

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E AÇÃO COLETIVA RELATIVA A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: diálogo integrativo

José Maria Tesheiner*
Cíntia Teresinha Burhalde Mua**

Resumo: Examina-se neste estudo o impacto da introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas sobre as ações relativas a direitos individuais homogêneos, propondo-se uma leitura sistemática dos dois institutos, para recíproca integração, com vistas à efetividade do acesso à Justiça e à duração razoável do processo.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Ação homogeneizante. Ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos.

Abstract: This study examines the impact of the introduction of the incident of resolution of repetitive demands on actions related to individual homogeneous rights, and proposes a systematic reading of the two institutes, for reciprocal integration, effective access to justice and reasonable duration of the proceeding.

Key words: Incident of repetitive demands resolution. Homogenizing actions. Class actions.

Sumário: 1. Coexistência. 2. Comparativo. 3. Alternatividade. 4. Integração. 5. Considerações finais. Referências.

* Professor de Processo Civil na PUCRS, Desembargador aposentado do TJRS.

** Professora ENFAM e AJURIS, Juíza de Direito TJRS.

1 Coexistência

O incidente de resolução de demandas repetitivas, suscitado em processo pendente, determina a competência funcional de um órgão do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal para decidir questão de direito comum a outros processos pendentes, com vistas a uma resposta igual, tanto no processo em que suscitado o incidente, como nos demais, inclusive os futuros. Trata-se, na essência, de um mecanismo de uniformização de jurisprudência.

A ação homogeneizante ou ação relativa a direitos individuais homogêneos é proposta por um substituto processual, para a proteção de direitos individuais homogêneos, definidos como tais os reunidos em um mesmo processo para a definição prévia de uma questão comum de fato ou de direito.

Embora previstas no Código do Consumidor, as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos não se limitam às relações de consumo:

É cabível o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores, devendo ser reconhecida a legitimidade do Sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa. Precedente em caso idêntico (STJ, 2ª Turma, REsp 1257196 / RS RECURSO ESPECIAL 2011/0095430-8, Min. Mauro Campbell Marques, rel., j. 16/10/2012).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985, com redação dada pela Lei n. 8.078/1990, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores, sendo, portanto, legítima a propositura da presente ação pelo Sindicato em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1241944 / SP AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0050145-1, Min. Cesar Asfor Rocha, rel., j. 24/04/2012).

Tanto o incidente de resolução de demandas repetitivas quanto a ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos supõem direitos individuais e uma questão comum controvertida (só de direito, no caso do incidente; de fato ou de direito, no caso da ação).

O incidente de demandas repetitivas dificilmente produzirá impacto sobre as ações coletivas relativas a interesses ou direitos difusos (ações civis públicas), bem como sobre as ações relativas a direitos coletivos *stricto sensu*, porque só muito excepcionalmente haverá multiplicidade dessas ações contendo controvérsia sobre a mesma questão de fato ou de direito.

Pelo contrário, com relação às ações homogeneizantes, a experiência brasileira já mostrou a possibilidade de múltiplas ações coletivas, haja vista, por exemplo, as ações coletivas relativas à correção monetária das cadernetas de poupança. Mais facilmente ainda poderá ocorrer que se suscite o incidente havendo uma só ação coletiva e múltiplas ações individuais envolvendo a mesma matéria.

A introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas em nosso sistema jurídico não implica a remoção da ação homogeneizante. Não há incompatibilidade. O incidente, que supõe a preexistência de ações repetitivas, pode ser suscitado ainda que já proposta ação coletiva. Esta, por sua vez, pode ser proposta ainda que antes não haja sido proposta qualquer ação relativa à matéria comum controvertida. Ademais, no incidente, a questão controvertida é necessariamente de direito.

Observam Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto de Aragão:

No que se refere à extensão dos efeitos da decisão proferida, também há nítida diferença entre o incidente contido no Projeto de novo Código de Processo Civil e as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos. Com efeito, se nestas ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada para alcançar os membros do grupo substituídos somente nas hipóteses de procedência (*secundum eventum litis*), a solução adotada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas é diversa, e consideravelmente mais contundente, na medida em que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações isomórficas produzirá eficácia *pro et contra*.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que os mecanismos processuais das ações repetitivas, apesar de sua adequação à tutela dos direitos individuais homogêneos, também possuem uma limitação, que consiste na imprescindibilidade de ajuizamento de ações individuais, fator que inviabilizaria a proteção dos denominados danos de bagatela.

