação a outros mecanismos de tratamento de casos repetitivos existentes no ordenamento jurídico.

Apesar das muitas divergências que envolvem a aplicação do instituto, é possível afirmar que se trata de mecanismo destinado a enfrentar a litigância de massa já instalada e sobre a qual exista divergências interpretativas entre órgãos do mesmo tribunal<sup>389</sup>. Portanto,

---

<sup>387</sup> No direito comparado existem institutos muito semelhantes ao IRDR brasileiro. Em Portugal, destaca-se o instituto da “seleção de processos com andamento prioritário”, aplicável ao contencioso administrativo. Trata-se do art. 48, n.º 1, da Lei n.º 15/2002: “Quando, num mesmo tribunal, sejam intentados mais de dez processos que, embora referidos a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam suscetíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a situações de facto do mesmo tipo, o presidente do tribunal deve determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento apenas a um deles e se suspenda a tramitação dos demais”. Na Inglaterra, o *group litigation order* também é instrumento de resolução conjunta de casos em que se tenha questão comum de fato ou de direito, não se restringindo a processos idênticos, mas sendo ferramenta bastante útil nesses casos (19.10 das Civil Procedure Rules). Na Alemanha, o *Musterverfahren* é o procedimento com maiores semelhanças em relação ao instrumento brasileiro. Em todos os casos do direito comparado, é possível resolver também questões de fato através desses mecanismos, em importantíssima distinção no que tange ao procedimento brasileiro. Para excelente descrição das ferramentas inglesa e alemã, cf. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: RT, 2016.

<sup>388</sup> Trata-se de do art. 997, I, do CPC/2015. Os demais legitimados são as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

<sup>389</sup> Já defendemos em outro trabalho que a mera divergência entre decisões de juízos de primeiro grau e aquelas proferidas pelo tribunal deve ser resolvida pelo sistema recursal. O IRDR será cabível quando órgãos do próprio

diferentemente da ação coletiva, não foi atribuída ao IRDR função preventiva<sup>390</sup> e nem há ali a pretensão de resolver o litígio da forma mais ampla possível. O que se pretende é tão somente resolver uma questão de direito que seja comum a vários processos repetitivos. Lembre-se que isso não significa operar uma cisão absoluta entre fato e direito, mas tão somente considerar que a matéria fática deve ser incontroversa no recurso, reexame necessário ou processo selecionado para julgamento<sup>391</sup>.

Como já demonstrado, esse aspecto do incidente possui íntima relação com a discussão já apresentada a respeito do conceito das demandas repetitivas, entendido como constituinte de um microsistema de gestão. É que a convicção de não ser possível desvincular os fatos do direito nos conduz a uma visão mais restritiva no que tange à possibilidade de abstrativização do incidente. Entendemos, nessa linha, que o afastamento entre o contexto fático em que se deu o debate e o extrato da decisão da questão envolvida aumenta o risco de hiperintegração da vinculação, consistente na equivocada abrangência de casos cuja solução deveria ser diferente daquela resolvida no julgamento repetitivo.

O IRDR se aplica aos casos idênticos independentemente do resultado. Ou seja, é possível que pessoas formalmente excluídas do incidente suportem efeitos de uma decisão que lhes seja desfavorável. E isso vale tanto para o polo ativo, quanto para o polo passivo. Desse modo, a representação dos interesses em disputa ocorre onde houver sujeitos ausentes, sejam eles demandantes ou demandados<sup>392</sup>.

---

tribunal divergirem sobre a questão de direito envolvida. SILVA, Ricardo Menezes da. Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.) O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2017, p. 719.

<sup>390</sup> Nesse sentido: “Como se vê, o IRDR proposto pelo anteprojeto da comissão de juristas e pelo projeto de lei aprovado pelo Senado Federal possuía caráter *preventivo*. Isto é, antes mesmo do efetivo ajuizamento massificado de demandas repetitivas, o juiz ou relator, verificando a potencialidade de a controvérsia gerar relevante multiplicação de processos, deveria suscitar a instauração do IRDR”. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016. p. 210. Contudo, sabe-se que o caráter preventivo não prevaleceu no texto final do Código de Processo Civil.

<sup>391</sup> Nesse sentido: “(...) seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o *fenômeno direito* ocorre, efetivamente, no momento da incidência da norma, no mundo real, no universo empírico”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre Questão de Fato e Questão de Direito para fins de cabimento de Recurso Especial. Revista de Processo. Vol. 92. São Paulo: RT, 1998, p. 52-70.

<sup>392</sup> É a posição de Luiz Guilherme Marinoni: “(...) quando a instauração do incidente é requerida a partir a partir de demanda em que é autor um dos litigantes lesados, também pode surgir a necessidade de representação adequada no polo passivo. Na verdade, tendo em vista o significativo menor número de litigantes que pode se encontrar no polo passivo de tais demandas, na maioria dos casos bastará ao relator do incidente determinar a citação de todos aqueles que estão presentes no polo passivo das demandas repetitivas, tornando-se desnecessário pensar num representante adequado. Contudo, tendo em vista a facilidade de organização – inclusive de contratação de advogados e assistentes técnicos e delineamento de estratégias comuns – inerente a empresas pertencentes a um mesmo setor, certamente todas podem dialogar para eleger uma como representante adequado. Também será fácil às empresas indicarem um ente que as represente adequadamente. Não obstante, nada impede

A admissão do IRDR determina a suspensão dos processos repetitivos pendentes no âmbito da competência do respectivo tribunal. Como dito, ao contrário do que ocorre nas ações coletivas, o incidente produz seus melhores resultados quando as pessoas se apresentam em juízo. Desse modo, não é interrompida a prescrição com a simples admissão do incidente<sup>393</sup>, cabendo aos interessados a propositura das demandas, cujos processos permanecerão suspensos até a fixação da tese, ressalvados as medidas urgentes, que serão decididas pelos juízos nos quais tramitam as demandas individuais.

Os interesses envolvidos no IRDR são primariamente representados pelas partes dos recursos, processos originários ou reexames necessários selecionados. Por isso, a identificação das causas representativas de determinada controvérsia deve considerar aspectos objetivos e subjetivos<sup>394</sup>. Na linha do que se discutiu anteriormente, o simples fato de que manifestações em processos individuais sejam amostras da controvérsia, tal como apresentada em outras demandas individuais, não implica a desnecessidade de que a atuação no curso do incidente seja adequada<sup>395</sup>. Ou seja, a escolha dos processos apenas aumenta as chances de que o resultado global da defesa de um determinado interesse seja compatível com a vinculação dos ausentes.

Note-se que, justamente em razão da ampliação do escopo – que não considerará apenas o caso individual –, faculta-se nova manifestação das partes cujos processo tenham sido afetados ao IRDR, às quais se somarão a dos eventuais interessados, além de pessoas, órgãos e entidades que possam contribuir com a melhor solução da questão.

Conforme tem ressaltado a doutrina, a participação daqueles que se encontram em situação idêntica a uma das partes cujo processo tenha sido afetado para o IRDR está

---

que que o relator indique um ente dotado de representatividade para exercer a defesa dos litigantes excluídos, deixando a estes a possibilidade de impugnar justificadamente a nomeação. Pense-se, por exemplo, na Febraban diante de incidente envolvendo vários bancos ou em outros entes dotados de plena capacidade de representação. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 83. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, p. 240.

<sup>393</sup> Nessa linha: “O §5º do art. 990 do projeto originário do novo CPC prescrevia que admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, suspender-se-ia a prescrição das pretensões nos casos em que se repetisse a questão de direito. (...) Porém, esse dispositivo não foi adotado pelo novo CPC, o que significa dizer que os demais sujeitos de direito deverão ingressar com suas demandas individuais, a fim de que haja efetiva interrupção da prescrição, não obstante o seu processo ficará suspenso enquanto não julgado o incidente de resolução de demandas repetitivas”. SOUZA, Artur César de. Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: Almedina, 2015, p.156.

<sup>394</sup> Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. vol. 231. São Paulo: RT, 2014, p. 201-223.

<sup>395</sup> Para uma crítica contundente sobre a pouca importância conferida pelo legislador à representação adequada, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 37-43. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 372-385.

condicionada à demonstração de efetiva contribuição para o debate<sup>396</sup>, na linha do que já se afirmou neste trabalho a respeito da perspectiva instrumental dos institutos processuais.

Do mesmo modo, a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas abrem o debate jurisdicional para a sociedade. O órgão judicial deve priorizar a utilização desses instrumentos, assumindo a postura ativa de determinar a expedição de ofício aos órgãos e entidades que eventualmente sejam especializados na matéria – como são os núcleos temáticos da Defensoria Pública<sup>397</sup>, do Ministério Público e da OAB – além da convocação de pessoas com notório conhecimento sobre o tema, para que contribuam com o debate<sup>398</sup>.

O procedimento de contraditório ampliado é o fundamento de legitimidade da extensão da decisão aos demais processos<sup>399</sup> e a profundidade do contraditório é absolutamente fundamental para a estabilidade da decisão. Por isso, na linha do que já restou defendido anteriormente, o órgão jurisdicional competente deve estar atento à adequada representação dos interesses envolvidos, entendida como resultado global do procedimento e da conduta dos sujeitos participantes.

Julgado o incidente, o padrão decisório será projetado sobre os casos idênticos.

Há, porém, uma diferença de vinculação entre os que possuem ações pendentes e aqueles que ainda não propuseram as demandas individuais.

---

<sup>396</sup> Nesse sentido: “(...) essa intervenção só será admitida quando for capaz de verdadeiramente ampliar o debate, trazendo novos argumentos para apreciação do tribunal que julgará o incidente de resolução de demandas repetitivas e fixará o padrão vinculante. É que a participação dos interessados deve ser elemento capaz de contribuir para uma deliberação panorâmica acerca da questão objeto da decisão, a fim de permitir a prolação da melhor decisão possível sobre o tema”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, p. 244.

<sup>397</sup> Nesse sentido: “A especialização dos núcleos tem por objetivo garantir o aprofundamento nas questões atinentes a cada uma das matérias, com a conseqüente atuação mais efetiva e pontual em casos de violação a direitos, inclusive com a possibilidade de adoção de medidas coletivas, evidenciando o preenchimento do requisito da representatividade adequada, de que se tratará na sequência. Essa atuação abrange toda a categoria titular de determinado direito que, sob o aspecto de sua violação, é considerada vulnerável. Pense-se nos casos de violação a direitos à saúde, ou mesmo nas relações de consumo de um modo geral. Não há como separar a atuação da Defensoria Pública para que determinados titulares dos direitos recebam a tutela e outros não”. LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos da esfera individual. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 165. Observe-se que a autora, no caso, tratava da coletivização da prova e entende que, naquele caso, a representatividade adequada da coletivização deve ser dos próprios sujeitos legitimados à propositura da ação civil pública.

<sup>398</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, é possível que os legitimados coletivos atuem no processo diretamente como representantes adequados dos ausentes e não apenas na qualidade de *amici curiae*. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 80-81.

<sup>399</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, p. 239 e ss.

É o que se extrai do art. 985 do CPC, quando admite a revisão do IRDR apenas no curso de processos futuros<sup>400</sup>. Significa dizer que não se admite a rediscussão da decisão do incidente em relação aos processos pendentes. Já em relação aos feitos posteriores, será possível buscar a superação do entendimento, porém à luz do próprio debate realizado no IRDR, que não poderá ser desconsiderado<sup>401</sup>.

Nesse sentido, parte da doutrina tem reconhecido uma espécie de *opt-in*, manifestado pela propositura da demanda após a admissão do incidente<sup>402</sup>. De fato, a parte, voluntariamente, se sujeita a regime mais restrito de vinculação, perdendo a possibilidade de afastar a incidência da tese, na forma dos arts. 985 e 986 do CPC/2015.

Lembre-se, contudo, que a manifestação de vontade pode não ser tão livre quanto inicialmente se possa imaginar, já que a admissão do incidente não interrompe ou suspende a fluência de prazos prescricionais ou decadenciais. De qualquer modo, sistematicamente, estimula-se à adesão como forma de ampliar o campo de incidência da vinculação mais rígida da decisão do incidente.

De qualquer modo, a diferença de eficácia que aqui se sustenta deve ser bem compreendida. Como se tem sustentado no presente trabalho, a peculiaridade das demandas repetitivas diz respeito à identidade fática e contextual das diversas relações jurídicas estabelecidas com um mesmo sujeito. Desse modo, a possibilidade de revisão da decisão do incidente depende da alteração dessas condições ou do estado de direito da questão, sob pena de violação da isonomia e da segurança jurídica<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Art. 985. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1464-1465.

