

O “PROBLEMA” DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Advogado

Resumo: O presente artigo analisa o incidente de resolução de demandas repetitivas e o sistema de recursos extraordinário e especial repetitivos em face do significados de precedente e *collateral estoppel*, bem como do direito de influir sobre o convencimento do juiz. Propõe alternativas para a correção da falta de participação dos terceiros no incidente e no recurso especial em que os seus casos são resolvidos.

Palavras-Chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Recursos extraordinário e especial repetitivos. Precedente. *Collateral estoppel*. Direito constitucional ao contraditório.

Abstract: The present article analyzes the “incident of repetitive actions” and the system of repetitive appeal regarding meanings of stare decisis and collateral estoppel, as well as the right to be heard. It proposes alternatives to correct the lack of participation in the incident and in the appeal where cases are resolved.

Keywords: “Incident of repetitive actions”. Stare Decisis. Collateral Estoppel. Right to be heard.

Sumário: 1. Introdução; 2. Incidente de resolução de demandas repetitivas; 2.1 Meio processual para resolução de litígios de que derivam casos em massa e sistema de precedentes das Cortes Supremas: decisão *erga omnes* e precedente; 2.2 Coisa julgada sobre questão; 2.3 *Non-mutual collateral estoppel*. A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a questão já decidida no direito estadunidense; 2.4 Violação do direito constitucional de participar em contraditório; 2.5. Solução para a preservação da técnica processual; 3. Recursos extraordinário e especial repetitivos; 3.1 Compreensão dos recursos extraordinário e especial repetitivos enquanto meios que viabilizam a elaboração de precedentes; 3.2 Direito ao recurso especial e necessidade de enfatizar o contraditório; 3.3 *Amicus curiae* e compensação da não participação dos recorrentes; 4. Conclusão.

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015, ao instituir o incidente de resolução de demandas repetitivas e o sistema de recursos extraordinário e especial repetitivos, buscou otimizar a resolução de “casos idênticos”, mas, com isso, restringiu a possibilidade de participação dos litigantes na

discussão das questões submetidas aos tribunais e às Cortes Supremas.

Raciocinou-se a partir da premissa de que o incidente e os recursos repetitivos dão origem a “precedentes” e, mais do que isso, que tais decisões não diferem dos precedentes que, nas Cortes Supremas, caracterizam-se por *rationes decidendi* que colaboram para o desenvolvimento do direito¹. Também não se percebeu que o recurso especial – ao contrário do recurso extraordinário baseado em repercussão geral – ainda constitui direito subjetivo do litigante.

De modo que se torna imprescindível analisar a relação entre tais institutos e o direito de influir sobre o convencimento do juiz, verificando-se, inclusive, os modos de correção da falta de participação dos terceiros no incidente e no recurso especial em que os seus casos são resolvidos.

2. Incidente de resolução de demandas repetitivas

2.1 Meio processual para resolução de litígios de que derivam casos em massa e sistema de precedentes das Cortes Supremas: decisão erga omnes e precedente

O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é obvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.

A circunstância de o incidente de resolução tratar de “casos idênticos” tem clara repercussão sobre o raciocínio que dá origem à decisão judicial. Essa decisão obviamente não é elaborada a partir da regra da universabilidade, ou seja, da regra que determina que um precedente deve ser aplicável ao *maior número de espécies possíveis de casos*². A decisão de

¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Julgamento nas Cortes Supremas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

² A universabilidade, ou seja, a necessidade de que um argumento de validade de uma conclusão seja capaz de sustentar igual resultado diante de narrativas análogas, constitui regra de racionalidade do discurso prático, de que o discurso jurídico é apenas um caso especial. Ninguém deve invocar um motivo para justificar uma ação sabendo que não poderá utilizá-lo para justificar ações similares, assim como ninguém pode invocar razão diversa para deixar de praticar ação com o

resolução de demandas repetitivas objetiva regular *uma só questão* infiltrada em casos que se repetem ou se multiplicam.