Assentada a premissa de que tanto os mecanismos representativos das ações coletivas como aqueles regidos pela lógica do julgamento por amostragem dos processos seriados possuem limitações na função de tutela dos direitos individuais homogêneos, sustentamos a coexistência harmônica entre eles, mesmo após o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas, apontado como a grande novidade do Projeto de novo Código de Processo Civil e que passará a ser analisado a seguir (MENDES).¹

2 Comparativo

Tanto o incidente quanto a ação implicam competência funcional do Tribunal, mas, no caso do incidente, o Tribunal tem competência *originária* para julgar a questão comum; no caso da ação, o Tribunal tem competência *recursal* para julgá-la, cabendo ao juiz de primeiro grau o julgamento originário.

O incidente pode ser provocado pelo juiz ou pelo relator, pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (art. 977). Para a ação, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a legitimidade concorrente do Ministério

¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, v. 211, p. 191, set. 2012.

Público; da Defensoria Pública (Lei 11.448/2007); da União, dos Estados e do Distrito Federal; de entidades e órgãos da Administração Pública e de associações, sem que haja hipótese de iniciativa judicial.

O incidente determina a suspensão das demais ações repetitivas. A pendência da ação homogeneizante não impede, em princípio, o prosseguimento das ações individuais em curso, mas tem havido casos de suspensão determinada de ofício pelo tribunal competente para conhecer do recurso.

A decisão proferida no incidente deve ser aplicada por todos os juízes vinculados ao Tribunal, tanto nos processos pendentes quanto nos futuros.

A sentença, na ação coletiva, somente pode beneficiar o substituído. Assim, a sentença de improcedência não prejudica a ação individual do substituído. O réu poderá, porém, obter absolvição definitiva, se couber e for suscitado o incidente, com decisão de mérito que lhe seja favorável. Contudo, não poderá suscitar o incidente, havendo uma única ação coletiva, por falta do pressuposto da multiplicidade de ações.

Os titulares dos direitos individuais tanto podem intervir no incidente quanto na ação proposta por substituto processual. No caso do incidente, ficam vinculados ao decidido, intervenham ou não; no caso de ação homogeneizante, a assistência do titular de direito individual na ação coletiva proposta pelo substituto determina sua vinculação ao decidido, ainda que a decisão lhe seja desfavorável (se não intervém, não fica vinculado à decisão desfavorável, podendo propor ação individual).

O incidente admite a intervenção de *amicus curiae*, facultando-se-lhe inclusive a interposição de recurso. A intervenção de *amicus curiae* em ação homogeneizante é expressamente prevista na que verse sobre a proteção do mercado de capitais (Lei 6.385/76, art. 31) e a da concorrência (Lei n. 12.529/2001, art. 118). A tendência é no sentido de admitir-se a intervenção nas ações coletivas em geral, mas sem legitimidade para a interposição de recursos.

O julgamento do incidente, tanto quanto o da questão comum em ação homogeneizante, não importa aplicação do direito ao caso concreto. Em ambos os casos, supõe-se, por isso, um julgamento ulterior, para completá-lo, o qual, no caso de incidente, é proferido pelo juízo de cada uma das ações repetitivas e, no caso da ação, pelo juiz da liquidação e execução.

São múltiplos os efeitos da decisão proferida no incidente: o principal, é o predeterminar o conteúdo da decisão ulterior a respeito do caso concreto; com base na decisão proferida, pode o juiz, em ação subsequente, rejeitar liminarmente o pedido contrário ao entendimento nele firmado (art. 332, III); a sentença proferida em conformidade com o decidido no incidente não se sujeita a reexame necessário (art. 496, § 4º, III); pode o relator monocraticamente dar pro-

vimento à apelação interposta de sentença que haja decidido em sentido contrário à tese firmada no incidente (art. 932, V, c); no cumprimento provisório de sentença é dispensada caução, se a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com o julgado no incidente (art. 521, IV e 928, I, combinados). Os efeitos da decisão que, em ação homogeneizante, julga a questão comum são mais limitados: a tese nela consagrada não impede decisão contrária em outros processos; o julgamento de improcedência impede a renovação da ação, salvo se proferido com insuficiência de provas; não impede a propositura de ações individuais repondo em discussão a matéria decidida; se de procedência, há condenação genérica em favor dos titulares dos direitos individuais.