<sup>401</sup> Gustavo Alves identifica duas eficácias vinculativas distintas, decorrentes da decisão do IRDR: a eficácia vinculativa da tese jurídica (art. 985, I, do CPC) e a eficácia vinculativa do precedente judicial (art. 985, II, do CPC). No primeiro caso, “o juiz aplicará a tese jurídica como premissa de julgamento para a resolução da questão de direito, não podendo reabrir o contraditório amplo e efetivo, pois os fundamentos já foram exaustivamente debatidos e examinados”. ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 185. Já no segundo caso, a aplicação como precedente dependeria do reconhecimento das exigências formais e materiais para que uma decisão produza eficácia vinculativa, ou seja, além da previsão formal no rol do art. 927 do CPC, seria necessário “acréscimo de conteúdo interpretativo relevante ao ordenamento; identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*); convergência do órgão colegiado quanto aos fundamentos determinantes”. ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 225. Acreditamos, porém, que o padrão decisório fixado deve ser aplicado aos casos futuros, a menos que seja superado, prevalecendo, como regra, o imperativo de tratamento isonômico aos casos pendentes e futuros. A rigor, o que se pretende é evitar a busca pela estabilidade não se torne uma causa de perene imutabilidade. Considerando não haver qualquer distinção de eficácia entre a aplicação da decisão do IRDR a casos pendentes e futuros: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 220.

<sup>402</sup> CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 129.

<sup>403</sup> No mesmo sentido parece ser a posição de Sérgio Arenhart e Paula Pessoa: ““a revisão da decisão tomada no incidente discutido não pode ocorrer apenas porque o tribunal mudou de opinião a respeito da questão. Como adverte explicitamente o art. 927, § 4º, do CPC, essa revisão necessariamente deve estar alinhada à necessidade de

Essa discussão é especialmente relevante quando se trata de saber se é possível discutir argumento novo sobre a mesma questão, não debatido durante o procedimento do IRDR.

Considerando que a ideia de representação defendida neste trabalho argumenta em favor da tutela de interesses – e não de pessoas – já foi observado que não apenas os processos pendentes, mas também os processos futuros são afetados pela decisão do incidente. Desse modo, a discussão deve ocorrer sob a ótica da ocorrência ou não da representação adequada. Na primeira hipótese, simplesmente não será possível rediscutir a questão, ainda que sob o fundamento de haver argumento não debatido. Na segunda hipótese, será possível reabrir a discussão da questão e, a partir de tal abertura, suscitar argumento novo ou, até mesmo, rediscutir os argumentos já debatidos<sup>404</sup>.

Conclusão contrária poderia dar azo à seguinte situação: determinado sujeito, percebendo, em razão da composição do órgão competente para o IRDR, a probabilidade de derrota no incidente, suscita apenas parte dos argumentos disponíveis para o debate amplo da matéria. Ao final, efetivamente o resultado lhe é desfavorável. Contudo, pouco tempo depois, percebendo a alteração da composição do órgão competente para o IRDR, a parte suscita os argumentos não debatidos, postulando a revisão do incidente.

Lembre-se que esse raciocínio, embora se aplique com nitidez ao sujeito repetitivo, também vale para os sujeitos não repetitivos, já que se parte da premissa de que seus interesses foram tão bem representados quanto os da parte contrária.

---

preservação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Se é assim, cabe a pergunta: pode o tribunal revisar a tese firmada apenas com base de outra reflexão sobre o tema? Pode haver revisão da tese *sem que tenha ocorrido a modificação das circunstâncias – jurídicas – existentes ao tempo da decisão*? Pode subsidiar outra decisão (diferente) sobre o tema a apresentação de argumento diverso, não oferecido anteriormente? Parece evidente que não. Haveria aí nítida violação ao princípio da isonomia! O instrumento incorreria em clara contradição, na medida em que uma ferramenta criada para oferecer isonomia admitiria, sem maiores cautelas, exatamente a violação desse princípio, ao impor decisões diferentes a situações idênticas, apenas porque proferidas em momentos diversos. É indubitável que o tribunal não tem autorização para alterar a conclusão oferecida no incidente de julgamento de casos repetitivos, *a menos que tenha ocorrido substancial modificação do estado de direito da questão*". ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. (Org.). Precedentes judiciais: diálogos transnacionais. 1ª ed. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018, p. 169-204.

<sup>404</sup> Essa é a conclusão de Owen Fiss: "The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding. This means that finality can be conferred on a structural decree if, but only if, all the interests are adequately represented in the proceeding. If any interest is not adequately represented, then the decree remains vulnerable to a new challenge; if, however, that interest was fully represented in the proceeding that led to the entry of the decree, then the court could summarily dismiss the new challenge on the ground that it was already adjudicated-even though the challenger had not participated in the initial suit". FISS, Owen. The Allure of individualism. Iowa Law Review. nº 78, 1993, p. 971

Desse modo, o simples fato de um determinado argumento não ter sido discutido no incidente não implica, necessariamente, a conclusão de que houve representação inadequada, razão pela qual a ausência de vinculação dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto<sup>405</sup>.

Vários são os dispositivos destinados à adequada gestão de processos individuais relativos aos casos nos quais se tenha uma tese vinculante já estabelecida. Em regra, se destinam à aceleração e simplificação da tutela jurisdicional.

Uma das técnicas é a inversão do ônus do tempo do processo, para que seja suportado pela parte que muito provavelmente não tem razão quanto ao mérito da causa<sup>406</sup>. Perceba-se que o legislador, cuidadosamente, reconhece a possibilidade de haver alguma peculiaridade que justifique solução diferente daquela fixada no incidente. Porém, até que isso seja demonstrado, é assegurado ao autor a fruição efetiva do bem jurídico, através da concessão de tutela da evidência<sup>407</sup>.

No caso inverso, ou seja, de a demanda ser proposta em manifesta contrariedade com a tese fixada no incidente, o ônus argumentativo para afastar a incidência do padrão decisório deve ser exercido logo na petição inicial. Desse modo, na hipótese de ser realizada a distinção ou de serem apresentados argumentos novos, a relação jurídica processual deve ser angularizada<sup>408</sup>. Do contrário, será proferida sentença de improcedência liminar.

Outro mecanismo de aceleração importante é a dispensa de reexame necessário, quando a sentença aplicar o padrão decisório<sup>409</sup>. Com efeito, nessas hipóteses, haverá presunção de que o órgão de primeiro grau já analisou a circunstância de haver ou não peculiaridade apta a ensejar

---

<sup>405</sup> Isso não impede, evidentemente, a demonstração de que o caso comporta peculiaridades fáticas que afastam a conclusão do incidente, como se demonstrou no Capítulo 2.

<sup>406</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2017, p. 276-279.

<sup>407</sup> Tratando-se de tutela concedida com base em cognição sumária, Bruno Bodart defende que sequer é necessário o trânsito em julgado da decisão paradigma: “Parte da doutrina entende ser necessário o trânsito em julgado da decisão paradigma a fim de que possa ser invocada como fundamento para a tutela de evidência indicada no art. 311, II, do CPC/2015. No entanto, essa exigência não encontra previsão legal, estabelecendo a lei, como pressuposto para o provimento liminar, apenas que a tese tenha sido firmada em julgamento de casos repetitivos, sem qualquer menção ao trânsito em julgado. Não se afigura razoável, por exemplo, impedir que seja invocada para dar lastro à tutela da evidência decisão do plenário Supremo Tribunal Federal, adotada sob a sistemática dos arts. 1036 e ss. do CPC/2015, tão somente porque pendem de análise embargos de declaração opostos em face do acórdão prolatado”. BODART, Bruno V. da Rós. Tutela de evidência. São Paulo: RT, 2015, p. 124.

<sup>408</sup> FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. Art. 332. In: STRECK, Lenio Luiz; et ali. (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. STRECK, Lenio Luiz; et ali. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 481.

<sup>409</sup> Trata-se do art. 496, §4º, III, do CPC/2015.

o afastamento da tese. Isso, evidentemente, não afasta a possibilidade de interposição de recurso próprio, contra o qual também se admite decisão monocrática do relator<sup>410</sup>.

Além de acelerar, o legislador também facilita a tutela, quando, por exemplo, dispensa a prestação de caução para casos nos quais o requerimento se fundamente em tese vinculante<sup>411</sup>.

De tudo o que foi dito é fácil perceber que o IRDR será adequado para os casos nos quais haja a necessidade de que ações individuais sejam propostas. Isso pode ocorrer em duas circunstâncias relativas a demandas repetitivas. A primeira é quando não couber ou não for proposta a ação coletiva e a segunda é quando, ainda que abstratamente seja cabível, a demanda coletiva não demonstre superioridade em relação ao incidente.

Nesse sentido, várias são as hipóteses nas quais não se admitirá a ação coletiva, restando a via do IRDR para solucionar os casos repetitivos. Já se mencionou as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Estão ali matérias com grande potencial de produzir litigância de massa, prevalecendo na jurisprudência a validade da restrição operada pelo legislador.

Se, portanto, muitas forem as ações distribuídas, suscitando divergências sobre questões de direito entre órgãos de segundo grau, caberá ao juízo de primeiro grau provocar a instauração do IRDR pelo respectivo tribunal, de modo a suspender os feitos pendentes e, posteriormente, viabilizar a aplicação das técnicas de aceleração e simplificação da tutela jurisdicional.

A segunda hipótese é aquela na qual, embora o órgão de primeiro grau tenha considerado mais adequada a propositura da ação coletiva e oficiado os legitimados, a demanda não seja ajuizada.

Perceba-se, então, que há uma limitação importante ao juízo de primeiro grau em relação às ações coletivas. O Poder Judiciário é inerte e não pode obrigar nenhum dos legitimados a concretamente propor a demanda coletiva. Desse modo, é bem possível que o órgão jurisdicional pratique todos os atos necessários à divulgação do caso e, ainda assim, os legitimados não ajuízem a ação.

Como visto, aliás, várias razões concorrem para que o sistema não consiga dar conta de todas as questões que poderiam ser adequadamente tratadas pela ação coletiva, dentre as quais

---

<sup>410</sup> Veja-se o art. 932, IV e IV, do CPC/2015.

<sup>411</sup> Confira-se o art. 521, IV, do CPC/2015.

se destaca a pequena quantidade de efetivos proponentes, agravada pela estrutura insuficiente para atender a todas as necessidades de coletivização.

Nesses casos, a possibilidade de o IRDR ser instaurado de ofício garante uma importante função subsidiária desse instrumento em relação à ação coletiva<sup>412</sup>.

Os casos que exigem maior avaliação são, contudo, aqueles nos quais a prestação da tutela jurisdicional envolve muitas questões individuais. Isso porque, nessas circunstâncias, se a questão comum for unicamente de direito, será preciso algum esforço para identificar qual o nível de participação pessoal que se exigirá para satisfação da pretensão cuja procedência eventualmente venha a ser reconhecida.

Um elemento já mencionado anteriormente diz respeito ao conhecimento da informação exigida para satisfação do direito. Conforme mencionado no tópico anterior, caso os elementos estejam na posse do próprio demandado, muito provavelmente será possível dispensar as ações individuais, aplicando técnicas mandamentais para o cumprimento da sentença. O mesmo se diga em relação às hipóteses de uniformidade do dano e de possibilidade de fixação de reparação mínima.

Por outro lado, nas hipóteses em que muitas questões pessoais devem ser resolvidas e, ainda, que boa parte do conflito já tenha sido submetida à apreciação do Poder Judiciário, a instauração do IRDR pode se revelar instrumento adequado para o tratamento do litígio.

Nessas condições, a técnica que a ação coletiva oferece é a da condenação genérica, com cisão entre o reconhecimento da reponsabilidade e a reparação dos danos individuais. Contudo, as demandas dos sujeitos lesados muito se assemelham ao processo de conhecimento, havendo, de fato, pouca economia de tempo e de recursos, sobretudo se a questão comum a ser resolvida é exclusivamente de direito.

Se, além disso, uma parcela significativa do conflito já está judicializada, significa que a decisão do IRDR terá potencial para resolver amplamente o conflito, sem que se cogite da questão do aumento significativo de processos posterior ao julgamento do incidente.

