

DA (I)LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO IRDR

Luiz Guilherme Marinoni

Sumário: 1. O objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas; 2. A justificativa da exclusão dos litigantes das demandas individuais; 3. Coisa julgada sobre questão; 4. A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a questão já decidida: non-mutual collateral estoppel; 5. O desenvolvimento do collateral estoppel: das questões de fato às questões de direito e a sua colocação em face da class action; 6. A aproximação entre o collateral estoppel e o stare decisis; 7. O equivocado uso da ideia de “precedente” para justificar a decisão de questão prejudicial de muitos em incidente destituído de possibilidade de participação em contraditório; 8. Participação e representação adequada: a falta de preocupação com “representação adequada” no incidente de resolução de demandas repetitivas; 9. Incidente de resolução de demandas enquanto justiça dos demandantes “sem rosto e sem fala”; 10. Ilegítima e inconstitucional opção por quem viola direitos em massa; 11. O descaso em relação à ação coletiva e a preferência pelo incidente de resolução de demandas repetitivas; 12. Correção da inconstitucionalidade; 13. A ressurreição da força da representatividade adequada

1. O objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas

O incidente de resolução de demandas repetitivas surgiu como meio para facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas, que dependem da análise e decisão de uma “mesma” questão de direito (art. 976, I, CPC). Pretendeu-se igualmente evitar decisões diferentes para uma mesma questão, frisando-se que a instauração do incidente depende de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, II, CPC).

Na verdade, a isonomia e a segurança jurídica não constituem propriamente requisitos para a instauração do incidente, mas a justificativa do legislador para a sua previsão no Código de Processo Civil. É que, havendo centenas ou milhares de demandas que dependem da solução de uma mesma questão de direito, sempre há possibilidade de decisões diferentes para casos iguais.

Parte-se da premissa de que, como há apenas uma única questão a atingir todos os demandantes, cabe resolvê-la em separado, outorgando-se à decisão eficácia perante todos



Luiz Guilherme Marinoni

Professor Catedrático da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Conselheiro da International Association of Procedural Law.

os litigantes das diversas ações individuais. Como é fácil perceber, o incidente, ao excluir a participação de todos em nome da otimização da resolução das demandas, exige grande esforço interpretativo.

2. A justificativa da exclusão dos litigantes das demandas individuais

O legislador, para justificar a instituição de um procedimento que exclui a participação dos titulares da questão a ser resolvida, apegou-se à ideia de decisão que deve ser obrigatoriamente observada pelos juízes. Afirma o art. 927, III, do Código de Processo Civil, que “os juízes e os tribunais observarão” (...) “os acórdãos em incidente de assunção de incompetência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Trata-se de clara suposição de que a decisão proferida em incidente que julga questão de direito de titularidade de muitos pode a eles ser naturalmente estendida, como se fosse um precedente obrigatório. O incidente de resolução de demandas repetitivas, ao afastar os litigantes das ações individuais da discussão da *mesma* questão de direito (art. 976, I, CPC), supõe que a decisão dessa questão nada mais é do que um precedente que se aplica aos casos pendentes.

Note-se, aliás, que o art. 985 traz confissão neste sentido, afirmando não só que a decisão - chamada de “tese jurídica” - “*será aplicada*” 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” e “*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” (art. 985, I e II, CPC), mas também que, “*não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação*” (art. 985, § 1º, CPC).

Um precedente fixa o sentido do direito e, por isso, *naturalmente* diz respeito a todos, enquanto uma decisão que resolve questão de direito que constitui prejudicial à tutela jurisdicional do direito de muitos, além de ter valor enquanto resolução de uma específica questão de direito, tem eficácia de coisa julgada em relação aqueles que têm os seus direitos discutidos. Torna-se necessário, assim, distinguir precedente de coisa julgada que recai sobre questão e pode atingir terceiro (artigos 503, § 1º e 506, CPC).

3. Coisa julgada sobre questão

A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, CPC), vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida. De modo que a única dificuldade está em esclarecer o que significa proibir rediscutir questão já decidida.

Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de relitigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um *inusitado e ilegítimo*

“collateral estoppel”.

Assim, na hipótese de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução dos vários casos pendentes.

Note-se que o novo código não limita a coisa julgada à parte dispositiva, mas admite a sua incidência sobre a questão, afirmando em seu art. 503, § 1º que a coisa julgada *“aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: i - dessa resolução depender o julgamento do mérito; ii - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; iii - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.* Enquanto isso, diz o art. 506 que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.*

No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida a decisão do órgão julgador incumbido do incidente. Significa que se está diante de coisa julgada que afeta terceiros. Para que isso seja legítimo, na medida em que uma decisão não pode prejudicar a quem não pode participar, é indispensável viabilizar a participação do representante adequado dos litigantes excluídos.

Na verdade, o incidente de resolução, se bem visto – admitindo a participação do representante adequado -, é uma técnica processual absolutamente atrelada à coisa julgada em benefício de terceiros. Veja-se que

tanto aquele que pode ser beneficiado pela coisa julgada, quanto aquele que pode ser excessivamente exposto à necessidade de se defender para não ser prejudicado por decisão que possa produzir coisa julgada em benefício de todos os seus adversários, pode requerer a instauração do incidente: i) para que a questão de todos seja discutida em processo conduzido por representante adequado que efetiva e vigorosamente defenda os direitos e ii) para que a questão de direito não venha a ser discutida e decidida inúmeras vezes, sempre com a possibilidade de produzir coisa julgada em benefício de terceiros. *De modo que o incidente tem importância para evitar que a coisa julgada em benefício de terceiros possa gerar abusos.*

4. A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a questão já decidida: *non-mutual collateral estoppel*

Interessa lembrar que a proibição de relitigar questão já decidida surgiu no direito inglês e, posteriormente, foi bastante desenvolvida no direito estadunidense. Apenas mais tarde foi vista como útil por alguns doutrinadores da Europa continental¹. O que se chama de *collateral estoppel* no *common law* é, em substância, o que se denomina de coisa julgada sobre questão no *civil law*. Mas a lembrança da origem do instituto é importante para demonstrar que o *collateral estoppel* é um instituto que, antes de mais nada, está preocupado em preservar a autoridade da decisão. Poder rediscutir a questão que está à

1 Assim, por exemplo, Michele Taruffo, *“Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni*, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 290 e ss. Mais recentemente, ver Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, Padova: Cedam, 2007.

base do dispositivo da decisão implica poder obscurecer a sua essência, fragilizando-se significativamente a sua autoridade.