É claro que a técnica da distinção não tem a mesma relevância em se tratando de resolução de demandas repetitivas. Nesses casos, caberá a distinção apenas para demonstrar que determinado caso é diferente daquele que foi já resolvido ou submetido ao incidente. Mas aí jamais se utilizará a técnica da distinção para limitar ou ampliar o alcance do precedente em razão de circunstância não considerada no momento da sua elaboração. Isso só pode ocorrer quando o precedente revela o direito que é racionalmente aplicável a determinada situação concreta, o qual, assim, pode não ser aplicável em face de certa situação ou ser racionalmente aplicável diante de outra.

Ademais, um precedente pode ser revogado, daí importando as situações que surgiram com base na confiança que nele foi depositada. De acordo com o código, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas pode ser revista em face de “casos futuros” (arts. 985, II e 986, CPC/2015), o que obviamente não a torna revogável como se fosse um precedente, que, como se sabe, sempre está sujeito a aplicação limitada ou extensiva e também a revogação com base em critérios bastante particulares. Isso ocorre porque tais “casos futuros” nada têm a ver com casos que podem ser regulados pela mesma norma de direito, mas constituem apenas os casos que, relacionados à questão já decidida, são posteriormente apresentados ao Judiciário. De modo que a possibilidade de revisão quer somente dizer que os novos ligantes estão autorizados a discutir a questão já decidida.

2.2 Coisa julgada sobre questão

Portanto, é impossível confundir decisão que resolve demandas repetitivas com precedente que atribui sentido ao direito e, nessa condição, deve ser respeitado. A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, CPC/2015), 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.

mesmo conteúdo. Diante da impossibilidade de se ter uma *interpretação* ou uma decisão *substancialmente* correta e da consciência de que a tarefa das Cortes Supremas é outorgar sentido ao direito mediante as “razões apropriadas” ou as “melhores razões”, a universabilidade constitui critério de correção da *racionalidade* da decisão, pois permite ver que as razões que a justificaram a decisão não são “apropriadas” nem as “melhores”, na medida em que inaplicáveis a casos similares, isto é, a casos que deveriam ser solucionados mediante as mesmas razões. V. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 131 e ss.; PEREIRA, Paula Pessoa, *Legitimidade dos precedentes*, São Paulo: Ed. RT, 2015.

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 litigar 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, tratando-se de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. É claro que aqui não incide a premissa de que a coisa julgada recai apenas sobre a parte dispositiva da decisão. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance do resolução do caso, ou melhor, à 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”. No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida a expressa decisão do órgão julgador incumbido do incidente. É óbvio que a resolução única da questão incidente nos casos repetitivos nada mais é do que uma decisão que produz coisa julgada sobre a questão que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes. Significa que se está diante de coisa julgada que se estende a terceiros.

2.3 Non-mutual collateral estoppel. A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a questão já decidida no direito estadunidense

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 continental³. O que se chama de *collateral estoppel* no *common law* é, em substância, o que se denomina de coisa julgada sobre questões no *civil law*. Mas a lembrança da origem do instituto é importante para se demonstrar que o *collateral estoppel* é um instituto que, antes de mais nada, está preocupado em preservar a autoridade da decisão. Como é óbvio, poder rediscutir a questão que está à base do dispositivo da decisão implica em poder obscurecer a sua essência, fragilizando-se significativamente a sua autoridade.

³ Assim, por exemplo, Michele Taruffo, “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 290 e ss. Mais recentemente, ver VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007.

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 de a proibição da discussão da questão decidida poder ser invocada por terceiro que não participou do processo. Essa discussão foi iniciada no célebre caso *Bernhard v. Bank of America National Trust and Savings Association*, decidido pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 40⁴. Porém, a Suprema Corte estadunidense tratou pela primeira vez do assunto apenas em 1971, em *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation*. Em *Blonder-Tongue*, a *University of Illinois Foundation* alegou violação da sua patente. Porém, a *Foundation* já alegara, em ação anterior *em que litigou com outra parte*, que a sua patente teria sido infringida, quando declarou-se a invalidade da patente. Diante disso, a Suprema Corte não teve dúvida em declarar que a *Foundation* estava proibida de rediscutir a validade da patente, uma vez que tinha tido “*full and fair opportunity*” de discuti-la na ação anterior, ainda que diante de outro litigante⁵.