Interessante exemplo é trabalho por Marcelo Abelha Rodrigues. Em 2015, na cidade de Mariana-MG, o rompimento da barragem sob responsabilidade da mineradora Samarco

---

<sup>412</sup> Apenas se deve observar, evidentemente, que será possível caber a ação coletiva, sem que haja possibilidade de instauração do IRDR – porque, por exemplo, existe questão de fato envolvida ou não há divergência sobre a matéria no Tribunal. Para esses casos, porém, não há opção de agregação no sistema brasileiro e as demandas serão tratadas individualmente.

provocou uma enxurrada de lama que gerou graves impactos ao meio ambiente, provocou 19 mortes, deixou várias pessoas desabrigadas e muitas outras sem acesso à água potável, inclusive em outros entes federativos.

Foi o caso dos moradores da cidade de Colatina, no Espírito Santo. Mais de 25 mil ações foram propostas, postulando a condenação da Samarco ao pagamento de reparação por danos morais pela privação da água e por diversas condutas daquela pessoa jurídica no processo de resolução do problema. Naquele caso, foi instaurado IRDR destinado a estabelecer parâmetros de fixação da reparação pelos danos morais suportados pelos moradores, cuja aplicação dependerá, evidentemente, da prova e das condições pessoais a serem aferidas em cada processo<sup>413</sup>.

Por mais que se pudesse admitir o trato da questão indenizatória através da ação coletiva, dificilmente seria possível dispensar ações individuais posteriores. Em um contexto no qual tais demandas já tenham sido propostas e a questão comum seja, efetivamente, apenas a definição de padrões para a observância do princípio da isonomia na fixação das indenizações, o IRDR parece efetivamente tratar do litígio de forma satisfatória.

É possível pensar na combinação entre as técnicas do IRDR e da ação coletiva. Isso será particularmente útil quando se tratar de relações seriais muito numerosas, nas quais, embora haja muitos processos em curso, também existam muitas relações ainda não submetidas ao Poder Judiciário.

Caso essas ações numerosas estejam ainda em fase inicial de tramitação, é possível que, atendidos os aspectos indicados no tópico anterior, a ação coletiva seja a via mais adequada. Entretanto, na hipótese de vários processos já terem sido sentenciados e tramitarem no respectivo Tribunal, pode ser mais útil primeiro realizar o IRDR, resolvendo a questão para todos os casos pendentes e, caso favorável a tese, intimar os legitimados para que proponham a ação coletiva, na qual o resultado do incidente será necessariamente observado.

Registre-se que, nessa hipótese, a propositura da ação coletiva não suspenderá os casos individuais, sejam eles anteriores ou posteriores ao IRDR. Na primeira hipótese, serão encaminhados a julgamento, na forma prevista pelo art. 985, I, do CPC. No segundo caso, serão processados segundo as diversas disposições do diploma processual, destinadas a facilitar e acelerar a tutela jurisdicional, conforme se comentou anteriormente.

---

<sup>413</sup> RODRIGUES, Marcelo Abella. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 175.

A ação coletiva servirá tão somente para a tutela dos sujeitos ausentes, funcionando como mecanismo de ampliação do acesso à justiça, complementar às demandas individuais.

Isso, na prática, é uma extensão do argumento relativo ao caráter subsidiário do IRDR, ao qual já se fez alusão. De fato, quanto maior a demora para propositura da ação coletiva, maior a chance de o incidente se tornar instrumento adequado à gestão das situações repetitivas.

Lembre-se que o CPC/2015 também prevê outros mecanismos de extensão do resultado às relações jurídicas repetitivas não pendentes de julgamento no Poder Judiciário. Com efeito, o art. 985, §2º, do diploma processual determina que, se o objeto do incidente for questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, deve-se comunicar o resultado do julgamento ao órgão, ente ou agência reguladora responsável pela fiscalização da atividade<sup>414</sup>. É o caso, por exemplo, de instituições financeiras, de serviços de telefonia, energia elétrica, água e saneamento básico.

Registre-se, porém, que o dispositivo deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Significa que a comunicação não deve estar limitada aos casos relativos a serviços que demandam algum tipo de manifestação estatal para que possam se desenvolver.

Por exemplo, nada impede que, diante de violações a direitos do consumidor, seja o Procon oficiado para que fiscalize a conduta do fornecedor do produto ou serviço, aplicando multas administrativas em caso de conduta posterior contrária à tese fixada no incidente. Trata-se aqui de importante mecanismo de universalização do resultado, evitando que casos futuros tenham de ser resolvidos judicialmente, ainda que mediante aplicação dos mecanismos legais de aceleração e facilitação da tutela jurisdicional.

Outra consequência importante diz respeito à correção da atuação do Poder Público. Decidido o IRDR e fixada tese contrária aos entes da Administração Pública direta ou indireta, a conduta posterior deve se ajustar à decisão judicial vinculante<sup>415</sup>. Do mesmo modo, a revisão dos atos já praticados deverá ocorrer *ex officio*, dado o dever de observância do princípio da

---

<sup>414</sup> Nesse sentido, observa Antonio Cabral: “Trata-se de regra muito importante, até porque muitas questões repetitivas dizem respeito à prestação de serviços públicos por empresas concessionárias ou permissionárias, fiscalizados por órgãos governamentais ou agências reguladoras, por exemplo, referentes a contratos bancários, de seguros, telefonia, energia elétrica etc. A comunicação do resultado do julgamento a estes órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta da decisão do IRDR, mas também estimular, se for o caso, mudança nas rotinas de fiscalização ou nas normas administrativas editadas pelo regulador”. CABRAL, Antonio do Passo. Art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.466.

<sup>415</sup> Nos referimos aqui ao resultado final do incidente e não, evidentemente, às hipóteses nas quais a tese ainda está pendente de recurso.

legalidade e também da exigência de autotutela administrativa nas hipóteses de verificação de atos nulos.

Observe-se que, embora os atos administrativos gozem de presunção de legalidade e legitimidade, não é possível admitir tais atributos nos casos em que já tenha havido IRDR fixando tese em sentido contrário àquela interpretação inicialmente realizada pela Administração Pública<sup>416</sup>. O dever que se tem nesses casos é exatamente o mesmo que o administrado teria na hipótese de ter sido o IRDR resolvido em favor do Poder Público: um dever de consideração da decisão e de distinção para justificar o afastamento da tese.

Assim, não é exigível que a universalização do resultado nos casos de relações de direito público ocorra pela via judicial, sendo certo que a recusa do administrador em viabilizar o acesso à justiça após a definição da questão de direito envolvida pode perfeitamente resultar em ato de improbidade administrativa.

### **4.3. Centralização de Processos Repetitivos**

Conforme já se mencionou, o CPC/2015 busca evitar que a mesma questão, cuja repetição ocorra em vários processos, seja decidida inúmeras vezes e por juízos diversos. A técnica processual utilizada para atingir esse objetivo é a agregação, a partir da qual são evitados desperdícios de recursos judiciários e decisões conflitantes.

---

<sup>416</sup> Nesse sentido: “com efeito, é inerente ao sistema dos precedentes a busca pela coerência na aplicação do direito pelo Poder Judiciário, com a vinculação dos tribunais e dos juízes aos precedentes dos tribunais superiores. Não obstante isso, é possível extrair da interpretação sistemática do ordenamento jurídico a necessidade de submissão dos demais Poderes aos precedentes judiciais vinculantes. A partir da adoção dos precedentes vinculantes pelo CPC/2015, as Administrações Públicas federal, estadual, distrital e municipal, notadamente por meio de suas procuradorias e seus órgãos internos de controle, devem adotar as medidas necessárias para adequação das respectivas atividades administrativas aos precedentes judiciais vinculantes. A própria vinculação dos juízes e dos tribunais aos precedentes vinculantes demonstra que as causas semelhantes envolvendo a Administração Pública serão decididas da mesma forma. Vale dizer: ainda que a Administração Pública decida seus processos administrativos de forma diversa da orientação firmada em precedente judicial vinculante, a eventual judicialização da discussão levaria, necessariamente, à reforma da decisão administrativa, com a sua adequação aos termos do precedente judicial. Em termos pragmáticos, a inobservância dos precedentes judiciais pela Administração Pública acarretaria a propositura de demandas judiciais desnecessárias, prejudicando não apenas a prestação jurisdicional, mas, especialmente, os cidadãos (administrados) que precisariam propor ações judiciais para defender seus direitos em situações já consolidadas na esfera judicial. Outro argumento que demonstra a necessidade de cumprimento dos precedentes judiciais vinculantes pela Administração Pública refere-se ao próprio dever do gestor público de observar os princípios constitucionais da isonomia (impessoalidade), da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Precedentes no Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 149. Em sentido contrário: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 220-222.

Ainda nos termos do que se afirmou anteriormente, a legislação estabeleceu uma série de técnicas que, muito embora não sejam aplicáveis estritamente às demandas repetitivas, encontram nelas campo facilitado de aplicação, dada a semelhança fática e contextual que as envolve.

Já foi também indicado que a agregação abrange técnicas litisconsorciais e representativas, as quais podem encontrar fundamento seja na conexão, seja na afinidade de questões de fato ou de direito.

Pois bem. O tema que agora nos ocupa admite como válidas todas essas premissas.

Como se sabe, nas hipóteses de litisconsórcio facultativo existe uma autorização legal para que a relação jurídica seja formada por uma pluralidade de sujeitos em um ou nos dois polos da demanda. É, porém, pouco comum que isso ocorra nas hipóteses de casos repetitivos.

Embora se possa atribuir essa circunstância à mera discricionariedade das partes na formação inicial do litisconsórcio, é preciso reconhecer pelo menos uma grande dificuldade que independe da vontade dos envolvidos: via de regra, os sujeitos afetados não se conhecem, inviabilizando a agregação originária<sup>417</sup>. O resultado é a propositura de uma série de demandas individuais, as quais, não raro, são difusamente distribuídas a diversos órgãos jurisdicionais.

Essa distribuição de processos repetitivos a juízos distintos potencializa decisões conflitantes ao mesmo tempo em que estimula o uso desproporcional dos recursos judiciários, como reiteradamente se tem sustentado no presente trabalho. Por isso, é possível reuni-los em razão da conexão, sempre que houver a mesma *causa petendi* ou o mesmo objeto. Cuida-se de hipótese de formação ulterior do litisconsórcio<sup>418</sup>.

De qualquer modo, o conceito de conexão não esgota os casos nos quais deve ocorrer a reunião de processos. Isso porque existem hipóteses nas quais, mesmo ausente a identidade de qualquer dos elementos entre as demandas, o julgamento conjunto é mais adequado à economia processual e à prevenção de decisões divergentes<sup>419</sup>. Justamente por isso o art. 55, §3º, do

---

<sup>417</sup> Analisando as dificuldades de agregação voluntária no sistema norte-americano, e que se aplicam ao direito brasileiro, Tidmarsh e Transrud apontam não apenas dificuldades fáticas – como dispersão geográfica, momento de ocorrência do dano ou de seu conhecimento (como no caso de danos à saúde), ocasionando diferenças no momento de propositura da demanda – e, ainda, jurídicas, especialmente ligadas à autonomia das partes em formar ou não o litisconsórcio. TIDMARSH, Jay; TRANSGRID, Roger H.; *Modern Complex Litigation*. Second Edition. Nova York: Foudation Press, 2010, p. 121-122.

<sup>418</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 450.

<sup>419</sup> Como observa Fredie Didier Jr.: “A percepção de que o conceito legal de conexão era mínimo, ao tempo do CPC-1973, era pacífica na doutrina e na jurisprudência. Basta referir a alguns casos de conexão que foram reconhecidos pelos tribunais, a despeito de não se encaixarem nos estritos termos do art. 103 do CPC-1973: a) ação de execução fiscal e ação anulatória de auto de infração (STJ, 1ª T., REsp n. 774.030/RS, Rel. Min. Luiz Fux,

CPC/2015 determina a reunião para julgamento conjunto dos processos sempre que houver “risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”<sup>420</sup>.

Parcela importante da doutrina sustenta que o aludido dispositivo se aplica apenas quando, ausente a conexão entre os processos, em ambos ocorrer o exame da mesma relação jurídica ou, tratando-se de vínculos distintos, existir prejudicialidade ou preliminaridade entre eles<sup>421</sup>. Há, ainda, quem defenda expressamente a restrição do dispositivo aos casos nos quais concretamente se verifique possibilidade de as decisões resultarem em atos inconciliáveis sob o prisma prático<sup>422</sup>.

Contudo, tanto a interpretação literal, quanto aquela realizada de forma sistemática, apontam para a necessidade de entendimento mais amplo do art. 55, §3º, do CPC/2015. Em primeiro lugar, deve-se observar que a redação do dispositivo legal em comento faz alusão a decisões “conflitantes ou contraditórias”, razão pela qual é de se supor que não foram empregadas como sinônimos<sup>423</sup>.