Contudo, se a proibição de voltar a discutir questão determinante do resultado faz parte de orientação presente há muito no *common law*, só mais recentemente, em meados do século XX, surgiu no Estados Unidos a discussão a respeito da possibilidade de o terceiro – que não participou do processo – poder invocar a proibição da relitigação da questão já decidida. Antes disso, o *collateral estoppel* só podia ser alegado em ação posterior *entre as mesmas partes* – por qualquer das partes que discutiu a questão decidida – e, nesse sentido, falava-se em mutualidade do *estoppel*. O debate acerca da possibilidade de proibir a parte de relitigar decisão diante de *outro adversário* foi iniciado no célebre caso *Bernhard v. Bank of America National Trust and Savings Association*, decidido pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 40².

A Suprema Corte estadunidense tratou pela primeira vez do assunto apenas em 1971, em *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation*³. Em *Blonder-Tongue*, a Universidade de Illinois alegou violação da sua patente. Porém, a Universidade já havia alegado, em ação anterior em que litigou *com outra parte*, que a sua patente teria sido infringida, quando então se declarou a invalidade da patente. Diante disso, discutiu-se na Suprema Corte se a Universidade poderia ser impedida de rediscutir a decisão que anteriormente

declarara a invalidade da sua patente. A Suprema Corte fez importantes considerações quanto às consequências econômicas da abertura à relitigação da validade da patente e, com base nelas, revogou parcialmente o precedente firmado em *Triplett v. Lowell*, alegando que a mutualidade do *estoppel* estava “*out of place*”. Entretanto, para deixar de lado o princípio da mutualidade firmado em *Triplett*, lembrou a Suprema Corte que a proibição de a parte voltar a litigar uma questão já decidida dependeria da verificação de se ela teve “*full and fair opportunity*” para litigar no processo anterior. Diante deste ponto, disse a Suprema Corte que se as questões em ambas as ações devem ser idênticas torna-se fácil decidir se a parte teve oportunidade de litigar de modo completo e adequado a questão.

Tanto em *Bernhard* quanto em *Blonder-Tongue* firmaram-se os seguintes requisitos para a admissão da proibição de rediscussão: i) a questão que se pretende discutir deve ser idêntica (*the issue is identical*) àquela que já foi discutida; ii) deve ter ocorrido julgamento final de mérito (*a final judgments on the merits*) na ação anterior; iii) o litigante que se pretende proibir de discutir a questão deve não só ter sido parte na ação anterior, mas nela deve ter tido ampla e justa oportunidade de participar⁴. Nessas condições, o *collateral estoppel* passou a ser designado de *non-mutual collateral estoppel* exatamente para evidenciar a possibilidade

2 Austin Scott, *Collateral Estoppel by judgment*. *Harvard Law Review*. Vol. 56. 1942; Brainerd Currie, *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine*. *Stanford Law Review*. Vol. 9. 1957.

3 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313 (1971).

4 “The Supreme Court, Mr. Justice White, held that in patent infringement suit, patentee is estopped to assert validity of patent that has been declared invalid in prior suit in federal court against a different defendant, unless patentee demonstrates that he did not have full and fair opportunity, procedurally, substantively, and evidentially, to litigate the validity of his patent in the prior suit” (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971).

de terceiro poder invocar a proibição de rediscussão contra aquele que participou.

O *non-mutual collateral estoppel* foi pensado inicialmente em perspectiva defensiva e, apenas posteriormente, enquanto *offensive collateral estoppel*. *Blonder-Tongue* é um caso típico de *defensive collateral estoppel*, já que *Blonder-Tongue* se defende mediante a alegação de proibição de relitigação da questão da validade da patente.

Mas existem vários casos em que terceiro invoca a proibição de rediscussão para obter condenação daquele que, num primeiro processo, foi responsabilizado e condenado a pagar indenização em virtude do acidente que também o vitimou. Fala-se, nesse caso, de *offensive collateral estoppel*⁵. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em favor do uso ofensivo do *collateral estoppel* em 1979, ao julgar *Parklane v. Shore*. É interessante que, nesta ocasião, a Suprema Corte teve oportunidade de distinguir *Parklane* em face de *Blonder-Tongue* não só para demonstrar a distinção conceitual entre o *offensive* e o *defensive collateral estoppel*, mas sobretudo para evidenciar a diferença de consequências concretas e práticas entre o uso de um e de outro. De qualquer forma, a Corte concluiu que nenhum dos argumentos que poderiam

justificar a rejeição do uso do *offensive collateral estoppel* estariam presentes no caso sob julgamento e, assim, decidiu que as partes estavam *collaterally estopped* de relitigar a questão.

Do problema e da discussão levada a efeito no direito estadunidense⁶ retiram-se consequências muito importantes para o direito brasileiro, especialmente para a sobrevivência do incidente de resolução de demandas repetitivas: i) o *collateral estoppel* proíbe a rediscussão de questão já decidida; ii) o *non-mutual collateral estoppel* permite que terceiro invoque a proibição de discussão de questão já decidida desde que a questão posta no novo processo seja idêntica, tenha sido julgada mediante sentença final de mérito, e que aquele que se pretende proibir de voltar a discutir tenha adequadamente participado do primeiro processo; iii) os terceiros, quando a decisão não os beneficia, sempre conservam o direito de propor as suas ações sem qualquer limitação de discussão. Claramente significa que a proibição de relitigar questão já decidida jamais pode prejudicar aquele que não teve oportunidade de discuti-la. Isso porque, como foi assentado em *Parklane v. Shore*, não há como atingir quem não participou do processo e, portanto, não teve oportunidade de ser ouvido, sem violar o *due process*.