O artigo 16 da Lei 7.347/85, limita a eficácia da sentença aos limites da competência do órgão prolator. Trata-se de dispositivo muito criticado, de duvidosa aplicação às ações homogeneizantes. A tendência jurisprudencial é no sentido de se esvaziar esse dispositivo de qualquer consequência prática. Recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista faz coisa julgada *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, uma vez que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo” (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC) (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, em 19/10/2011, DJe 12/12/2011. STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1094116 / DF AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0213789-1, Min. Luis Felipe Salomão, rel., j. 21/05/2013).

Suposto que aplicada a regra legal, a sentença proferida em ação homogeneizante não pode beneficiar senão os titulares dos direitos individuais domiciliados ou residentes no Estado ou Região correspondente ao território do respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. O incidente, por sua vez, não poderá senão definir a tese aplicável nos processos pendentes no território do respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem estender os efeitos da decisão a todo o território nacional.

3 Alternatividade

Haverá casos em que tanto poderá ser suscitado o incidente quanto proposta ação homogeneizante, podendo o observador deparar-se com ações individuais repetitivas e com uma ou mais ação homogeneizante. Mais: o incidente poderá ser suscitado na própria ação coletiva, suposta a existência de outras ações, individuais ou coletivas, contendo controvérsia sobre a mesma matéria. Poderá

ocorrer, pois, que alguma ação individual reste duplamente suspensa, uma vez, porque requerida ou determinada em atenção à existência da ação coletiva e uma segunda vez por força do incidente.

Haverá casos em que somente será viável a propositura de ação coletiva. Referimo-nos, aqui, à hipótese dos chamados “danos de bagatela”: individualmente, o valor sofrido por cada um dos prejudicados é tão diminuto que não justifica a propositura de ação individual, sendo, porém, significativo o valor do proveito ilícitamente obtido pela parte adversa.

Haverá casos em que somente será viável o incidente. Referimo-nos, aqui, às hipóteses em que a propositura de ação homogeneizante esbarra em proibição legal. O artigo 1º, § único, da Lei 7.347/85, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001, estabelece:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

4 Integração

O incidente veio à baila como instrumento de racionalização do acesso à jurisdição, sem enfrentar o problema central do congestionamento do sistema de Justiça estatal: a visão individualista da provocação do Estado-Juiz, mesmo diante de conflitos massivos.

O crescente aumento das demandas processuais não será diretamente mitigado pelo novel instituto: continuarão a ser propostas milhares de ações individuais relativas ao mesmo conflito; instaurado o IRDR e decidida a questão comum unicamente de direito,² seguir-se-ão milhares de sentenças e fases de cumprimento individuais, mantendo-se o padrão da atuação atômico-burocrática da *jurisdictio*, inviabilizando a efetivação da garantia da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/88), com acentuado custo político-econômico-social.

Já a ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos assenta-se numa linguagem prevencionista da colapsia do sistema, com a identificação prévia da verdadeira natureza do conflito. A provocação do Estado-Juiz, nos indivi-

² Como dissociar as questões de direito dos fatos? A regulamentação do IRDR não prevê mecanismo de exclusão, através do qual as partes possam demonstrar que seu processo não envolve a mesma questão de direito e, portanto, ilidir a suspensão do artigo. Nesta quadra, haveria violação ao contraditório e à ampla defesa?

duais homogêneos, dá-se por meio de representante do grupo,³ com a concentração de atos processuais num mesmo *iter* e, ao final, uma sentença única para a definição do *an debeatur*.

Uma virada copernicana seria interrelacionar os institutos – IRDR e ação coletiva homogeneizante – a serviço da maximização do acesso à Justiça,⁴ que dialoga com a adequação e a eficiência da técnica processual eleita para a tutela de direitos.

O artigo 139, X, NCPC⁵ explicita o processo coletivo como técnica de administração da Justiça, ao estabelecer o poder-dever do juiz de, sempre que se deparar com ações individuais repetitivas, comunicar aos representantes adequados para o ajuizamento da demanda coetânea.

A lógica do Estado Democrático de Direito é que a magistratura, enquanto titular de parcela do poder soberano, não execute apenas tarefas parcelares, monótonas e inefetivas para a solução do conflito massivo.

A visão atomizada, lastreada no individualismo, não atende à efetividade do acesso à jurisdição dos direitos individuais homogêneos, devendo ser privilegiadas as técnicas de tratamento molecular da controvérsia.

Assim, a potencialização do uso do processo coletivo é estratégia que atende à concretização de direitos fundamentais, cuja justiciabilidade é proporcional à adequação dos instrumentos de manejo.