Nesse sentido, já se mencionou neste trabalho que a doutrina buscou diferenciar duas espécies de assimetria entre decisões judiciais: aquelas cujo resultado é praticamente incompatível e aquelas cujo resultado é logicamente incompatível. Por isso, ao se verificar que o legislador fez alusão tanto à conflito, quanto à contradição, não há razão para supor que o

---

j. em 15.03.2007, publicado no DJ de 09.04.2007, p. 229); b) ação de alimentos aforada pelo filho menor contra o seu pai e a ação de guarda e busca e apreensão promovida por este contra a mãe daquele que objetive a sua guarda (STJ, 2ª S., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 09.09.1998, publicado no DJ de 23.11.1998); c) ação de despejo e de execução do respectivo contrato (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 656.277/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. em 18.05.2010 no J de 07.06.2010)”. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 233.

<sup>420</sup> Apesar da redação do dispositivo, parece acertada a observação de Ronaldo Cramer: “Repare-se que o dispositivo diz que a hipótese não configura conexão (*vide* parte final do §3º). Contudo, o que se quis afirmar é que o caso não constitui conexão por comunhão de pedido ou de causa de pedir, de acordo com o *caput* do art. 55, mas outro tipo, o qual se pode chamar de conexão por risco de decisões contraditórias”. CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 55. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116-117.

<sup>421</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 233.

<sup>422</sup> GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 55. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 105. Parece ser esta também a posição de Alexandre Câmara. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.

<sup>423</sup> Com efeito, não se deve presumir que o legislador utilizou palavras inúteis. E, nesse sentido, deve-se observar que a legislação brasileira expressamente determina, em nome da precisão, que se evite a utilização de sinônimos na redação dos textos legais (art 11, II, “b”, da LC nº 95/98). Desse modo, deve-se buscar na interpretação significados distintos para cada uma das palavras empregadas pelo legislador.

artigo se refira a uma única ideia. Pelo contrário, refere-se a essas duas espécies de dispersão decisória, absolutamente consagradas no direito brasileiro.

E, diga-se de passagem, as expressões foram bem escolhidas. Aquilo que conflita, colide, choca-se com outra coisa<sup>424</sup>. Há, portanto, uma intensidade maior do que a ideia de contradição, pois “contradizer” é simplesmente dizer o contrário do que se disse antes<sup>425</sup>. Por isso, propõe-se considerar a primeira como incompatibilidade prática e a segunda como incompatibilidade lógica.

A interpretação literal não é, entretanto, o único argumento favorável ao sentido que se pretende atribuir ao texto em comento. Razões sistemáticas também conspiram no mesmo sentido. Isso porque, ainda que houvesse dúvidas a respeito da possibilidade de reunião de processos repetitivos nos casos em que a homogeneidade decorra da afinidade de questões, elas restariam integralmente dissipadas pela leitura do art. 69, §2º, VI, do CPC, no qual se determina<sup>426</sup> a centralização desses feitos<sup>427</sup>.

Cuida-se aqui de dispositivo que especializa o conteúdo do art. 55, §3º, do CPC. Ou seja, se em regra o magistrado deve avaliar no caso concreto a existência de risco de decisões conflitantes ou contraditórias mesmo sem identidade de pedido ou de causa de pedir, quando se tratar de demandas repetitivas o legislador já antecipou a necessidade de reunião. Isso porque, conforme se tem sustentado, processos repetitivos possuem identidades fáticas e contextuais que tornam muito provável a exigência de tratamento isonômico, justificando a agregação.

Argumente-se, ainda, que a existência afinidade de questões era a única hipótese de litisconsórcio que não admitia reunião posterior por interesse público na atribuição de

---

<sup>424</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 526.

<sup>425</sup> *Idem*, p. 542.

<sup>426</sup> Apesar de o texto utilizar o verbo “poder”, trata-se, na verdade, de “dever”. Nesse sentido: “Não se trata de simples faculdade outorgada aos magistrados. Porque os juízes estão investidos de verdadeiros poderes-deveres, presentes situações de preservação da isonomia ou da eficiência da prestação jurisdicional, a concentração de atos *deve* ocorrer”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 71.

<sup>427</sup> Exatamente nessa linha: “O §3º do art. 55, por sua vez, descartando a necessidade de conexão, determina a reunião para julgamento de processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente. O dispositivo certamente terá, dentre outras tantas, intensa aplicação aos casos que têm como ponto de partida uma mesma lesão ou ameaça a direito envolvendo diversos interessados e que, não obstante, precisam ser homogeneamente resolvidos. É o que, no âmbito do processo coletivo, é chamado de direito individual homogêneo e que acaba por atrair, até mesmo, o novel *dever-poder* do magistrado constante do art. 139, X, do CPC”. BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137. No mesmo sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero reconhecem no dispositivo a previsão de “conexão imprópria por homogeneidade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 71.

tratamento uniforme aos feitos. Agora, porém, o legislador supre essa lacuna, admitindo a viabilidade da reunião ulterior dos processos não apenas em relação a algumas hipóteses de litisconsórcio, mas, sim, em todas elas.

Por fim, a posição aqui defendida é a que melhor se ajusta à valorização da fundamentação das decisões judiciais, procedida pelo sistema processual. Com efeito, a desvalorização das razões do julgado sempre levou à conclusão de que o conflito prático era mais grave do que a contradição lógica<sup>428</sup>. Entretanto, tão nefasta quanto a existência de decisões contraditórias a respeito do mesmo fato são as decisões contraditórias a respeito de fatos idênticos, ocorridos em idêntico contexto. Ambas, em diferentes aspectos, negam o direito de acesso à ordem jurídica justa. E, por isso, em ambas há um importante interesse público envolvido.

Perceba-se, então, que o julgamento conjunto pode decorrer da vontade das partes, mas também do interesse público em gerir adequadamente os recursos judiciários e evitar a dispersão de decisões judiciais. Por isso, reitera-se que a reunião de processos nessas hipóteses não é uma mera faculdade. É um dever do Poder Judiciário<sup>429</sup>.

Questão sobre a qual também existe controvérsia diz respeito à possibilidade de alteração da competência relativa para reunião de processos entre os quais haja apenas vínculo de afinidade. Importantes trabalhos têm defendido o descabimento da agregação em tais hipóteses, sob o fundamento de que a fragilidade do liame existente não justificaria a prorrogação da competência<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> Essa visão é bastante afinada com a posição de Chiovenda, na qual se verifica uma excessiva valorização do dispositivo da decisão, em detrimento da fundamentação judicial. Veja-se, por exemplo o que comentou Dinamarco, na vigência do CPC/1973: “Diz-se, diante disso, que há dois tipos extremos de litisconsórcio (Chiovenda). Em uma ponta está o necessário, que, como tal, é absolutamente indispensável e portanto o juiz não deverá julgar o mérito se ele não estiver formado. Noutra, o chamado litisconsórcio impróprio (extremamente facultativo), que se dá quando fundado em mera afinidade entre questões de fato ou de direito (art. 46, inc. IV): esta é a mais tênue entre todas as possíveis relações entre duas causas (supra, n. 564) e, por isso, eventual divergência entre julgados, nessa situação, não é tão comprometedora para o sistema”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 361.

<sup>429</sup> Na mesma linha: “Nos limites da incidência da norma que manda reunir causas em um só processo (art. 55, §1º) o juiz tem o *dever* de determinar essa reunião e não o *poder discricionário* de decidir a esse respeito. O art. 105 do Código anterior dispunha que o juiz ‘pode ordenar a reunião das ações’, o que poderia sugerir que tivesse ele esse poder discricionário, podendo determinar ou não essa reunião conforme seus próprios critérios de oportunidade e conveniência em cada caso concreto. O Código de Processo Civil de 2015 optou por uma outra fórmula, ao estabelecer que ‘os processos de ações conexas *serão* reunidos’, sendo manifesto o caráter imperativo ou *cogente* dessa disposição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

<sup>430</sup> Defendendo essa posição: “Embora semelhantes, há entre conexidade e afinidade, portanto, uma importante diferença: a conexão impõe a reunião de demandas, enquanto a afinidade apenas autoriza essa reunião, que dependerá da vontade das partes. É o que ocorre na hipótese de litisconsórcio facultativo fundada no inciso III do art. 113 do CPC, de que já se tratou anteriormente”. LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Coletivização da prova:

Essa posição era correta à luz do CPC/1973, quando também não se admitia a formação de litisconsórcio ulterior para causas vinculadas por afinidade, com fundamento no interesse público de economia processual e de uniformidade das decisões. Entretanto, considerado o novo panorama legislativo – do qual acima se tratou –, parece mais coerente sustentar que a limitação se restringe apenas às hipóteses de incompetência absoluta, tal como ocorre nos casos de conexão. Lembre-se, ainda, que a doutrina tem relativizado bastante a distinção entre conexão e afinidade, dada a aproximação legal dos efeitos verificados num e noutro caso<sup>431</sup>.

Uma última controvérsia sobre a competência merece abordagem. Diz respeito ao juízo no qual as causas repetitivas devem ser reunidas. O art. 286, III, do CPC/2015 trata especificamente do caso e determina a observância das regras de prevenção<sup>432</sup>. Há, porém, quem sustente a inconstitucionalidade formal da norma, que não teria observado o devido processo legislativo relativo à produção do CPC/2015<sup>433</sup>.

De qualquer modo, ainda que reconhecida a invalidade do aludido dispositivo, os mesmos critérios são aplicáveis, por força da regra geral contida no art. 58 do CPC/2015, segundo o qual “a reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente”.

A regra, porém, deve ser interpretada *cum grano salis*. Com efeito, se o principal objetivo do sistema de tratamento adequado das demandas repetitivas é promover a proporcionalidade pamprocessual, sem prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional, é preciso alguma flexibilidade do sistema para viabilizar, à luz do caso concreto, a verificação

---

técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos da esfera individual. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 165. No mesmo sentido: “A prorrogação é inadmissível, no entanto, quando o litisconsórcio estiver fundado na mera afinidade de questões, vínculo tênue ao qual a lei não atribuiu o condão de promover a prorrogação da competência. Nesse caso, quando para cada uma das demandas for competente um foro o litisconsórcio não será admissível”. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 321.

<sup>431</sup> Como observam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, em relação ao art. 55, §3º, do CPC: “Provavelmente o legislador do atual CPC incorreu em erro ao considerar a antiga definição de conexão do CPC/1973, que, como visto acima, disse menos do que queria. Na prática, acaba ocorrendo conexão”. JÚNIOR, Nelson Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 340

<sup>432</sup> “Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza: (...)III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do [art. 55, § 3º](#), ao juízo prevento”.

<sup>433</sup> Nesse sentido: “A propósito do §3º do art. 55 cabe destacar ainda que a distribuição por dependência prevista no inciso III do art. 286 é formalmente inconstitucional porque não encontra fundamento no processo legislativo que antecedeu a promulgação do CPC de 2015”. BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137. O autor analisa mais detidamente a produção do texto final pelo Senado em interessante trabalho: BUENO, Cassio Scarpinella. (In)devido processo legislativo e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/032.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019. Ainda sobre o processo legislativo que culminou com o texto final do CPC/2015, objeto de sanção e publicação, conferir: ROQUE, [André Vasconcelos; et ali](#). Novo CPC: A “revisão” final: algumas alterações parecem ir muito além do escopo de uma revisão formal. JOTA, 13 de mar. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/novo-cpc-a-revisao-final-13032015>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

acerca do juízo no qual a reunião dos feitos potencializaria os princípios processuais envolvidos<sup>434</sup>, dentre os quais está o da eficiência.

Nesse sentido, parcela da doutrina tem demonstrado a multiplicação de casos nos quais se admite certa discricionariedade em matéria de competência, sem que isso importe o reconhecimento de inconstitucionalidade em razão de uma suposta violação ao princípio do juízo natural<sup>435</sup>. Desse modo, o juízo no qual está concentrada a maioria das demandas, o foro no qual residem a maioria das partes ou no qual será produzida a prova e até mesmo aspectos relacionados à experiência e formação acadêmica do juiz podem ser critérios que determinem uma vantagem prática e concreta em relação ao órgão jurisdicional ao qual foi distribuída a primeira demanda<sup>436</sup>.

Desse modo, é possível considerar a prevenção como regra subsidiária, aplicável aos casos nos quais não haja vantagens comparativas para a prestação jurisdicional em relação a quaisquer dos juízos envolvidos.