5. O desenvolvimento do *collateral estoppel*: das questões de fato às questões de direito e a sua colocação em face da *class action*

A proibição de relitigar questão, surgida no ancestral direito inglês, limitou-se num

5 Lisa L. Glow, *Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy*. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988; Ashley C. Perea, *Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel*, *Arizona State Law Journal*, Vol. 40. 2008; Joshua M. D. Segal, *Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions*. *Boston University Law Review*. Vol. 89. 2009; Eli J. Richardson, *Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel*. *Mississippi Law Journal*. Vol. 65. 1995; Steven P. Nonkes, *Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits*. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009.

6 Warren Freedman, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, Westport: Quorum, 1988.

primeiro momento aos fatos. É interessante recordar que a tradição da cultura inglesa foi particularmente marcada pelos valores do calvinismo e do protestantismo acético⁷. Esses valores não só apontaram para um modo de vida que impunha a previsibilidade do direito e, por consequência, colaboraram para o surgimento do mecanismo do *stare decisis*⁸, como também tiveram influência nas bases daquilo que mais tarde veio a ser concebido como *collateral estoppel*. É possível dizer que no direito inglês, as preclusões, compreendidas como formas de proibição de retorno a algo já afirmado ou decidido, têm como fundamento a ideia de que o homem não pode negar as situações para as quais contribuiu com a sua própria conduta.

Esse princípio de ordem religiosa e moral tomou forma jurídica e teve grande repercussão sobre o desenvolvimento do direito processual. Importa aqui ter em conta que a ideia de *estoppel* constituía uma vedação de a parte, depois de proferida a decisão, negar ou colocar em dúvida os fatos por ela alegados e discutidos. Essa ideia foi relacionada ao sistema de registro ou gravação por escrito das atividades desenvolvidas pelas partes no processo. Da transcrição por escrito (*recorded*) das alegações realizadas pela parte no curso do processo decorria uma presunção de verdade, chancelada por meio do que se designou *estoppel by record*⁹. Tratava-se de uma técnica que impedia a parte de pôr em dúvida as alegações e as conclusões que deram

origem à decisão de resolução do litígio, mas que era vista como regra de prova. Assim, não é de espantar que o mais célebre sinal histórico-jurídico de *collateral estoppel* em favor de terceiro esteja num parágrafo de Bentham escrito em *Rationale of Judicial Evidence*. Disse Bentham, na célebre obra publicada em 1827, que há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em processo de que não foi parte; *mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte, simplesmente porque o seu adversário não foi*.

A introdução do conceito romano de *res judicata* no direito inglês fez com que o *estoppel*, concebido como exigência de presumir verdadeiras as alegações de fato deduzidas e declaradas no processo, aproximasse-se da ideia de coisa julgada, de modo que a preclusão sobre os fatos passou a ser aceita como uma consequência da coisa julgada. Basicamente, entendeu-se que, se a coisa julgada faz recair efeitos preclusivos sobre o resultado final do processo ou sobre a parte dispositiva da decisão, o *estoppel* acobertava as passagens ou as questões de fato solucionadas pelo juiz para chegar ao desenlace do litígio. Daí o motivo pelo qual se passou a falar em *estoppel by judgment*.

Porém, ainda que concebido como *estoppel by judgment*, o instituto prosseguiu relacionado apenas com os fatos e, inclusive, influenciou a inserção da coisa julgada no espaço teórico da “prova dos fatos”¹⁰. Deixando-se de lado as diversas teorizações que demonstraram que a coisa julgada situa-

7 Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo* (edição de Antônio Flávio Pierucci), São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

8 Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos precedentes*, cit., esp. cap. 1.

9 Robert Millar, *The historical relation of estoppel by record to res judicata*, *Ill L. Review*, 1940-1941.

10 Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, cit., p. 292 e ss.

se em lugar diferente, em que a definição dos fatos não tem qualquer importância teórica¹¹, interessa desde logo lembrar que o problema da preclusão da rediscussão das questões de direito era encoberto pelo *stare decisis*, suficiente para impedir uma Corte a retornar a uma questão de direito que já decidira.

Não obstante, devido à percepção de que na grande maioria dos casos concretos a distinção entre questão de fato e questão de direito era artificial¹², tanto a doutrina quanto as Cortes estadunidenses, inclusive a Suprema Corte, passaram a entender que o *collateral estoppel* também se aplica às “*issues of law*”, evidenciando-se que os efeitos preclusivos derivados de uma decisão desfavorável sobre questão de direito não se confundem com a autoridade dos precedentes¹³.

Sobre o tema do *collateral estoppel* diante de questão de direito é interessante considerar a decisão da Suprema Corte estadunidense em *Montana v. U.S.*, proferida em fevereiro de 1979¹⁴. Nesse caso, o governo dos Estados Unidos, enquanto responsável por exigência fiscal imposta pelo estado de Montana, recebeu decisão desfavorável da Suprema Corte deste estado. Num segundo processo, o governo dos Estados Unidos voltou a questionar a constitucionalidade da imposição fiscal perante Corte do Distrito de Montana, que, após declarar que o governo não estava proibido de voltar a discutir a questão de constitucionalidade em

virtude da primeira decisão da Suprema Corte do estado, reconheceu que a exigência fiscal feria a Constituição. Porém, em razão de *appeal* do estado de Montana, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que a primeira decisão da Suprema Corte de Montana proibia a rediscussão da constitucionalidade da exigência fiscal, declarando a legitimidade do *collateral estoppel* em face de uma questão de direito.

Frise-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos, nesse caso, claramente considerou que estava diante de uma proibição de relitigar questão de direito em virtude de anterior decisão, ou seja, não supôs que havia impossibilidade de rediscussão da questão por existir um precedente. Tanto é que analisou se o governo dos Estados Unidos teve “*full and fair opportunity*” no primeiro processo e, por conta disso, decidiu que o governo estava *estopped* de buscar uma decisão contrária à questão num segundo processo. Como é evidente, esta análise seria completamente desnecessária caso a Suprema Corte tivesse admitido que estava diante de um precedente, quando obviamente não importaria quem teve “*full and fair opportunity*” de participar.