Deixe-se claro, porém, que 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 participar⁶. Nessas condições, o *collateral estoppel* passou a ser designado de *non-mutual collateral estoppel* exatamente para evidenciar a possibilidade de terceiro poder invocar a proibição de rediscussão contra aquele que participou⁷.

Não obstante, 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 contra a alegação de infringência da patente da *Foundation* sob o argumento de que esta não pode voltar a discutir a questão, uma vez que a invalidade da patente foi declarada em processo em que a *Foundation*, ainda que litigando com outra parte, teve “*full and fair opportunity*” de participação. Mas existem vários casos em que terceiro invoca a proibição de rediscussão para obter condenação daquele

⁴ SCOTT, Austin Wakeman, Collateral Estoppel by judgment. *Harvard Law Review*. Vol. 56. 1942; CURRIE, Brainerd, Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard doctrine. *Stanford Law Review*. Vol. 9. 1957.

⁵ NONKES, Steven P, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009; GLOW, Lisa L., Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988.

⁶ GLOW, Lisa L., Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988.

⁷ PEREA, Ashley C., Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel, *Arizona State Law Journal*, Vol. 40. 2008.

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*⁸.

Nos casos de *offensive collateral estoppel*, tornou-se necessário frisar que o *collateral estoppel* só pode beneficiar terceiro, mas jamais prejudicar. Se existem mil prejudicados, a derrota da empresa dita responsável na primeira ação a torna responsável perante os demais novecentos e noventa e nove prejudicados. Porém, todos os prejudicados conservam o seu direito de propor ação ainda que dezenas de decisões já tenham sido favoráveis à empresa dita responsável. A última situação abriu oportunidade para teorizações no direito estadunidense⁹. Quando alguém pode ser responsabilizado diante de muitos em virtude de uma decisão negativa, 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 este problema, são apresentadas várias alternativas¹⁰. Entre elas, argumenta-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 sujeitando-se aos efeitos da questão preclusa ou da proibição de relitigar.

Do problema e da discussão levada a efeito no direito estadunidense¹¹ retiram-se consequências muito importantes para o nosso direito, 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 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; iv) o eventual responsável, exatamente por não poder proibir a rediscussão ainda que tenha obtido decisão favorável, tem a alternativa de convocar aqueles que podem responsabilizá-lo para demandá-lo em conjunto, impedindo-se, assim, a

⁸ SEGAL, Joshua M. D., Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. *Boston University Law Review*. Vol. 89. 2009.

⁹ RICHARDSON, Eli J., Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*. Vol. 65. 1995; NONKES, Steven P, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009.

¹⁰ NONKES, Steven P, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009.

¹¹ FREEDMAN, Warren, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, Westport: Quorum, 1988.

sobrevida de um grande número de chances para a obtenção de decisão que possa favorecer a todo o grupo.

2.4 Violação do direito constitucional de participar em contraditório

Já é possível ser mais preciso. O incidente de resolução de demandas repetitivas tem o objetivo de solucionar uma questão que é prejudicial à solução dos casos pendentes. Essa questão deve ser, por imposição do próprio Código de Processo Civil, uma questão idêntica. De modo que não há como pensar que a decisão proferida no incidente não resolve a mesma questão que prejudica a solução de todos os casos pendentes.

Ora, se a decisão que resolve o incidente de resolução de demandas repetitivas resolve uma questão que interessa a muitos, tal decisão não tem qualquer diferença daquela que, em ação individual, resolve questão que posteriormente não pode ser rediscutida. Essa última decisão também resolve questão que pode constituir prejudicial ao julgamento dos casos de muitos. Sucede que, como não poderia ser de outra forma, a decisão proferida no caso de um apenas pode beneficiar terceiros, nunca prejudicá-los (art. 506, CPC/2015). Ou melhor, a decisão proferida no caso de um, assim como a decisão proferida no incidente de resolução, não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou. O contrário constituiria grosseira violação do direito fundamental de participar do processo e de influenciar o juiz.