Uma leitura sistemática dos artigos 976, I e II NCPC⁶ e 985, I, do Código de Processo Civil,⁷ combinada com o poder-dever insculpido no seu artigo 139, X e com a garantia da duração razoável do processo, permite concluir que,

³ Estabelecida por legitimação concorrente, espelho do pluralismo político, que democratiza a administração da Justiça pela opção consciente do uso racional do sistema.

⁴ Coligado umbilicalmente ao princípio político da dignidade da pessoa humana e consectário da inafastabilidade da jurisdição, funciona como garantia instrumental para a efetividade de todos os demais direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

⁵ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
[...]

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o 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.

⁶ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁷ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; [...]

havendo concorrência da provocação da jurisdição pelas técnicas do processo individual e coletivo, a tese jurídica definida no IRDR *deve gerar sentença única no bojo do processo coletivo homogeneizante prevento no espectro da competência territorial do tribunal correlato*, eleito como o caso representativo da controvérsia,⁸ ao qual ficam vinculados todos os processos pertinentes.

Há de se entender também que, após o trânsito em julgado da decisão do processo coletivo paradigma, as ações individuais sobre a mesma tese jurídica são convertidas, *ex officio*, em fase de cumprimento de sentença, na esteira de jurisprudência já consolidada no STJ (REsp 1110549/RS),⁹ prosseguindo para a satisfação do *quantum debeatur*, evitando, sempre que possível, desnecessária e tautológica prolação de sentenças individuais em cada uma das ações propostas.

Por uma questão de isonomia, idêntico tratamento será aplicado às petições iniciais de ações individuais futuras sobre a mesma questão unicamente de direito cuja tese jurídica já tenha sido anteriormente definida no IRDR,¹⁰ salvante a hipótese do artigo 332 *caput* c/c seu inciso III, NCPC.¹¹

A definição do processo coletivo homogeneizante prevento como representativo da controvérsia e a prolação de sentença única sobre a questão exclusivamente de direito definida no incidente representam um avanço significativo em relação ao sistema atual da ação coletiva dos interesses individuais homogêneos (ou acidentalmente coletivos), cuja sentença, ao aplicar a tese jurídica definida no IRDR, não produzirá apenas eficácia *secundum eventum litis*, mas *pro et contra*, viabilizando racionalização do acervo e gerenciamento do ingresso processual de ações individuais repetitivas, atendendo ao interesse de toda a coletividade quanto à efetividade do acesso material à jurisdição, que

⁸ Definindo-se assim, critério claro e objetivo para a escolha do caso paradigma, uma das diversas questões polêmicas do instituto recém introduzido em nosso sistema jurídico.

⁹ RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3. Recurso Especial improvido. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

¹⁰ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: [...]

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

¹¹ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...]

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...]

não se confunde com mera celeridade, mas corporifica o espaço do processo justo, útil, adequado, prestado em tempo razoável e que considera a eficácia do uso dos recursos públicos (humanos e materiais).

5 Considerações finais

O incidente de resolução de demandas repetitivas coexistirá com as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, podendo determinar a suspensão dessas ações e até mesmo a perda superveniente do interesse de agir, proferindo-se decisão com maior eficácia, dado que *pro et contra* os efeitos da decisão do incidente.

A definição do processo coletivo homogeneizante prevento como representativo da controvérsia e a prolação de sentença única sobre a questão exclusivamente de direito definida no incidente representam um avanço significativo em relação ao sistema atual da ação coletiva dos interesses individuais homogêneos, viabilizando racionalização do acervo e gerenciamento do ingresso processual de ações individuais repetitivas, atendendo à efetividade do acesso substancial à jurisdição.

Referências

GIDI, A.; MAC-GREGOR, E. F. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México, DF: Porrúa, 2004.

MENDES, A. G. Incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/08/ENFAM-IRDR-ALUISIO-MENDES-27-de-agosto-de-2015-com-fundo-1.pps>>. [s.d.].

MUA, C. T. *Acesso material à jurisdição: da legitimidade ministerial na defesa dos interesses individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2010.

NETO, N. C. Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463>. [s.d.].

ROLLIN, C. F. A garantia da igualdade no processo civil frente ao interesse público. In: PORTO, S. G. *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre a constituição e o processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SALES, R. C. Novo Código de Processo Civil e incidente de resolução de demandas repetitivas IRDR: breves considerações. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9128/Novo-Codigo-de-Processo-Civil-e-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-IRDR-breves-consideracoes>>. Acesso em: 2016.

SANTOS, G. Novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Disponível em: <<https://jus.com.br/1038469-giuseppe-santos-publicacoes>>. [s.d.].