Em 1996, a Suprema Corte estadunidense não só voltou a afirmar o *collateral estoppel* diante de questão de direito, como declarou que o *collateral estoppel* não poderia obstaculizar a participação de quem não foi adequadamente representado na primeira ação. Em *Richards v. Jefferson County*,¹⁵ após três contribuintes terem arguido a inconstitucionalidade de uma taxa de ocupação estabelecida pelo condado - Jefferson County -, reconhecida constitucional pela Corte estadual, outro grupo

11 Giuseppe Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile* (reimpressão), v. 2, Milão: Giuffrè, [1931] 1993.

12 V. Ronald J. Allen e Michael S. Pardo, The myth of the law-fact distinction, *Northwestern University Law Review*, 2003.

13 Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil Procedure*, cit., p. 585, 614.

14 *Montana v. U.S.*, 440 U.S. 147 (1979).

15 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, (1996).

de contribuintes, mediante *class action*, voltou-se contra a constitucionalidade da mesma taxa. A Suprema Corte estadual decidiu que o segundo grupo de contribuintes estava proibido de discutir a questão em virtude do *collateral estoppel*, ou seja, dos efeitos preclusivos da decisão proferida na primeira ação – que ficou conhecida como “*Bedingfield action*”. Mas a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso, declarou que a decisão da Corte estadual, ao proibir os contribuintes que não participaram do processo de discutir a mesma questão de constitucionalidade, negou o precedente firmado em *Hansberry v. Lee* – célebre por ter firmado a necessidade da “representação adequada” para compatibilizar a *class action* com a garantia constitucional de participação no processo¹⁶ -, além de ter violado o *due process*.

Ao decidir a partir da *opinion* do Justice Stevens, a Suprema Corte dos Estados Unidos lembrou ser pacífica a ideia de que ninguém pode ser prejudicado por uma decisão proferida em processo de que não foi parte, advertindo que esta ideia faz parte de uma tradição histórica profundamente enraizada nos Estados Unidos, de que todos têm direito a um dia perante a Corte. Ao adentrar no argumento de que a Suprema Corte estadual, para aceitar o *collateral estoppel* em face do grupo de contribuintes presente no segundo processo, admitiu que os contribuintes presentes no primeiro processo teriam representado adequadamente os contribuintes do segundo processo, a Suprema Corte estadunidense passou a tratar da inexistência de “representação adequada” na “*Bedingfield action*”.

16 *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940.

A Suprema Corte lembrou que em *Hansberry v. Lee* declarou que subordinar litigantes a uma decisão proferida num processo em que não foram partes e em que não foram “*adequately represented*” viola a cláusula do *due process*, prevista na 14a. Emenda. Advertiu, então, que a decisão da Corte do Alabama estava a apresentar a mesma questão num diferente contexto. Observou que os contribuintes que participaram do primeiro processo não falaram em nome da classe de contribuintes presente no segundo processo. A *opinion* do Justice Stevens afirma que, como os autores da segunda e da primeira ação são melhor descritos como “strangers” uns aos outros, não há como pensar em representação adequada, de modo a tornar o alcance dos contribuintes do segundo processo de acordo com o *due process*¹⁷. Como os contribuintes da primeira demanda atuaram em nome próprio, *negou-se ter ocorrido cuidado em tutelar os interesses dos membros da classe na forma determinada em Hansberry v. Lee*. Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que a decisão que estava sob análise, ao declarar que as partes estavam subordinadas à decisão tomada em “*Bedingfield*”, violou a garantia do *due process of law*, demonstrando que a *circunstância de alguns poderem discutir uma questão de direito que também diz respeito ao direito de outros jamais pode excluir o direito dos últimos de falar direta ou indiretamente – mediante representação adequada - perante a Corte*.

17 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, (1996).

6. A aproximação entre o *collateral estoppel* e o *stare decisis*

Quando o *collateral estoppel* é relacionado às questões de direito, como, por exemplo, à questão de se saber se uma determinada imposição fiscal é constitucional, também resta preclusa à parte que plenamente participou do processo a possibilidade de voltar a discutir a questão em outra demanda, ainda que diante de litigante diverso. Vale aqui a já lembrada advertência de Bentham, no sentido de que *não há razão para sustentar que alguém não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão que proferida em processo em que foi parte, simplesmente porque o seu adversário não foi*¹⁸. Frise-se que a ideia do *non-mutual collateral estoppel* é exatamente a de que, se alguém já teve o devido espaço para discutir uma questão, não há motivo para ter outra oportunidade para discuti-la, pouco importando se diante da mesma parte com quem anteriormente litigou ou diante de um novo litigante.

Mas o *stare decisis* também impõe uma decisão (*rectius: ratio decidendi*) que resolve questão de direito. Assim, é possível ver uma superposição parcial entres os efeitos do *stare decisis* e do *non-mutual collateral estoppel*. Em razão do *stare decisis*, todos restam vinculados ao precedente, enquanto que, em razão do *collateral estoppel*, a decisão da questão de direito vincula as partes que puderam discuti-la em pleno contraditório.

Isso sucede em razão de o *stare decisis* e de o *collateral estoppel* terem objetivos semelhantes. Ora, se o *stare decisis* objetiva

18 Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*, cit., p. 579.

resguardar a coerência do direito, a igualdade e a segurança jurídica, é certo que impedir a busca de uma decisão diferente acerca de uma mesma questão diante de outro litigante tutela os mesmos valores, embora, como é óbvio, com uma intensidade distinta. Lembre-se, aliás, que o primeiro artigo do Capítulo “Do incidente de resolução de demandas repetitivas” – o art. 976 do CPC –, afirma que o incidente de resolução pode ser instaurado quando houver, simultaneamente, “*efetiva repetição de processos*” em que se controverta “*a mesma questão*” de direito e “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”.

Porém, o *collateral estoppel* tem grande particularidade em relação ao *stare decisis*. O *collateral estoppel* apenas pode prejudicar os litigantes que participaram do processo em que a decisão foi proferida, ao passo que o *stare decisis* vincula todos os juízes e tribunais, afetando todos os jurisdicionados.

7. O equivocado uso da ideia de “precedente” para justificar a decisão de questão prejudicial de muitos em incidente destituído de possibilidade de participação em contraditório

O legislador brasileiro tentou legitimar a não participação no incidente de resolução de demandas mediante uma norma confusa e contraditória, que, ao elencar decisões de diferentes espécies como se fossem “precedentes”, afirma que “os juízes e tribunais observarão” o acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III, CPC).