Note-se que o art. 69, §2º, VI, do CPC, ao mencionar “centralização de processos repetitivos”, quer, na verdade, tratar de reunião *para* julgamento. Isso porque, caso seja útil apenas a reunião para fins probatórios, será aplicável o inciso II do mesmo dispositivo legal, realizando-se novamente a separação dos feitos após a instrução.

Além disso, é possível concluir, sem grande esforço, que a reunião dos processos poderá ocorrer independentemente da natureza das questões – de fato ou de direito – a serem resolvidas.

---

<sup>434</sup> Nessa linha: À efetividade dessas medidas, porém, seria fundamental a previsão de uma maior flexibilidade nas regras de competência. Afinal, havendo a necessidade de reunião de demandas, será mesmo que a prevenção é o melhor critério para a definição do juízo competente? Em caso de reunião de causas para produção de provas, não será mais interessante verificar, caso a caso, o juízo que melhor poderá garantir a adequada produção da prova? É por isso que se defende, com acerto, que essas e outras previsões inovadoras do Código de Processo Civil de 2015 deveriam vir acompanhadas de regras diferenciadas também para a definição de competências, em especial possibilitando sua definição à luz do caso concreto”. LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos da esfera individual. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 169-170.

<sup>435</sup> Como observa Antonio do Passo Cabral, “vários institutos processuais, disciplinados em leis ou na Constituição, e diversas práticas judiciárias (jurisdicionais ou administrativas) criam regras de competência ou as aplicam / modificam fora daquela moldura normativa que se compreende tradicionalmente como derivada do juiz natural”. CABRAL, Antonio do Passo. Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Concurso de Titularidade. Rio de Janeiro: UERJ, 2017, p. 186. Registre-se que, no Capítulo 3 da obra citada, o autor discute uma série de exemplos, tais como: o desaforamento, o incidente de deslocamento de competência, o incidente de assunção de competência e a decisão sobre o juízo que decidirá as medidas de urgência na pendência de um conflito de competência.

<sup>436</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, há grande flexibilidade na definição do juízo no qual serão consolidados os processos: “In selecting the transfere court, the MDL Panel considers a wide variety of factors. These include the location of the various cases; location of the parties, witnesses and pertinente evidence; and experience of the various judges being considered. The Panel is not bound by the recommendations of the parties and need not limit its choice to a judge who currently has one or more of the cases at issue”. KLONOFF, Robert H. Class actions and other multi-party litigation in a nutshell. Second edition. St. Paul: Thomson West, 1999, p. 373-374.

Não há no CPC/2015 qualquer restrição e, para além disso, tal regime jurídico é absolutamente coerente com aquele aplicável à agregação de causas por conexão.

Como já mencionado anteriormente, a reunião de processos repetitivos é prevista pelo CPC/2015 sob a perspectiva da concertação de atos. Essa modalidade de cooperação consiste na reunião de esforços entre diferentes órgãos jurisdicionais para a prática de um ou mais atos processuais<sup>437</sup>, aos quais o diploma processual faz alusão meramente exemplificativa.

Nos termos do que consta no CPC/2015, os juízos poderão estabelecer procedimentos destinados à centralização dos processos repetitivos. Isso não significa, como parece evidente, que os juízos poderão dispor a respeito da reunião de processos. O que está autorizado pelo diploma processual é a definição da forma a ser observada para que o resultado pretendido – no caso, a reunião de feitos – seja atingido de forma célere, flexível e desburocratizada<sup>438</sup>.

Pense-se, por exemplo, no caso de acidente de trânsito envolvendo transporte coletivo rodoviário. Será possível a troca de informações entre juízos, a fim de que se identifique de forma mais ágil qual o órgão jurisdicional prevento. Também será possível buscar informações a respeito de quantos feitos repetitivos foram distribuídos a determinado juízo e qual a fase de tramitação de cada um deles, além de solicitar a manifestação das partes envolvidas a respeito do cabimento da reunião em razão da homogeneidade com outros processos, cuja indicação deverá ser feita pelo juízo solicitante.

Também não existe um padrão apriorístico para o momento da reunião dos processos. Para as hipóteses em que o vínculo com a parte contrária decorra de um fato único, será evidentemente interessante reunir os processos para produzir a prova conjuntamente. Mas é possível que, em todos os casos reunidos, seja necessária a produção de provas a respeito de fatos vinculados exclusivamente a cada uma das relações jurídicas. Poderá, então, se revelar mais adequado que a centralização ocorra em momento posterior, otimizando os benefícios do instituto<sup>439</sup>. Pense-se, ainda, na possibilidade de que seja determinada a reunião após a realização de audiência de conciliação, caso não haja acordo.

---

<sup>437</sup> LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos da esfera individual. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 169.

<sup>438</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol 1. 17ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 185-186.

<sup>439</sup> É o que se defende, por exemplo, no direito norte-americano: “Os processos não devem ser consolidados se isso resultar no atraso e no aumento de outros encargos desnecessários para as partes, como o de ter de participar de produção de provas irrelevantes para os seus casos. Uma vez que essas questões dependem de fatos, pode ser desejável retardar a decisão de consolidação até que alguns casos, de alguma forma, se desenvolvam separadamente, permitindo que possíveis benefícios do processamento coordenado sejam aferidos”. ISSACHAROFF, Samuel; *et alii*. Princípios do Direito: Processo agregado. São Paulo: RT, 2017, p. 50-51.

Esse é um mais aspecto a partir do qual se pode compreender a razão pela qual a centralização de processos repetitivos foi inserida no dispositivo relativo aos atos concertados entre juízos cooperantes. É que, nos termos do art. 69, §2º, do CPC/2015, os magistrados devem estabelecer um procedimento de centralização, o qual poderá perfeitamente prever o momento no qual os feitos devem ser reunidos.

Eventuais discordâncias sobre o cabimento da reunião, seja entre os órgãos jurisdicionais, seja entre as partes envolvidas, poderão ser resolvidas através do incidente de conflito de competência ou do recurso de agravo de instrumento<sup>440</sup>.

Lembre-se, ainda, que a agregação não representativa dos processos possui uma limitação temporal, já que não será possível de ser realizada após a prolação da sentença. E isso faz absoluto sentido também nos casos em que se trata de demandas repetitivas. Se o objetivo é a prática de atos conjuntos – inclusive ato de julgamento –, não haveria utilidade na reunião de processos sentenciados e não sentenciados<sup>441</sup>.

A partir do que já se mencionou até o presente momento já se pode afirmar, sem qualquer dificuldade, que a reunião de processos repetitivos perante o mesmo juízo de primeiro grau é mais um instrumento de gestão colocado à disposição dos órgãos judiciais de primeiro grau.

Curioso observar que a intenção de inserir no sistema processual brasileiro a sistemática da reunião de processos repetitivos em um mesmo juízo não é isolada. Com efeito, o art. 23 do Projeto de Lei nº 8058/2014, relativo ao controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, prevê exatamente a mesma possibilidade<sup>442</sup>. Aliás, tal como já se discutiu em relação ao regime do CPC/2015, o aludido processo também prevê a centralização dos feitos no juízo preventivo<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> Lembre-se que o STJ decidiu, em sede de recurso especial repetitivo, que é possível impugnar decisões relativas à competência através de agravo de instrumento. Trata-se do REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018.

<sup>441</sup> A regra está prevista no art. 55, §1º, do CPC/2015 e reforça o entendimento jurisprudencial constante do Enunciado nº 235 da Súmula do STJ.

<sup>442</sup> “Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível”. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=409453B5D3CDE6105153BD966CE482B7.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=409453B5D3CDE6105153BD966CE482B7.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014)>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>443</sup> “Art. 23. (...) Parágrafo único. Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil”. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=409453B5D3CDE6105153BD966CE482B7.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=409453B5D3CDE6105153BD966CE482B7.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014)>. Acesso em: 09 jan. 2018.

Registre-se, porém, que a mera identificação de processos repetitivos não é suficiente para que se conclua pelo cabimento desse ato concertado. É que, proposta ação coletiva ou admitido IRDR, recurso especial ou recurso extraordinário repetitivos, caberá ao juízo da causa em que tramite no primeiro grau decidir a questão urgente – se houver – e logo depois suspender o processo.

Na ausência dos instrumentos anteriormente mencionados, caberá ao órgão judicial verificar quais deles são abstratamente cabíveis para o tratamento do litígio que lhe foi submetido. Se, por exemplo, se tratar de fato comum, a respeito do qual exista controvérsia, não será admissível o IRDR. Mas será possível o cabimento da ação coletiva. Se por outro lado, a causa repetitiva versar sobre questionamento de tributo, não será cabível a ação coletiva, mas caberá o IRDR. É possível, ainda, que o litígio verse sobre relação de consumo e diga respeito apenas à questão de direito, quando, pelo menos a princípio, os dois instrumentos serão admissíveis.

Observe-se, porém, que essa pode ser apenas uma impressão inicial.

Lembre-se, por exemplo, que a técnica de reunião de processos repetitivos é modalidade de agregação não representativa. Ou seja, a chamada “centralização” é operada através de uma modalidade de conexão – que pode ser por identidade de causa de pedir ou de pedido ou por homogeneidade – e não dá azo à formação de uma demanda coletiva. Significa dizer que cada demandante é responsável pela condução do próprio processo, com registro dos atos praticados nos respectivos autos. Por isso, não há aferição de legitimidade adequada e nem direito de autoexclusão. Ademais, apenas são atingidos pela decisão os sujeitos que tenham processos

---

pendentes e cujos feitos tenham sido objeto de agregação<sup>444</sup>, sem prejuízo de que todas as causas sejam resolvidas em uma única sentença<sup>445</sup>.

Note-se, então, a profunda diferença existente entre a ação coletiva e a reunião de processos no primeiro grau. Se naquele primeiro caso o pressuposto é a inviabilidade de formação do litisconsórcio, neste a possibilidade de formação é exatamente o que justifica a adoção do instrumento de centralização.

Duas observações são, porém, indispensáveis.

A primeira delas é que a inviabilidade do litisconsórcio deve ser concretamente analisada<sup>446</sup>. Dito de outro modo: o número de processos repetitivos pendentes pode ser um indicativo de que a participação individualizada é, na prática, inviável, mas não se trata de regra insuperável<sup>447</sup>.

Pense-se, por exemplo, em processos nos quais vários acionistas litigam contra uma determinada sociedade empresária. Dada a complexidade da questão, apenas 4 ou 5 escritórios de advocacia foram procurados pelos envolvidos. Nesse caso, talvez seja viável a reunião dos processos, sendo possível ao órgão judicial definir, em conjunto com as partes, manifestações conjuntas pelos advogados envolvidos<sup>448</sup> e a abertura de autos próprios para a resolução das

---

<sup>444</sup> Em sentido bastante semelhante, Charles Silver faz os mesmos apontamentos em relação à *consolidation* norte-americana: “The nonrepresentational nature of consolidations accounts for a host of important procedural differences between these suits and class actions. Mass-tort class actions require numerosity and typicality, group definitions, notice to absent parties of the pendency of litigation and the possibility of settlement, and judicial approval of settlements. 5 None of these requirements applies to consolidations because none would serve any purpose in a lawsuit in which each party initiates its own case and continues to protect itself throughout the litigation. For the same reason, there is no need to permit parties to opt out of consolidated proceedings even though absent plaintiffs can exclude themselves from class actions certified under Rule 23(b)(3). Parties opt out of class actions either because they wish not to sue or because they think they will do better by suing on their own. 6 Neither concern warrants an opt-out right in consolidations. Persons who wish not to sue are protected because consolidations affect only parties who file claims. Parties who believe their claims are better than average or who fear inadequate representation are protected because they are free to supplement lead counsel's presentation on common issues and to develop unique issues their cases raise”. SILVER, Charles. Comparing class actions and consolidations. *The Review of Litigation*. Vol. 10. 1991, p. 499.

<sup>445</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 193.

<sup>446</sup> Mais uma vez recorrendo a considerações relativas ao direito norte-americano, “The impracticability requirement is usually held to require that plaintiffs be unidentified, geographically dispersed, in possession of claims too small to support conventional suits, or in need of quick action that can only be taken if all are joined by involuntary means. SILVER, Charles. Comparing class actions and consolidations. *The Review of Litigation*. Vol. 10. 1991, p. 501.

<sup>447</sup> Por isso discordamos da posição de Fredie Didier Jr. que, embora reconheça a existência de conexão por afinidade, identifica como hipóteses os arts. 976 e ss. e 1.036 a 1.041 também do CPC. Segundo o autor: “De fato, não seria razoável que a conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos em um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 237.