Lembre-se que a mesma advertência feita pela Suprema Corte estadunidense para legitimar o *non-mutual collateral estoppel* se impõe em face do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque uma decisão só pode prejudicar alguém que pôde participar do processo. Afinal, todos têm o direito de falar ao juiz (arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, inciso IV, CPC/2015).

Frise-se que não faz qualquer diferença, para o ponto que aqui interessa, a circunstância de a decisão proferida no incidente atingir apenas casos pendentes e, inclusive, poder ser objeto de revisão em face de casos futuros. Isso nada mais é do que limitar temporalmente a proibição de discutir a questão. Ora, a atenuação da proibição da discussão de questão decidida sempre esteve presente no direito estadunidense, na medida em que o *collateral estoppel* não se aplica quando o *vencido* no processo em que a decisão foi proferida não teve “*full and fair opportunity to be heard*”¹². O fato de se dar ao demandado oportunidade para rever a decisão quando algo indica que a sua participação foi indevidamente restringida (*collateral estoppel*) ou mesmo em virtude de um critério temporal (incidente de resolução) é algo completamente distante do problema que aqui importa:

¹² “The doctrine of Collateral Estoppel will not be applied unless it appears that the party against whom the estoppel is asserted had a full and fair opportunity to litigate the issue in the prior proceeding, and that the application of the doctrine will not result in an injustice to the party against whom it is asserted under the particular circumstances of the case” (Rachal v. Hill, 435 F2d 59, 5th Cir., 1970).

ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo *de que não participou*.

O Código de Processo Civil, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes. Ao contrário, afirma-se apenas que “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: i) pelo juiz ou relator, por ofício; ii) pelas partes, por petição; iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. (art. 977, CPC/2015). Dar ao juiz ou ao relator poder para instaurar incidente de resolução de demanda repetitiva é dar ao Estado o poder de sobrepor a otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório. Enfim, também é fácil perceber que o poder conferido às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos vários litigantes presentes nos casos que pendem.

Na verdade, o problema do incidente de resolução de demandas repetitivas está na falsa suposição de que a sua decisão é um mero precedente, que, assim, poderia se aplicar a todos os litigantes sem qualquer violação de direitos fundamentais processuais. Ocorre que resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica e, sobretudo, apenas tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes casos futuros que possam ser resolvidos pela mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi*¹³.

É claro que a proibição de discussão de questão já decidida deve ser relacionada à estabilidade e à autoridade das decisões judiciais. Aliás, Jeremy Bentham já dizia: há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão dada em anterior 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*¹⁴. Porém, isso está muito longe de significar qualquer identidade entre *stare decisis* e *collateral estoppel*.

2.5. Solução para a preservação da técnica processual

¹³ HEINSZ, Timothy J., Grieve it Again: Of Stare Decisis, Res Judicata and Collateral Estoppel in Labor Arbitration. *Boston College Law Review*. Vol. 38. 1997. É por essa razão, a propósito, que é oportuno ler o CPC/2015 a partir da teoria da tutela dos direitos, distinguindo-se especialmente um discurso voltado para a solução de casos concretos (viabilização de decisões de mérito justas, efetivas e tempestivas, art. 6º) e outro discurso voltado à ordem jurídica (a fim de outorgar-se unidade ao direito mediante precedentes, arts. 926 e 927). Enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas pertence ao discurso do caso concreto, os precedentes atinam ao discurso da ordem jurídica (Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 151/152, vol. I).

¹⁴ BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*, London: Hunt and Clarke, 1827, p. 579.

A doutrina tem sério e inafastável compromisso com os direitos fundamentais. Assim, obviamente não pode dizer amém a um procedimento que, embora dotado da elogiosa ambição de dar otimização à resolução das demandas, viola o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz. Não obstante, 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.

Não há razão para obscurecer 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.