Obrigar a observar uma decisão proferida em local em que o litigante do caso

sob julgamento não participou só tem sentido quando se pensa em sistema de precedentes ou *stare decisis*. De fato, o legislador equivocadamente pensou que poderia suspender o exercício do direito de ação para fomentar a criação de um precedente aplicável a todos. Raciocinou como se precedente fosse um nome mágico, capaz de legitimar a imposição de uma decisão a quem não teve oportunidade de participar. Tanto é verdade que disse, no art. 985, que julgado o incidente a tese jurídica *também* será aplicada “aos casos futuros” (art. 985, II, CPC).

Deixando-se de lado – por enquanto – a diferença entre as preclusões relativas a um precedente e à coisa julgada sobre questão, importa sobretudo perceber que não há como paralisar o direito de influir sobre a Corte para formar um precedente, dando-lhe efeito retroativo.

Um precedente surge naturalmente do exercício do direito de ação e dos casos que são submetidos à Corte. Suspender o exercício do direito de participar para formar um precedente retroativo é, sem qualquer dúvida, não só ignorar que o jurisdicionado tem direito a um dia perante a Corte, mas também não perceber que o objetivo do sistema de precedentes é regular o modo de ser do direito e não resolver casos de massa.

Uma técnica de resolução de casos múltiplos não pode considerar situações jurídicas de massa para privilegiar o encontro de uma decisão sem a participação dos membros do grupo afetado. Isso constituiria uma ilegítima priorização da otimização da prestação jurisdicional sobre o direito fundamental de participar do processo.

8. Participação e representação adequada: a falta de preocupação com “representação adequada” no incidente de resolução de demandas repetitivas

Lembre-se que a *class action* do direito estadunidense, embora possa ser proposta por qualquer um do grupo, depende de representação adequada. Tem legitimidade para a *class action* aquele que, ao propor a ação, é declarado representante adequado. A adequação da representação é aferida e declarada no caso concreto. A representação é adequada não só quando o representante tem motivo e razão para tutelar os direitos dos membros do grupo, mas também quando o seu advogado e assistentes técnicos têm capacidade técnica para exercer a defesa dos direitos.

Ademais, se o representante é automeado, os membros da classe têm que ter oportunidade para impugnar a adequação da representação. É por isso que se faz a notificação dos membros, comunicando-se-lhes o que está para ocorrer perante o juiz e a respeito das qualidades do representante. Desta forma, abre-se oportunidade para a impugnação da representação e à Corte melhor espaço para o cumprimento do seu dever de zelar pelo devido processo legal, analisando rigorosamente a capacidade do representante para encabeçar a ação e defender os direitos da classe. A notificação pretende assegurar que o automeado representante seja um defensor efetivo e vigoroso para todos os membros do grupo. Afinal, o *due process*, ao deixar de depender da participação direta, requer adequação da representação para que o exercício do poder jurisdicional não se constitua em arbítrio.

No direito brasileiro, a representação adequada também é imprescindível nas ações voltadas à tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos. Na verdade, a representação adequada é indispensável em qualquer sistema que tutele direitos sem a participação direta dos seus titulares. Tratando-se de compensação da participação direta e, portanto, de mecanismo destinado a permitir a participação em local em que o poder estatal é exercido, a representação adequada é elemento integrante da estrutura do processo civil democrático.

O que pode variar, assim, é apenas a forma para alcançá-la. No direito estadunidense, qualquer membro do grupo, efetivamente comprometido com os direitos da classe e apto a defendê-los com vigor, pode autoneomear-se representante. Porém, além de notificação dever ser feita aos membros do grupo de modo a informá-los sobre o que ocorrerá perante o juiz e a respeito das funções e qualidades do representante, há oportunidade para impugnação da representação, bem como para requerimento de exclusão do grupo (*right to opt out*). No Brasil, como é sabido, a lei é quem define o legitimado coletivo ou, em outros termos, o representante adequado, conforme especialmente a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, bem como o Estatuto da criança e do adolescente, a Lei de proteção da mulher contra a violência doméstica (Lei n. 11.340/2006), a Lei de tutela do idoso (Lei 10.741/2003), a Lei de tutela das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), a Lei de tutela dos negros contra a discriminação racial (Lei 12.228/2010) e a Lei de tutela dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89).

No direito brasileiro, quando em jogo direitos individuais homogêneos, é impossível pensar em excluir o representante adequado, sob pena de violação ao devido processo legal. Portanto, o incidente de resolução de demandas deveria ter previsto, nos moldes da tradição do direito brasileiro, a participação dos legitimados adequados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos. Contudo, o incidente nada previu em termos de representação adequada. Como já dito, o legislador partiu da premissa de que o incidente não estaria a resolver questão da titularidade dos litigantes das demandas repetitivas, mas simplesmente a abrir oportunidade à elaboração de precedente obrigatório (art. 927, III, CPC) sobre questão de direito – curiosamente do interesse dos litigantes excluídos.

Olhando-se o incidente à luz da representação adequada, seria possível dizer que qualquer litigante das demandas que se repetem pode se autoneomear representante ou imputar a outro litigante este encargo, nos moldes do sistema estadunidense. Ocorre que, nos Estados Unidos, confere-se aos membros da classe oportunidade para impugnar a representação adequada - que, frise-se, também se estende à possibilidade de impugnação da capacidade técnica do advogado -, além de sair do grupo. Mais do que isso: no direito estadunidense o juiz tem dever de rigorosamente controlar a adequação da representação no caso concreto, evitando não só exercer poder em face de pessoas ou grupos destituídos de voz, mas também afetar sujeitos ou classes que não têm condição de influenciar o seu convencimento.