<sup>448</sup> “Nas consolidações, os juízes muitas vezes também exigem a formulação de pedidos que abranjam todos os interessados (*master complaints*) bem como produção preliminar de provas (*discovery*) de modo unificado. Em

questões comuns, fixando-se momentos processuais próprios para manifestações a respeito das questões individuais, cujos documentos pertinentes deverão ocorrer em cada um dos feitos atomizados<sup>449</sup>.

A segunda observação é que não se pode perder de vista o dever de buscar a resolução mais ampla possível do conflito. Por isso, se apenas parte do litígio está judicializado, ainda que a reunião dos processos em relação aos casos pendentes seja viável, será necessário verificar se grande parcela do problema permanecerá sem solução. Positiva a resposta, deve-se concluir pela maior adequação da intimação dos legitimados para propositura da ação coletiva.

Significa dizer que o magistrado deve projetar razoavelmente qual a possibilidade de que novas ações sejam propostas sobre aquele tema<sup>450</sup>, analisando aspectos fáticos – como o número de potenciais lesados – e também jurídicos – como seria o esgotamento do prazo prescricional ou decadencial. Para avaliar melhor avaliar essas circunstâncias, poderá o órgão jurisdicional solicitar informações das partes, com as quais, aliás, deverá sempre debater a respeito de qual mecanismo atribuirá tratamento mais adequado à causa.

Perceba-se o ponto que quer colocar: se parcela importante do conflito ainda não foi judicializada e, fática e juridicamente isso for possível de ocorrer em momento futuro, pode ser que a reunião de processos tenha de ocorrer sucessivas vezes, pois, como já visto, eventual decisão apenas aproveita os feitos agregados e a reunião é somente é viável até a data do julgamento.

Nessa hipótese, o Poder Judiciário teria de se manifestar várias vezes sobre as mesmas questões, suscitando todos os problemas já repetidamente indicados no presente trabalho e que se referem especialmente à possibilidade de decisões divergentes e ao desperdício dos recursos destinados ao exercício da jurisdição.

---

ambos os tipos de processos, os advogados também trabalham em equipe, e as tarefas importantes são divididas”. ISSACHAROFF, Samuel; *et alii*. Princípios do Direito: Processo agregado. São Paulo: RT, 2017, p. 50-51.

<sup>449</sup> Essa técnica, aliás, é muito aplicada na “consolidação” – instrumento norte-americano de agregação litisconsorcial de processos individuais para julgamento conjunto. No caso, além da apresentação de uma petição comum sobre a controvérsia, cria-se um “arquivo mestre” para registro dos atos de interesse compartilhado, determinando-se a apresentação em individualizadas apenas das questões individuais. ISSACHAROFF, Samuel; *et alii*. Princípios do Direito: Processo agregado. São Paulo: RT, 2017, p. 55-57. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso *Katz v. Realty Equities Corp. of New York*, quando a apresentação de petição única a respeito das questões comuns foi determinada para a fase instrutória. MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. *Complex Litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. Sixth Edition. St Paul: West Academic Publishing, 2015, p. 102.

<sup>450</sup> SHERMAN, Edward. *Class action and duplicative litigation*. *Indiana Law Journal*. Vol 62, p. 511.

Note-se, portanto, que a mera possibilidade de que várias demandas individuais sejam ajuizadas em relação ao mesmo litígio, já justifica a utilização da ação coletiva, a qual, nesses casos, terá caráter preventivo da litigância de massa.

Se, porém, apenas parcela ínfima do conflito não estiver ajuizada e, mesmo considerando-a, seja possível a manutenção do regime de agregação não representativa, a concentração dos processos em um único juízo de primeiro grau deve ser realizada, remetendo-se ao mesmo órgão jurisdicional as demandas que posteriormente venham a ser propostas.

Também aqui é possível reconhecer espaço para atos concertados entre juízos cooperantes. Isso porque, muito embora seja possível determinar que as partes informem a propositura de novas demandas repetitivas – normalmente o sujeito repetitivo terá melhores condições de fazê-lo –, a informação também poderá ser prestada pelo próprio juízo ao qual a causa foi distribuída, desde que tenha conhecimento do procedimento de centralização.

Observe-se que a cooperação judicial é de extrema importância nesse caso. Isso porque, muitas vezes, o sujeito repetitivo não terá interesse em realizar a reunião, diluindo os riscos de julgamentos desfavoráveis. Ademais, a informação prestada pelo réu dependerá da realização da citação, circunstância que poderá atrasar a comunicação e aumentar o risco de que seja prolatada sentença em relação aos feitos centralizados, encerrando a possibilidade de reunião de novos feitos.

Nesse particular, tudo indica que, em muito pouco tempo, estarão suficientemente disponíveis sistemas eletrônicos capazes de viabilizar a rápida identificação das controvérsias repetitivas, não apenas pela classificação de registro e distribuição da demanda, mas também pelas informações contidas na petição inicial. Perceba-se que, muitas vezes, a simples identificação do réu, da natureza da demanda e do pedido não são suficientes para que se conclua pela existência ou não de homogeneidade entre as demandas. Assim, uma determinada instituição financeira pode ser ré de várias ações revisionais. Porém, é muito provável que em pouco tempo seja não se demore nem um minuto para identificar todas os feitos nos quais se discuta a possibilidade de cobrança da “tarifa de cadastro”, facilitando e acelerando os procedimentos de centralização<sup>451</sup>.

---

<sup>451</sup> Iniciativas como essa já existem no Poder Judiciário brasileiro. A mais famosa é aquela introduzida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual um sistema de inteligência artificial relaciona recursos extraordinários interpostos a temas de repercussão geral. Nesse sentido: “Batizado de VICTOR, a ferramenta de inteligência artificial é resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da Ministra Cármen Lúcia, em conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. Cuida-se do maior e mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira. Na fase inicial do projeto,

Tudo o que foi dito nos conduz à importante conclusão no que diz respeito ao art. 113, §1º, do CPC/2015. Trata-se da limitação do litisconsórcio multitudinário, quando a reunião das demandas comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença. A ideia do fracionamento decorre justamente da conclusão de que, no caso, não é possível processar conjuntamente todas as demandas em litisconsórcio. Juízo idêntico é realizado na centralização de processos, pois o cerne da avaliação é se há possibilidade de que as partes envolvidas atuem diretamente no feito em relação à todas as questões envolvidas.

Perceba-se que, se a inviabilidade se referir a demandas repetitivas, o desmembramento e redistribuição dos feitos frustraria completamente a gestão processual e ainda aumentaria de modo bastante significativo a possibilidade de dispersão jurisprudencial.

Desse modo, na hipótese de se verificar que a reunião dos processos repetitivos é inviável, deve-se proceder à molecularização do tratamento do litígio, nos termos em que se mencionou no tópico referente às ações coletivas.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de aproximação do procedimento de reunião de processos repetitivos tanto em relação às ações coletivas, quanto em relação ao próprio IRDR. Basta pensar na possibilidade de o órgão judicial determinar às partes que indiquem um representante – ou um grupo de representantes – para que se manifeste sobre as questões comuns e seja responsável pela intermediação do contato entre a Corte e os demais envolvidos. Como se percebe, essa estrutura muito se assemelha ao processo coletivo. Também se pode cogitar da escolha de um caso-padrão, em torno do qual ocorrerão os debates sobre as questões comuns, que ao final nortearão a solução dos demais, em estrutura muito semelhante àquela prevista para o IRDR. Tais medidas podem, efetivamente, representar grande economia processual, mas devem ser vistas como procedimentos de coletivização incidental e não como técnicas aplicáveis ao regime não representativo típico da simples reunião de processos para julgamento conjunto<sup>452</sup>.

---

VICTOR irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral”. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Brasília, 30 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

<sup>452</sup> Nos Estados Unidos, também prevalece o entendimento de que a consolidação deve preservar o controle das partes sobre todos os aspectos do litígio, em interpretação restritiva da Rule 42(a). Nessa linha: “‘Consolidation’ é a word of flexible meaning. It is ‘generally used in three different contexts: (1) when several actions are stayed while one is tried, and judgment in the case tried will be conclusive as to the others; (2) when several actions are combined and lose their separate identities, becoming a single action with a single judgment entered; and (3) when several actions are tried together, but each suit retains its separate character, with judgments entered’. (...) Although Rule 42(a) can be read as authorizing either of the second or third types of consolidation, the usual view

Quando, portanto, não houver possibilidade de que os feitos tramitem mediante participação direta dos interessados, deve incidir o regime jurídico das ações coletivas. De fato, é possível que processos repetitivos sejam agregados e, apenas depois, se perceba a inviabilidade de tratamento da questão mediante participação direta de todos os sujeitos envolvidos. Nesses casos, vale insistir, a medida mais adequada não é o desmembramento, mas, sim, a coletivização.

Observe-se que a determinação de escolha de um sujeito que se manifeste sobre as questões comuns ou mesmo a ordem de formação de um grupo de advogados com a mesma finalidade é, a rigor, a aplicação de uma técnica de representação para resolução do litígio naquilo que há de comum entre vários sujeitos. Em tais circunstâncias, o controle da representatividade e a aplicação de mecanismos de ampliação do contraditório parecem absolutamente fundamentais à tutela dos direitos fundamentais daqueles que, em razão da estrutura do litígio, não poderão discutir pessoalmente questões relativas aos seus processos individuais<sup>453</sup>.

Note-se, porém, que não há previsão para que, nos processos em trâmite na primeira instância, um indivíduo atue no interesse de todos em relação à defesa das questões comuns. Por isso, parece mais adequado a utilização do art. 139, X, do CPC, a fim de que a representação coletiva seja exercida por legitimado à propositura de ação coletiva<sup>454</sup>.

**Na grande maioria das vezes será mais adequada a propositura de demanda inteiramente nova, precedida da colheita de novos elementos de prova, estudo mais aprofundado sobre a dimensão coletiva do conflito e compilação dos argumentos favoráveis aos interesses do grupo tutelado.**

Isso não impede, porém, que o legitimado coletivo verifique se, no caso concreto, é possível aproveitar os atos já praticados no procedimento de reunião já existente, aproveitando-

---

is that Rule 42(a) authorizes only the third". TIDMARSH, Jay; TRANSGRID, Roger H.; *Modern Complex Litigation*. Second Edition. Nova York: Foundation Press, 2010, p. 133.

<sup>453</sup> Por isso a observação de Charles Silver: "Although the lack of procedural protections in consolidated proceedings is ordinarily of no concern, it becomes alarming when judges run consolidations like class suits". SILVER, Charles. *Comparing class actions and consolidations*. *The Review of Litigation*. Vol. 10. 1991, p. 499.

<sup>454</sup> Também admitindo a possibilidade de coletivização da prática dos atos concertados: "Para muito além disso, porém, os arts. 67 a 69 do CPC devem ser compreendidos como portadores de novas e diferenciadas técnicas para a prática de atos processuais, em especial, para o que nos interessa neste trabalho, possibilitando hipóteses de *coletivização* de atos. No momento atual do processo civil, em que cada demanda deve ser pensada não mais individualmente, mas como parte de um *conjunto*, compondo um Judiciário com uma das maiores taxas de congestionamento do mundo, ferramentas como aquelas insertas nos arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil de 2015 devem ser lidas de forma muito mais potencializada". LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos da esfera individual*. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 170.

se do material probatório ali produzido. Nessa linha, parece-nos não haver qualquer impedimento na formulação de peça incidental, destinada tão somente a formalizar a coletivização da causa, operando-se a suspensão dos feitos individuais.

Registre-se, desde logo, que a possibilidade ora aventada não se confunde com a conversão da ação individual em ação coletiva, vetada no processo de elaboração do Código de Processo Civil de 2015. Em primeiro lugar porque a coletivização incidental não poderá ocorrer a partir de apenas uma demanda individual, mas sim de várias que já estejam pendentes perante órgãos do Poder Judiciário e que, nessa condição, tenham resultado na reunião dos processos perante um juízo de primeiro grau. Em segundo lugar porque a representação será realizada necessariamente por um sujeito legitimado à propositura da demanda coletiva e não pelo próprio indivíduo titular do direito.

Em comum com a coletivização da ação individual há apenas o escopo da economia processual, viabilizando o aproveitamento dos atos já praticados e, como isso, evitando o aumento dos custos globais do litígio. Mas note-se que, nesse caso, há apenas a manifestação do princípio da proporcionalidade processual, cujo sentido deve informar toda a interpretação do sistema.