Assim, em princípio existiriam duas saídas para evitar a inconstitucionalidade. A primeira seria o chamamento de todos à participação, modelo vislumbrado nos Estados Unidos para uma situação *curiosamente* diferente. Como nos Estados Unidos não se ousa imaginar a possibilidade de proibir o terceiro prejudicado de discutir a questão decidida – lembrando-se que isso foi inclusive grifado pela Suprema Corte estadunidense -, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório. Porém, quando um conflito envolve centenas ou milhares contra uma pessoa jurídica, a ampla possibilidade de ajuizamento de ações individuais obriga a pessoa jurídica a não perder qualquer ação para não ser responsabilizada perante todos aqueles que ainda não foram vencidos. Essa situação gerou reação na doutrina estadunidense, que, para não abrir mão dos benefícios do *non-mutual collateral estoppel*, advertiu que o réu, em tais situações, pode requerer o chamamento dos que podem demandá-lo para desde logo participar da ação ajuizada (*mandatory joinder*¹⁵). É realmente *curioso*, pois a necessidade de convocar os terceiros ocorre para que a pessoa jurídica - a quem nunca foi negada a participação – não seja prejudicada¹⁶. De qualquer maneira, a convocação de todos os terceiros a participar, ainda que no Brasil com outro propósito, inviabilizaria completamente o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. O modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e,

¹⁵ HERSHKOFF, Helen, Aggregation of parties, claims, and actions, *Civil litigation in comparative context*. New York: Thomson/West, 2007, p. 369 e ss.

¹⁶ Isso significa que a coletivização da demanda individual nada mais é do que uma garantia do litigante único e não algo que pode ser utilizado para abreviar de forma indevida a tutela dos direitos dos membros dos grupos.

especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destinado a viabilizar os interesses de um Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado constitucional.

A pedra de toque para a correção da ilegitimidade constitucional, portanto, está no art. 979 do Código de Processo Civil, que adverte 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”. 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”¹⁷. Quer dizer que *os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.*

Pelas mesmas razões, a falta de intervenção de qualquer legitimado implica, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos do grupo. Note-se que, a não ser assim, não apenas o direito de participar dos litigantes individuais continuará a ser violado, como o incidente *estará retirando do Ministério Público o seu poder-dever de tutelar os direitos individuais homogêneos.*

3. Recursos extraordinário e especial repetitivos

3.1 Compreensão dos recursos extraordinário e especial repetitivos enquanto meios que viabilizam a elaboração de precedentes

O CPC de 2015, ao aludir aos recursos extraordinário e especial repetitivos, pode ser mal interpretado. Pode fazer supor que a tarefa das Cortes Supremas seja a de resolver casos que se multiplicam perante o Poder Judiciário. Essa certamente não é a missão do Supremo Tribunal Federal, nem a do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal tem a função de elaborar precedentes que outorguem unidade ao direito mediante a afirmação do sentido da Constituição ou que desenvolvam o sentido da Constituição, tornando a legislação infraconstitucional com ela conforme. O recurso extraordinário e o litígio constituem apenas meios que dão ao Supremo Tribunal Federal

¹⁷ Ver ARENHART, Sérgio, *A tutela coletiva de interesses individuais*, São Paulo: Ed. RT, 2013.

oportunidade de colaborar para o desenvolvimento e a frutificação do direito. O que realmente tem relevância para o Supremo é o conteúdo da sua decisão, que não pode deixar de espelhar questão relevante para a sociedade e para o Estado, seja do ponto de vista jurídico, social, econômico ou político. Daí o motivo pelo qual o filtro recursal que lhe confere adequada oportunidade para exercer a sua função é denominado de “repercussão geral”¹⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, embora cuide do direito federal infraconstitucional, situa-se em dimensão semelhante. Lembre-se que as Cortes de Cassação e de Revisão européias, que inspiraram as Cortes Supremas de correção latino-americanas, foram pensadas para corrigir as decisões com base na norma que estaria presente na lei¹⁹. Imaginava-se que a Corte, mediante a interpretação, poderia encontrar o “exato sentido da lei” mediante a jurisprudência²⁰. O objetivo da Corte era tutelar a lei e garantir a unidade do direito objetivo. Nessa linha o recurso é visto como direito do litigante, um direito de ter o caso resolvido de acordo com a lei. Com a evolução da teoria da interpretação e o impacto do constitucionalismo, resta clara a ideia de que o texto da lei é potencialmente equívoco, dele sendo possível extrair vários resultados-intepretação²¹. Esses resultados são estabelecidos mediante valoração do intérprete, embora devam ser devidamente justificados mediante argumentação racional e aceitável²². A Corte Suprema, então, assume naturalmente outra função, deixando de lado a de corrigir as decisões mediante a afirmação da lei para assumir a de atribuir sentido ao direito e de desenvolvê-lo. Diante disso, as decisões da Corte Suprema revelam conteúdo indispensável à regulação da vida social e passam a interessar a todos – e não apenas aos litigantes. As razões contidas nas decisões, agora vistas como precedentes, assumem naturalmente eficácia obrigatória²³. Note-se que o precedente não é parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério a ser necessariamente seguido para a resolução dos casos futuros, verdadeiro modo de ser do direito em determinado contexto histórico²⁴.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 3a. ed., São Paulo: Ed. RT, 2013.