Em contrapartida, no incidente pouco importa se o litigante que se coloca como autor,

ou a quem é imposta a condição de réu pelo seu adversário, tem vontade e capacidade técnica para estar à frente dos litigantes excluídos. Esta é uma questão ignorada pela lei processual. Assim, certamente não se verifica, por exemplo, se o autor ou o réu que se coloca no lugar dos excluídos sustentou suas razões no julgamento do incidente, nos termos do art. 984, II, “a” do Código de Processo Civil, que confere ao autor e ao réu do processo originário o prazo de trinta minutos para tanto. Também se ignora se o advogado da parte que faz as vezes dos excluídos é habituado a sustentações orais no tribunal ou se a parte tem condições financeiras para sustentar a viagem do seu advogado à sede de Tribunal Regional Federal, quando o processo originário é oriundo de comarca sediada em outro estado. Estes são apenas exemplos para evidenciar o completo descaso em relação à representação adequada da parte do processo originário, o qual pode se tornar ainda mais dramático quando se tem em conta que o processo originário, que deu origem ao incidente, pode ser estrategicamente identificado pelo litigante que é parte em todas as demandas repetitivas para ter a oportunidade de se defrontar perante o tribunal com parte cujo advogado não vem se esforçando na defesa do seu constituinte, ou já apresentou peças processuais com argumentação insuficiente.

No incidente também não importa a vontade dos litigantes excluídos, que não podem deixar de se submeter à decisão, estando, aliás, numa posição muito mais difícil do que a dos titulares de direitos individuais homogêneos representados na ação coletiva pelos legitimados *ope legis* à propositura da ação coletiva. É que na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos a

coisa julgada não prejudica os representados em caso de improcedência do pedido (art. 103, III, CDC). Anote-se que o art. 103, § 2º do CDC afirma que, “na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Por fim, sequer se imagina a possibilidade de os excluídos não concordarem ou impugnarem a presença de determinado litigante como representante adequado no incidente. Na verdade, todo o raciocínio antes desenvolvido foi realizado apenas para demonstrar que o legislador obviamente não viu a parte presente no incidente como um representante adequado.

Se a participação é imprescindível para a legitimação do exercício do poder jurisdicional, nos processos em que direitos são reivindicados à distância da presença dos seus titulares a representação adequada é a fórmula que dá corpo ao devido processo legal. No incidente de resolução de demandas repetitivas sequer se pensou na necessidade de representação adequada, seja na representação adequada *ope legis*, prevista especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no CDC, seja numa eventual - e em desacordo com a tradição do direito brasileiro - representação adequada *ope judicis*. Isso fica absolutamente claro em face do modo como o incidente trata da participação das partes do processo originário no incidente, que não podem ter a sua condição de representante adequado sequer aferida pelo tribunal ou impugnada pelos litigantes não-partes do incidente. Assim, não obstante se possa deixar de lado a ideia de que o devido processo legal depende necessariamente de participação direta,

admitindo-se a suficiência da representação adequada em caso de processo coletivo, não há qualquer possibilidade de sustentar que o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos em que estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015, está de acordo com o *due process*.

9. Incidente de resolução de demandas enquanto justiça dos demandantes “sem rosto e sem fala”

O incidente de resolução de demandas repetitivas parte do pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida, e que, portanto, indiscutivelmente têm o direito constitucional de discutir a questão a ser decidida, não precisam ser representados. *É absurdo, porém verdadeiro*. O Código de Processo Civil alude apenas àqueles que podem requerer a instauração do procedimento (art. 977, CPC) e à possibilidade de manifestação de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (art. 983, CPC). Nada diz sobre aqueles que estariam representando os interessados, num bizarro esquecimento do significado de processo civil democrático e de tutela coletiva dos direitos.

O incidente de resolução de demandas, nos termos em que está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de “justiça dos cidadãos sem rosto e fala”, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, “representação adequada”.

10. Ilegítima e inconstitucional opção por quem viola direitos em massa

Mas a situação é ainda pior. O incidente não apenas cala os interessados, que na verdade são as pessoas que tiveram os seus direitos violados em massa e, assim, necessitam propor ações individuais que contêm questões prejudiciais idênticas. Bem vistas as coisas, o incidente privilegia aqueles que violam direitos ou produzem danos em massa.

É interessante retornar ao direito estadunidense para demonstrar a que ponto de ilegitimidade constitucional chegou o procedimento do incidente. Nos Estados Unidos, utiliza-se o *collateral estoppel* em casos de acidentes que dão origem a múltiplos danos. Assim, por exemplo, em casos de acidentes aéreos e ferroviários. Num acidente deste tipo, se existem centenas de prejudicados, a derrota da empresa dita responsável na primeira ação pode torná-la responsável perante os demais prejudicados – obviamente que considerada, entre outros pontos, a devida oportunidade de participação da empresa no processo em que a decisão foi tomada.

Contudo, como a decisão não pode prejudicar aquele que não participou do processo, uma decisão em favor da empresa, que negue a sua responsabilidade no acidente, não se estende aos demais acidentados, impedindo-os de relitigar a questão da responsabilidade. Essa circunstância, que obviamente não poderia ser pensada de outro modo sob pena de violação do “right to a day in Court”, levou a doutrina estadunidense a afirmar que o *offensive collateral estoppel*, nos casos de danos múltiplos, estaria a impor um excessivo ônus de defesa àquele a quem a responsabilidade é

atribuída. O dito responsável, para se livrar do dever de indenizar, teria que se defender em todas as ações individuais.

Quando alguém pode ser responsabilizado diante de muitos em razão de uma decisão desfavorável, mas nenhuma vantagem tem em face dos demais ao obter uma decisão positiva, surge aos membros do grupo inúmeras chances - a dar origem a diversas estratégias - para a obtenção de decisão favorável, ao passo que aquele que pode ser responsabilizado assume uma pesada posição, considerando-se a necessidade de o procedimento e a técnica processual tratar as partes de modo equilibrado.

Para resolver o problema, foram apresentadas várias alternativas¹⁹. Entre elas, argumentou-se que a parte que pode ser afrontada por muitos pode requerer a chamada de todos para participar da primeira ação proposta. Mas, se não há chamamento por desídia do sujeito dito responsável, esse continua sujeito a tantas demandas quantos forem os prejudicados, sempre se sujeitando aos efeitos da questão preclusa ou da proibição de relitigar.