Ora, se poderia o legitimado coletivo reiniciar todo o procedimento, inclusive utilizando peças e provas já produzidas em processos individuais, com muito mais razão se pode argumentar pela possibilidade de intervenção nos próprios processos em curso, especialmente quando já reunidos com a finalidade de julgamento conjunto.

Note-se, aliás, que o sistema brasileiro não é avesso a procedimentos de coletivização incidentais, quando verificada a dimensão coletiva dos processos individuais repetitivos. Além do próprio IRDR, há outro exemplo, bem mais antigo e absolutamente consagrado na prática brasileira, qual seja, a suspensão de segurança.

Há aqui, evidentemente, duas possibilidades de violação aos bens jurídicos tuteláveis pelo aludido instrumento processual. No primeiro deles, um único fato é capaz de violar o bem público sujeito à tutela. Pode-se pensar na hipótese em que o contrato da única prestadora de serviço de transporte de determinada cidade seja suspenso cautelarmente, em razão de prováveis irregularidades na licitação. Aqui, eventual pedido de suspensão da decisão cautelar terá como fundamento este único evento, cujo interesse coletivo decorre *in re ipsa*.

No segundo caso, entretanto, a lesão ao interesse público decorre de vários fatos, cuja soma produz impacto suficientemente relevante para viabilizar o pedido de suspensão. Só a

partir dele é que se tratará coletivamente do conjunto de eventos até então dispersos em demandas individualizadas, razão pela qual, a contar da decisão que defere o pedido, será possível suspender a eficácia das demais decisões favoráveis aos litigantes não repetitivos apenas através de requerimentos de aditamento<sup>455</sup>.

Note-se, portanto, que é plenamente possível coletivizar incidentalmente questões afetas a demandas individuais. O problema normalmente está na circunstância de não se reconhecer a existência da coletivização em determinados institutos e, por conta disso, deixar de aplicar ao procedimento as garantias necessárias à observância do devido processo legal em relação aos que, mesmo ausentes, são vinculados ao resultado do incidente<sup>456</sup>.

O promissor diálogo entre reunião de processos repetitivos e a ação coletiva não se repete em relação ao IRDR. Na linha do que discutiu em momento anterior, as interseções entre os sistemas individual e coletivo ocorrem fundamentalmente em dois momentos: antes da resolução do incidente, com a suspensão dos processos individuais e depois do julgamento, com os mecanismos de aproveitamento da decisão.

No primeiro caso, a reunião de processos repetitivos poderia servir, por exemplo, para evitar decisões conflitantes a respeito de medidas de urgência que eventualmente fossem postuladas durante a suspensão dos processos. Contudo, talvez a reunião dos feitos seja, nesse caso, mais útil na segunda instância. Isso porque é cabível agravo de instrumento contra essas decisões e, portanto, a simples reunião dos processos na primeira instância não impediria a existência de decisões divergentes no curso do IRDR. Registre-se, ainda, a possibilidade de a urgência se fundar em circunstâncias pessoais da parte, não servindo a reunião sequer para evitar o desperdício de recursos judiciais – já que cada pedido terá de ser analisado individualmente, estando ou não distribuídas a um mesmo juízo.

A reunião posterior para simples aplicação da tese também não parece oferecer grandes vantagens. Isso porque, a rigor, a questão comum já terá sido resolvida, restando exatamente eventuais questões pessoais e distinções fáticas, cuja análise terá de ocorrer caso a caso.

---

<sup>455</sup> Não é aqui o local adequado para se discutir mais profundamente a questão da natureza coletiva do incidente de suspensão de segurança. Pretende-se apenas demonstrar que não é absolutamente estranho ao direito processual brasileiro utilizar incidentes para atribuir dimensão coletiva a conflitos que se iniciam de forma individual. O fato disso normalmente ocorrer em segundo grau não impede que possa ocorrer também perante órgãos de primeiro grau.

<sup>456</sup> Nesse sentido: VENTURI, Elton. Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Desse modo, a pendência de IRDR ou, ainda, o reconhecimento de que ele é o instrumento mais adequado ao tratamento da questão repetitiva torna desnecessária a reunião dos processos em um mesmo juízo.

## CONCLUSÕES

De acordo com o exposto no presente trabalho, é possível apresentar algumas conclusões centrais, que, segundo pensamos, viabilizam uma visão de conjunto sobre o tema a respeito do qual se tratou.

1. O acesso à justiça, pensado de forma ampla, diz respeito à fruição de um estado de fato conforme ao direito e a via judiciária é uma das formas de alcançar esse objetivo.
2. A Constituição de 1988 concedeu especial atenção à questão do acesso à justiça, valendo-se de vários instrumentos para tornar efetivo o direito de ação. A engenharia constitucional revelou-se bastante frutífera e parte do número de processos pendentes tem relação direta com a maior facilidade em acessar os órgãos do Poder Judiciário e também com a expansão das matérias sujeitas ao controle jurisdicional.
3. Outra parcela importante da litigância está relacionada a disfunções do sistema, especialmente no que tange à distribuição desproporcional dos recursos disponíveis para o exercício da jurisdição. Isso é particularmente relevante nos casos repetitivos, em que uma mesma questão é resolvida várias vezes, resultando também em problemas de descoordenação que violam o tratamento isonômico devido aos sujeitos que se encontram em situações jurídicas idênticas.
4. O princípio da proporcionalidade processual impõe a utilização eficiente dos recursos judiciais. Não há uma dicotomia necessária entre a eficiência e os demais princípios processuais. O que existe é uma necessidade de conformação entre eles, de modo que todos sejam adequadamente contemplados na prestação jurisdicional. O que, porém, se pode afirmar é que a adequada gestão de processos pode agregar qualidade à proteção dos interesses em juízo e, portanto, ampliar o acesso à justiça no sentido material.
5. O excessivo número de processos pendentes é um obstáculo ao acesso à justiça, na medida em que aumenta a probabilidade de decisões divergentes, diminui o tempo disponível para apreciação de cada processo isoladamente considerado, aumenta o tempo médio de tramitação dos feitos e distribui desproporcionalmente os recursos disponíveis para a atividade jurisdicional globalmente considerada.
6. O Código de Processo Civil, embora não expressamente, encampa o princípio da proporcionalidade processual. Por um lado, persegue a solução ampla do litígio, quando possível. Por outro, busca economizar recursos, evitando decidir a mesma questão várias vezes. Isso está claro, por exemplo, na possibilidade de formação da coisa

- julgada em relação às questões prejudiciais, na previsão expressa do princípio da eficiência, na ênfase aos instrumentos de resolução consensual dos conflitos e, finalmente, na adoção de institutos destinados à gestão adequada dos casos repetitivos.
7. A sociedade contemporânea produz uma série de relações homogêneas, entendidas como vínculos jurídicos padronizados. Elas podem ter caráter público ou privado e podem se originar de fatos lícitos ou ilícitos. A utilidade em reconhecer a homogeneidade dessas relações é conceder-lhes tratamento isonômico e criar mecanismos para o alcance desse objetivo.
  8. Os direitos individuais homogêneos não são essencialmente coletivos e a via processual agregada é apenas um mecanismo destinado a economizar recursos judiciários e a promover o princípio da isonomia. A utilização da via coletiva para a proteção de direitos individuais não se restringe à tutela condenatória e mesmo nesses casos, não é necessário observar o procedimento bifásico previsto no Código de Defesa do Consumidor.
  9. A origem comum exigida pelo Código de Defesa do Consumidor não diz respeito à unidade fática ou temporal. Trata-se, na verdade, de um corolário da regra do litisconsórcio, aplicável, portanto, também aos casos nos quais se verifique simples afinidade de questões de fato ou de direito. Por isso as ações coletivas podem ser utilizadas para a discussão de questões repetitivas.
  10. Os processos repetitivos são aqueles nos quais há identidade de objeto e causa de pedir, relativas a relações jurídicas que se estabelecem com um mesmo sujeito. Como regra quase absoluta, haverá coincidência entre os conceitos de direitos individuais homogêneos e as demandas repetitivas. Contudo, é possível cogitar do uso dos instrumentos de agregação também para causas coletivas, quando, então, não haverá perfeita sobreposição entre eles.
  11. Os instrumentos de tratamento das demandas repetitivas se aplicam às relações de idêntico perfil. Desse modo, não é possível utilizar os mecanismos previstos pelo Código de Processo Civil para resolução de questões repetitivas que surgem em processos não repetitivos. Isso porque, muito embora seja possível cogitar casos nos quais inexista prejuízo, a identificação de quais sejam essas hipóteses é mais difícil, complicando o uso de instrumento destinado a simplificar a extensão do resultado isonômico.
  12. Existe um microsistema de tratamento de demandas repetitivas que abrange não apenas o IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos, como também a centralização

de demandas repetitivas e as ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. O núcleo do microsistema é a preservação dos recursos judiciais, através de mecanismos que permitem a economia processual, muito embora a promoção da isonomia e da segurança jurídica também sejam objetivos desses instrumentos. Os institutos que integram o microsistema se influenciam e se complementam, devendo ser interpretados sempre à luz do objetivo comum de potencializar a proporcionalidade processual.

13. O novo modelo representativo estabelecido já tem apresentado influências importantes sobre o processo coletivo, especialmente no diz respeito à necessidade de suspensão dos processos individuais pendentes, à melhoria das técnicas de publicidade da existência da ação e da abertura à participação da sociedade no processo.
14. A importância da necessidade de estudar a operação do microsistema no primeiro grau de jurisdição decorre do fato de que nele tramitam mais de 90% dos processos pendentes perante órgãos do Poder Judiciário. Já existe o reconhecimento dessa prioridade pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, que tem elaborado uma série de regulamentações destinadas à valorização dos juízos de primeiro grau.
15. A conformação do procedimento deve observar as características do litígio, afirmação que vale tanto para o processo individual quanto para o processo coletivo. No caso da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, parte da incapacidade em dar conta de toda a demanda por soluções coletivas decorreu da falta de incentivos para que associações propusessem ações civis públicas, do regime da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* e da percepção da necessidade de liquidação individual posterior. Além disso, a ação coletiva foi preterida pelo legislador, em favor de instrumentos que operavam a agregação através de ações individuais já propostas.
16. O modelo de julgamentos por amostragem se revelou a ferramenta mais funcional de gestão, especialmente para as cortes de superposição, pois provoca a suspensão dos recursos pendentes, permite a reconsideração do tribunal de origem, quando for o caso, e autoriza a decisão pelo próprio relator quando o recurso na hipótese de remessa pela corte de origem. Esse modelo, com adaptações, foi reproduzido no incidente de resolução de demandas repetitivas.
17. A legitimidade dos instrumentos processuais é reconhecida através de novas compreensões a respeito do direito de ação e do princípio do contraditório. Desse modo, em ambos os casos há uma percepção instrumental, que reconhece em ambos a função de tutela dos direitos materiais. Desse modo, o importante não é quem está em juízo,

mas sim a adequada representação dos interesses envolvidos. Há, pois, uma migração do conceito de ação para o conceito de representação.

18. Dentre as teorias que buscam explicar o fenômeno da representação, aquela que o faz de modo mais satisfatório é a da representação virtual, que impõe a análise retrospectiva do desempenho do representante na defesa dos interesses envolvidos. No entanto, ela não exclui a aferição prévia e prospectiva da representação e, do mesmo modo, não dispensa a existência de canais de abertura participativa dos demais interessados e também da sociedade, especialmente em razão da mitigação do direito à autoexclusão.
19. A ausência de representação adequada autoriza o questionamento posterior da vinculação ao resultado do procedimento representativo, sob o fundamento de violação ao devido processo legal substantivo, razão pela qual é dever do juiz zelar pela efetiva tutela de todos os interesses envolvidos.
20. A ação coletiva ainda é o instrumento mais adequado de tutela para casos repetitivos. Ela pode ser utilizada de forma preventiva, tem amplo potencial de resolução integral do conflito, por atingir também os sujeitos ausentes, e otimiza os recursos judiciais, na medida em que permite resolver de uma só vez questões que, de outra forma, seriam decididas várias vezes por diversos juízos. Basicamente, apresentará significativas vantagens comparativas quanto a tutela jurisdicional a ser prestada for de natureza declaratória, constitutiva ou mandamental. O mesmo ocorre quando se tratar de controle de políticas públicas. Nos casos em que houver necessidade de tutela condenatória ao pagamento de quantia, será necessário verificar a real necessidade de execuções individuais, o que particularmente ocorrerá quando as informações necessárias estiverem na posse dos próprios titulares do direito e não do sujeito repetitivo.
21. O incidente de resolução de demandas repetitivas terá lugar quando não cabível a ação coletiva, quando esta, embora cabível, não for proposta pelos legitimados ou quando, em razão do tempo decorrido, parcela significativa do conflito já estiver ajuizada perante órgãos do Poder Judiciário. Há, pois, nítido caráter residual, decorrente da menor capacidade em fornecer ampla solução do litígio, muito embora também possa otimizar recursos judiciais, especialmente nos casos em que a tese firmada for favorável ao sujeito repetitivo.
22. A centralização de demandas repetitivas em um único juízo é técnica de agregação não representativa e, portanto, exclui o cabimento das ações coletivas – cabíveis justamente quando o litisconsórcio for inviável. Essa aferição deve ocorrer mediante a consideração da totalidade do conflito, incluindo a parcela não judicializada, já que o instrumento não

estende seus efeitos aos sujeitos ausentes. Não há, portanto, controle de representatividade adequada, nem direito à autoexclusão. A técnica deve ser utilizada para julgamento conjunto e representa instrumento de modificação de competência. Pode ser utilizada independentemente de haver questões de fato ou de direito a serem resolvidas.