¹⁹ TARUFFO, Michele, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 46 y ss.

²⁰ «Secondo la teoria che converremo di chiamare "cognitivistica" – ma talora della "formalistica" – la quale risale alle dottrine giuridiche dell'Illuminismo, l'interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato» (GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 409).

²¹ TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980.

²² GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 407 e ss.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, 3a. ed., São Paulo: Ed. RT, 2013.

²⁴ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech e MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent, in: *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 485.

Isso quer dizer que uma Corte Suprema, ao decidir um caso que pode ou não se repetir, pode elaborar um precedente, ou melhor, uma norma que empresta sentido ao direito²⁵ e, apenas por isso, deve ser observada pelos juízes e tribunais incumbidos de resolver os futuros conflitos. Significa que é *equivocado supor que há precedente em casos repetitivos e não em casos não suscetíveis de repetição*. O raciocínio não pode ser invertido. Um caso não deve ser resolvido por uma Corte Suprema apenas por ter se multiplicado.

Bem vistas as coisas, um caso repetitivo, assim como outro qualquer, apenas deve ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando envolver questão de repercussão geral. E é apenas por isso, e não por outra razão, que dá origem a precedente. É certo que o art. 1.035, § 3º do CPC/2015 afirma que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: ii) tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos”. Porém, para que essa norma não tenha o significado de um grosseiro equívoco, torna-se necessário interpretá-la mediante conjugação à norma do § 1º do mesmo art. 1.035, que diz que, “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal só terá motivo para discutir recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou “casos repetitivos” quando esses espelharem questão de repercussão geral. No Superior Tribunal de Justiça, enquanto não houver filtro similar à repercussão geral, o conhecimento do recurso especial dependerá de demonstração de violação de lei federal ou de divergência entre os tribunais acerca da interpretação de lei, mas também nunca será suficiente apenas a existência de acórdão que deu resolução a “casos repetitivos”.

Imaginar que casos repetitivos, apenas por isso, possam abrir oportunidade à atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não tem qualquer cabimento. Isso significaria completo desvirtuamento das funções destas Cortes Supremas. Faria supor que têm a função de definir critérios para a facilitação da resolução dos casos que se repetem. Ora, casos desse tipo podem não ter qualquer relevância para o desenvolvimento do direito. Na verdade, ao se criar fórmula para dar unidade à solução dos casos repetitivos corre-se o risco de esquecer da função das Cortes Supremas em nome da otimização do julgamento dos casos de massa, como se a razão para respeitar um precedente estivesse aí.

É por isso que também os recursos extraordinários e especiais repetitivos devem ser pensados meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos. Retenha-se o ponto: *os precedentes formados em recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem rationes decidendi elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa*.

Aliás, não deveria haver motivo para usar esse modelo recursal

²⁵ MITIDIERO, Daniel, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 2a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

apenas para otimizar o trabalho das Cortes Supremas, uma vez que estas, na verdade, jamais deveriam se confrontar com vários recursos. Note-se que a repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal, já é suficiente para suspender os recursos extraordinários que versam a mesma questão. No Superior Tribunal de Justiça, caso já existisse filtro recursal similar, o mesmo poderia ocorrer.