Lembre-se que, como o terceiro prejudicado não pode ser proibido de discutir a questão decidida, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório. Porém, quando um conflito envolve centenas de lesados em face de uma empresa dita responsável, advertiu-se, para evitar um pesado ônus ao afirmado infrator, que

esse pode requerer o chamamento de todos aqueles que podem demandá-lo (*mandatory joinder*²⁰). A convocação dos terceiros ocorre para que o dito infrator não seja excessivamente exposto à necessidade de se defender e, assim, para que os seus direitos processuais não sejam tratados de forma desequilibrada diante dos direitos dos seus adversários. Perceba-se que o direito estadunidense transforma a ação individual numa ação coletiva, em que todos os lesados participam, para preservar o grande benefício da proibição de relitigação de uma mesma questão.

No Brasil o raciocínio é *exatamente oposto, capaz de estimular os interesses dos violadores de plantão*. Opta-se por uma estratégia em que se nega participação aos lesados e se confere ao infrator oportunidade incondicional de estar presente no único local em que a questão será resolvida. O incidente simplesmente prefere ignorar os lesados, dando oportunidade para o afirmado violador ou responsável participar sem ter qualquer adversário capaz de representar aqueles que entendem que os seus direitos foram violados. Diante do incidente, ao invés de se privilegiar o direito constitucional de participar dos lesados, consagra-se a oportunidade de o infrator sempre estar presente, concentrando esforços num único local.

11. O descaso em relação à ação coletiva e a preferência pelo incidente de resolução de demandas repetitivas

A sociedade contemporânea é uma sociedade de massa – de produção em

19 Eli J. Richardson, Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*, vol. 65, 1995; Steven P. Nonkes, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits, *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009.

20 Helen Hershkoff, Aggregation of parties, claims, and actions, *Civil litigation in comparative context*, New York: Thomson/West, 2007, p. 369 e ss.

massa. Os conflitos de massa nada mais são do que uma particularidade deste modelo de sociedade. Nestes conflitos, um dos polos é sempre ocupado pelo produtor ou fornecedor e o outro pelos vários usuários, consumidores ou simplesmente lesados. Essa relação fez surgir o que foi designado pelo legislador de “direitos individuais homogêneos”, para os quais foi estabelecido um modelo procedimental diferenciado, caracterizado por uma nova ideia de legitimidade para a causa – dos legalmente definidos como representantes adequados (art. 5º, Lei da Ação Civil Pública, e art. 82 do CDC) - e de coisa julgada material – *erga omnes* (art. 103, III, CDC)

A coisa julgada *erga omnes* é sustentada pela outorga de legitimidade a entes vistos pelo legislador como capazes de efetivamente representar e tutelar os direitos das pessoas que não participam diretamente do processo. Embora a outorga de legitimidade *ad causam* a entes capazes constitua o ponto chave da aprovação do procedimento legal em face do *due process*, o sistema faz questão de afastar a coisa julgada *erga omnes* quando o pedido é julgado improcedente. Em caso de improcedência, como diz o art. 103, § 2º, do CDC, os interessados que não tiverem intervido no processo como litisconsortes poderão propor as suas ações individuais.

Este sistema, além de preservar e garantir os direitos processuais constitucionais dos litigantes - que têm a garantia de serem adequadamente representados e, portanto, têm preservado o direito de participar e ser ouvido -, ainda representa um mecanismo que favorece uma posição ativa da sociedade diante do Estado.

É difícil entender o motivo pelo qual o

legislador tem sido indiferente à ação coletiva, como recentemente aconteceu quando deixou de considerar o projeto de reforma da Lei da Ação Civil Pública e, após, quando desprezou a importância da regulação de um adequado sistema coletivo de tutela de direitos no Código de Processo Civil de 2015.

O legislador tem o dever de criar canais de comunicação entre a sociedade e o Judiciário, ou melhor, canais que viabilizem a participação do povo na reivindicação da tutela judicial dos seus direitos, sob pena de violar o seu dever normativo de tutelar os direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental de participação do cidadão no poder, ou seja, no processo em que os seus direitos são definidos.

Note-se que isto apenas pode ser feito mediante um canal ou procedimento que abra oportunidade à participação, vale dizer, ao exercício do direito de falar e de influir sobre a Corte, para o que, tratando-se de direitos de membros de grupos ou de direitos individuais homogêneos, é obviamente imprescindível pensar em representação adequada ou na outorga de legitimação a entes capazes de representar os titulares dos direitos que deixam de *diretamente* participar.

Tudo evidencia, portanto, que o legislador de modo ilegítimo e inconstitucional preferiu instituir um incidente para a definição de direitos múltiplos sem que os seus titulares tivessem qualquer possibilidade de participação, ainda que indiretamente mediante a representação dos entes capazes de representá-lo, como os já definidos na Lei da Ação Civil Pública e no CDC. Mas a pretensão do legislador torna-se ainda mais reprovável quando se vê que ele “facilitou as coisas” exatamente àqueles que não podem ser privilegiados em face dos

direitos fundamentais, ou seja, àqueles que frequentemente se colocam na posição de violadores dos direitos em massa.

12. Correção da inconstitucionalidade

A doutrina tem sério e inafastável compromisso com os direitos fundamentais. Assim, obviamente não pode dizer “amém” a um procedimento que, sob o pretexto de dar otimização à resolução das demandas, viola claramente o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz.

Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processo de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas.

Contudo, a invalidade constitucional de um procedimento é resultado extremo, que deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional. Admitindo-se que o legislador cometeu um equívoco, ou seja, que não quis excluir a possibilidade de participação indireta do litigante, porém apenas se esqueceu de regulá-la, há como aceitar a possibilidade de a doutrina e os tribunais, mediante interpretação, corrigirem o desvio do legislador, evitando-se, assim, a simples proclamação da invalidade ou da inconstitucionalidade do incidente, cuja repercussão sobre o novo sistema processual civil certamente não seria boa.

13. A ressurreição da força da representatividade adequada

Como já dito, o legislador limitou-se a definir aqueles que podem requerer a instituição do incidente de resolução: o juiz ou o relator, de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 977, CPC). A norma mistura juiz e relator com partes de um caso repetitivo e com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Evidentemente, os últimos, mas jamais os primeiros, podem ser vistos como representantes adequados dos litigantes excluídos de participação direta. Porém, o que faz a norma falar em Ministério Público e em Defensoria evidentemente não é o dever de tutela dos direitos dos membros do grupo, mas um mero interesse “público” de otimizar a administração da prestação jurisdicional.