Por fim, espera-se ter demonstrado que, efetivamente, é necessária uma avaliação judicial de vários aspectos do litígio, a fim de que se verifique qual o instrumento mais adequado para alcançar os objetivos de ampla resolução e otimização dos recursos judiciais. Nada impede, também, a mescla de técnicas, aproveitando as vantagens de cada uma delas para que, ao final, o Poder Judiciário possa conferir a devida atenção aos demais litígios submetidos à sua apreciação.

O trabalho não pretendeu oferecer respostas definitivas, mas, sim, fomentar a discussão a respeito das qualidades de cada uma das ferramentas e da necessidade de que não sejam utilizadas aleatoriamente pelos envolvidos, sob pena de desperdício de recursos.

Trata-se, então, de um convite ao debate sobre tema de fundamental importância para promoção do acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- ABBOUD, Georges. Discrecionariiedade Administrativa e Judicial. São Paulo: RT, 2014.
- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ALMEIDA, Gustavo Milaré. Execução de interesses individuais homogêneos. São Paulo: Atlas, 2014.
- ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- ANADEP. 85 defensoras e defensores públicos tomaram posse na Defensoria Pública no 1º semestre de 2018. Brasília, 05 de jul. de 2018. Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37743>>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.
- ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela dos direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: RT, 2007, p. 216-230.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. Vol 225. São Paulo: RT, 2013, p. 389-410.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.) O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2017, p. 739-758.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana

Henriques da. (Coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 475-492.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). Processo e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603.

ARENHART, Sérgio Cruz. Sentença condenatória pra quê?. In: Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. (Org.). Teoria Quinária da Ação - Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: JusPodium, 2010, p. 613-631.

ARENHART, Sérgio Cruz; MENDES, Aluisio Castro; OSNA, Gustavo. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. Revista de Processo. Vol. 222. São Paulo: RT, 2013, p. 41-64.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural Approach': some bases of contemporary civil litigation. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2779681](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779681)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix. (Org.). Precedentes judiciais: diálogos transnacionais. 1ª ed. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018, p. 169-204.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo, RT, 2001.

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. Vol. 186. São Paulo: RT, 2010, p. 87-107.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Edipro, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Vol. 1. Brasília: UnB, 2010.

BODART, Bruno V. da Rós. Tutela de evidência. São Paulo: RT, 2015.

BONE, Robert G. The economics of civil procedure. New York: Foundation Press, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. (In)devido processo legislativo e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/032.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos In: Código de Processo Civil: histórico da lei. Vol. I. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 1974.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. vol. 231. São Paulo: RT, 2014, p. 201-223.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais e termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo. Vol. 8. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Concurso de Titularidade. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. O gerenciamento de Processos Judiciais. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados e súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à razoável duração do processo: entre eficiência e garantias. Revista de Processo. Vol. 223. São Paulo: RT, 2013, p. 39-53.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Revista de Processo. Vol. 192. São Paulo: RT, 2011, p. 397-415.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Processos coletivos e políticas públicas. São Paulo: Contracorrente, 2016.

CASTELLO, Juliana Justo Botelho. A litigância de massa: ações coletivas e técnicas de agregação. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2014.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public litigation. Harvard Review. Vol. 89, 1976, p. 1281-1316.

COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito e segurança jurídica. Revista brasileira estudos constitucionais. Nº 31. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 867-892.

COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas nacionais para 2018 aprovadas no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; *et ali*. (Coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 449-473.

CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 55. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016

CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Art. 694. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à Saúde: de norma programática a direito individual exigível. *In*: Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, Vol 19, nº 34, ago. 2012, p. 119-132.

CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo. Vol. 77, São Paulo: RT, 1995, p. 224–235.

CUNHA, Guilherme Antunes da. Lições de Processo Civil: recursos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial. Documento técnico nº 319 do Banco Mundial. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

DANTAS, Bruno. Teoria dos recursos repetitivos. São Paulo: RT, 2014.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. 12ª ed. São Paulo: RT, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6ªed. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DYSON, John Anthony. The Application to the Amendments to the Civil Procedure Rules. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/10/mr-speech-judicial-college-lecture-2013-1.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FERRARO, Marcella. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de mestrado. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito/UFPR, 2015, *apud* MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali*. Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Argumentação Jurídica. 2ª ed. Barueri: Manole, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FISS, Owen. The Allure of individualism. *Iowa Law Review*. nº 78, 1993, p. 965-979.

FONSECA, Juliana Pondé. O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro: direito e política em processo. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2015.

FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. Art. 332. *In: STRECK, Lenio Luiz; et ali.* (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Juarez. Interpretação sistemática do direito. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRIEDMAN, Lawrence M. Litigância e sociedade. *In: Revista de Direito Administrativo*. Vol. 263. Rio de Janeiro, maio/ago. 2013, p. 13-34.

FRIEDMAN, Lawrence. Access to Justice: some historical comments, 37 *Fordham Urb. L.J.* 3 (2010), p. 3-15.

GALANTER, Marc. Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Vol. 9, 1974, p. 165-230.

GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 55. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo* (Coord). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GARCEZ, Martinho. Das nulidades dos atos jurídicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.* (Org.). Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol IX. São Paulo: RT, 2009.

GOUVEIA, Bruno Paiva. Ações coletivas e mecanismos de julgamento de demandas repetitivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Vol 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HART, H. L. A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ISSACHAROFF, Samuel; *et ali*. Princípios do Direito: Processo agregado. São Paulo: RT, 2017.

JOBIM, Marco Félix. As funções da eficiência no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2018.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JÚNIOR, Nelson Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014.

KLONOFF, Robert H. Class actions and other multi-party litigation in a nutshell. Second edition. St. Paul: Thomson West, 1999

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.). Meios de impugnação ao julgado civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2014

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos da esfera individual. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

MARCELINO JR., Julio Cesar. Análise Econômica do Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. Complex Litigation: cases and materials on advanced civil procedure. Sixth Edition. St Paul: West Academic Publishing, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela de Direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. Diálogo das fontes. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Aluisio de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. Revista de Processo. Vol. 222. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas. *In: ZANETI JR. Hermes. (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016.*

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris. Vol. 8. Rio de Janeiro, 2015.*

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo. *In: TAVARES, Marcelo Leonardo. (Coord.). Direito Administrativo. Niterói: Impetus, 2005.*

MOREIRA, Egon Bockmann; *et ali.* Comentários à Lei de Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. *In: WMABIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol IX. São Paulo: RT, 2009.*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In: Temas de Direitos Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. *In: Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Litisconsórcio unitário. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *In: Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.*

MOTTA, Otávio Verdi. Justificação da decisão judicial. São Paulo: RT, 2015.

MULLENIX, Linda. Ending class actions as we know them: rethinking the american class action *Emory Law Journal. Vol. 64, p. 401-449.*

MULLENIX, Linda. New frontiers for resolving aggregate litigation in the United States: the MDL experience. Palestra proferida na Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 22 e novembro de 2018.

NETO, Francisco de Barros e Silva. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico. *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Competência no processo civil. São Paulo: Método, 2005

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Ana Luisa Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. *In*: MARQUES, Claudia Lima; REICHELDT. (Coord.). Diálogos entre o Direito do Consumidor e o novo CPC. São Paulo: RT, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199. São Paulo: RT, 2011, p. 41-82.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Rizzatto *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O sistema de pretensões repetitivas: entre justiça formal e razoável duração do processo (uma análise do prazo de suspensão de demandas e de recursos repetitivos no Código de Processo Civil). *Revista de Processo*. Vol. 284. São Paulo: RT, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa Julgada e Precedente*. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2014.

OSNA, Gustavo. Nem tudo, nem dada – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017.

PANTOJA, Fernanda Medina. Art. 165. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PENA, Ana Maria Moliterno. *Microsistema: o problema do sistema no polissistema*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2007.

PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PESSOA, Paula. *Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014.

PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. The management of civil cases: a snapshot. *In: Civil Justice Quarterly*, 25, 2006.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ y JUNOY, Joan. El Derecho Procesual entre el garantismo y la eficacia: em debate mal planteado. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta* Vol. VI, nº 1, 2012.

PITKIN, Hanna Fenichel. *El concepto de representacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo 3. Campinas: Bookseller, 1998.

QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

REHBINDER, Manfred. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. *In: As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2017

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: ZANETI JR. Hermes. (Coord.). Processo Coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RODRIGUES, Roberto de Aração Ribeiro. Ações Repetitivas. Curitiba: Juruá, 2013.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações Repetitivas. Casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência. São Paulo: RT, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos; et ali. Novo CPC: A “revisão” final: algumas alterações parecem ir muito além do escopo de uma revisão formal. JOTA, 13 de mar. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/novo-cpc-a-revisao-final-13032015>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2017.

ROSENBERG, David. Avoiding Duplicative Litigation of similar claims: the superiority of class action vs. collateral estoppel vs. standard claims market. Harvard Law School, nº 394, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 21, 1987, p. 11-37.

SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2018.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. London: Harvard University Press, 2009.

SHERMAN, Edward F. Class actions and duplicative litigation. Indiana Journal. Vol. 62, 1987, p. 507-559.

SILVA NETO, Antônio de Barros. A Crise do Supremo Tribunal Federal e a Delimitação de suas Competências. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-crise-do-supremo-tribunal-federal-e-a-delimitacao-de-suas-competencias/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Ovídio A. Batista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Ricardo Menezes da. Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). O processo civil entre a técnicas processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2017.
- SILVER, Charles. Comparing class actions and consolidations. *The Review of Litigation*. Vol. 10. 1991
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. “Justiça em Pesquisa” Relatório Analítico Propositivo. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018.
- STRECK, Lenio. Art. 927. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. *In: ZANETTI JR., Hermes (Coord.). Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TIDMARSH, Jay; TRANSGRID, Roger H.; *Modern Complex Litigation*. Second Edition. Nova York: Foudation Press, 2010.
- TIMSIT, Gérard. Sistema. *In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário de Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*. Vol. 218. São Paulo: RT, 2013.

VENTURI, Elton. Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. A tutela dos direitos e a responsabilidade civil preventiva. São Paulo: Malheiros, 2014.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.

VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Jota, 15 de jan. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284. São Paulo: RT, 2018.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo, RT, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: RT, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre Questão de Fato e Questão de Direito para fins de cabimento de Recurso Especial. Revista de Processo. Vol. 92. São Paulo: RT, 1998, p. 52-70.

WANDERLEY, João Flávio Vidal. O objeto e a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas: as situações jurídicas repetitivas e os direitos individuais homogêneos no cerne do debate. Revista de Processo. Vol. 285. São Paulo: RT, 2018, p. 235-270.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. Revista de Processo. Vol. 234. São Paulo: RT, 2014, p. 181-205.

ZAVASKI, Teori. Processo Coletivo. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017.

WOLKART, Erik Navarro. O fetiche dos microssistemas no novo código de processo civil – integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos

de processos repetitivos. In: Dierle Nunes; Aluisio Mendes; Fernando Jayme. (Org.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. 1ªed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 363-400.

SCARAMUZZO, Mônica; *et ali*. Desembolso com Judiciário chega a 2% do PIB no País. O Estado de S. Paulo, 02 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desembolso-com-judiciario-chega-a-2-do-pib-no-pais,70002629765>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

TATEMOTO, Rafael. Judiciário do Brasil custa mais caro e tem menos juízes que a Alemanha. Justificando, 15 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/05/15/judiciario-brasil-custa-mais-carro-e-tem-menos-juizes-que-alemanha/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.