Por outro lado, a ideia de ouvir “interessados” na solução da controvérsia, posta no *caput* do art. 983 do Código de Processo Civil, nada tem a ver com a necessidade de dar voz aos excluídos, ou seja, com “representatividade adequada. Tem, isto sim, relação com a amplificação do debate em torno de questões de “interesse geral”. Note-se que o § 1º do mesmo art. 983 diz que, “para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Há aí nítida alusão à função exercida pelos *amici curiae* em Cortes vocacionadas à definição de questões jurídicas de interesse da sociedade. A instituição da técnica que abre oportunidade à intervenção de *amici* num incidente destinado à resolução de questão repetitiva – na maioria das vezes de simples solução e unicamente do interesse

dos litigantes excluídos – *é surpreendente*, pois pretende *incentivar o diálogo* sobre questão que está *proibida de ser discutida* pelas próprias partes que têm o *direito constitucional de litigá-la*.

De qualquer forma, o art. 984 deixa ainda mais claro que as únicas partes que participam do incidente são o autor e o réu do processo originário. O art. 984, II, afirma que poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) *o autor e o réu do processo originário* e o Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, bem como b) os demais interessados, no prazo de trinta minutos, divididos entre todos. De acordo com o art. 976 do código, o Ministério Público tem obrigação de intervir como fiscal da lei. De modo que a norma claramente supôs que a participação do autor ou do réu seria suficiente. Porém, como já demonstrado, o código não vê a parte como “representante adequado”.

Quer dizer que, realmente, é preciso elaborar um raciocínio interpretativo sofisticado para salvar a constitucionalidade do procedimento. É necessário resgatar a força da representatividade adequada, considerando-se as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que conferem legitimidade para a representação dos membros dos grupos perante as ações coletivas ou, mais especificamente, para a tutela dos direitos individuais homogêneos mediante a via coletiva.

Lembre-se que, de acordo com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, têm legitimidade para a ação civil pública: i) o Ministério Público; ii) a Defensoria Pública; iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou

sociedade de economia mista; v) a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com o mesmo objetivo, o art. 82 do CDC define como legitimados à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: i) o Ministério Público; ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; e iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Dentre os entes legitimados, merecem destaque o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações. Esses têm poder, estabelecido tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no CDC, para defender os grupos cujos direitos são violados em massa, ou seja, os “decorrentes de origem comum”. Vale dizer: os direitos que dependem da análise de se há responsabilidade pelos danos, responsabilidade em virtude dos inadimplementos ou dever decorrente dos ilícitos. Lembre-se, aliás, que o art. 95 do CDC afirma que, “em caso de procedência do pedido, a condenação será *genérica*, fixando a *responsabilidade* do réu pelos danos causados”.

Tanto a responsabilidade pelos danos

ou pelos inadimplementos, quanto o dever legal em face dos ilícitos, devem constituir uma “questão comum” a todos os danos, inadimplementos ou ilícitos, ou seja, uma “mesma questão” ou uma “questão idêntica” em relação a todas as pretensões individuais. Significa dizer que a questão idêntica, objeto do incidente de resolução de demandas, nada mais é do que a questão prejudicial que dá corpo aos direitos individuais homogêneos, abrindo oportunidade à tutela dos direitos individuais na forma coletiva.

O fato de o incidente limitar as “questões idênticas” às questões de direito obviamente não repercute sobre a legitimidade dos entes habilitados a tutelar os direitos individuais homogêneos. Os definidos como legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC devem ser vistos como aqueles que podem representar os excluídos no incidente e, assim, resgatar a sua legitimidade constitucional.

Na verdade, as limitações que muitas vezes são feitas à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para proteger determinadas espécies de direitos individuais homogêneos necessariamente devem ser deixadas de lado diante do incidente. Embora o ideal, em termos de amadurecimento da sociedade civil, seja a participação cada vez maior das associações, certos tipos de direitos podem não contar com associações organizadas voltadas à sua tutela. Não fosse isso, o fato é que, diante do incidente, o problema não está propriamente na busca de alguém que tenha relação com o direito discutido, mas na participação de alguém que tenha legitimidade para suprir a não participação dos excluídos ou dos litigantes que ficam à espera da decisão a

ser tomada.

Daí a razão pela qual a Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes *economicamente* necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público *necessariamente* deve assumir a posição de *parte*, ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária, etc.

Perceba-se que a força da representação adequada, no incidente, tem que ser mais vigorosa do que a presente na ação coletiva destinada à tutela de direitos individuais homogêneos, regulada pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC. É que a sentença de improcedência, nesta ação coletiva, não prejudica os representados que não ingressaram no processo coletivo na qualidade de litisconsortes (art. 103, § 2º, CDC). Ao contrário, no incidente os litigantes excluídos podem ser prejudicados, uma vez que a coisa julgada sobre a questão é *pro et contra*. Ora, quando os representados apenas podem ser beneficiados, sobrando-lhes sempre a ação individual em caso de improcedência, a adequação da representação acaba tendo importância muito menor.

Outra alternativa para a correção da constitucionalidade estaria no controle da representação adequada no caso concreto, nos moldes da *class action* do direito estadunidense. Admitir-se-ia que a parte do processo originário pode autonear-se ou ser nomeada pelo seu adversário representante dos litigantes das demandas repetitivas. Nesse caso os litigantes

excluídos teriam a possibilidade de impugnar a parte enquanto representante adequado e o tribunal possuiria a grave incumbência de controlar a representação, considerando atentamente as circunstâncias do caso e a capacidade da parte – e de seu advogado – para sustentar de maneira vigorosa e adequada as razões também pertencentes aos demais litigantes.

O art. 979 do Código de Processo Civil, ao advertir que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, deve ser invocado para abrir oportunidade para a participação dos entes legitimados ou, na outra opção para a correção da inconstitucionalidade, para que os litigantes excluídos possam impugnar a parte enquanto representante adequado e, eventualmente, requerer o ingresso no incidente.

Essa “ampla e específica divulgação e publicidade” deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de “questão idêntica”.

A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associação ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no 979, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim o incidente estará retirando não só do Ministério Público, mas

também da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los.