Porém, o que realmente diferencia o recurso repetitivo é o fato dele constituir mecanismo voltado à criação de um precedente especialmente preocupado com *casos pendentes*, ao passo que os precedentes, em si, miram os *casos futuros*, objetivando dar tutela à *previsibilidade no direito*.

3.2 Direito ao recurso especial e necessidade de enfatizar o contraditório

É interessante notar que, tratando-se de recursos extraordinário e especial repetitivos, confere-se especial atenção ao conteúdo da discussão travada nos recursos selecionados. Fala-se que os recursos selecionados no tribunal ou na Corte Suprema devem ser “*representativos da controvérsia*” (art. 1.036, §§ 1º e 5º, CPC) Aliás, outorga-se ao relator, na Corte Suprema, a possibilidade de selecionar “*outros recursos representativos da controvérsia*” e de, no momento da decisão de afetação, requisitar a diferentes tribunais “a remessa de um recurso representativo da controvérsia” (artigos 1.036, § 4º e 1.037, III CPC). Por fim, o § 6º do art. 1.036 esclarece que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

É certo que uma Corte Suprema não pode ter o exercício da sua função prejudicada ou indevidamente limitada pelos litigantes. Se a decisão da Corte interessa ao desenvolvimento do direito e à sociedade, aquilo que se entende que pode afastar o juiz da adequada resolução de um litígio, por constituir manifestação da liberdade da parte, não vale quando a Corte está diante de um recurso que lhe oferece possibilidade de exercer a sua função. Assim, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de indeferir pedido de desistência do recurso especial, ainda que compartilhada pelas duas partes, para decidir o caso e firmar tese que reputou relevante para o desenvolvimento do direito ²⁶. Nessa mesma perspectiva deve ser

²⁶ No REsp 1.308.830, a 3ª. Turma do STJ indeferiu, em Questão de Ordem, requerimento de desistência do recurso especial, que contou com a anuência do recorrido. Disse a Ministra relatora que o julgamento do recurso especial, por importar à definição do sentido do direito federal, não pode ficar à livre disposição dos litigantes. Deixou-se claro o caráter de precedente da decisão que resolve uma questão federal, consignando-se que deve ser levado em conta o papel atribuído ao STJ pela Constituição, “que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar *teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país*. A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ *ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos*” (REsp 1.308.830, Questão de Ordem, 3ª T., rel. Min.

compreendido o art. 1.029, § 3º, do CPC de 2015, ao dizer que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Contudo, em caso de recurso repetitivo, em que se elabora precedente considerando-se casos pendentes, a necessidade de a Corte buscar a essência da discussão a partir da seleção de casos realmente representativos da controvérsia pode ter outra conotação. Aqui não importaria apenas a circunstância de que a Corte não está decidindo para as partes, porém o fato de que a Corte está a decidir *um caso pendente em vários recursos*.

O art. 1.038, I do CPC de 2015 afirma que o relator poderá “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno”. Na verdade, a admissão da participação de terceiros, na hipótese, além de ter relação com a relevância da matéria, vincula-se também à circunstância de se estar resolvendo os casos de muitos em recurso de um ou de alguns poucos.

Numa Corte Suprema que não trabalha com filtros como a repercussão geral, há dificuldade em admitir a não participação daqueles que podem ser prejudicados pela decisão a ser tomada no repetitivo. É preciso ter em conta que o requisito da repercussão geral elimina a suposição de que o recurso extraordinário é um direito subjetivo da parte, de modo que, no Supremo Tribunal Federal, a formação de um precedente que pode recair sobre terceiros não pode ser vista como no Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, a verdadeira solução para esta questão está na instituição de um filtro semelhante à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça²⁷. Enquanto isso, a falta de participação dos interessados deverá ser compreendida de modo diferente no recurso especial. Nesse recurso, ao contrário do que acontece no recurso extraordinário, a participação do *amicus tem necessidade de compensar a não participação direta dos vários recorrentes, e não apenas viabilizar uma mais aprofundada discussão da questão de direito*.

3.3 Participação dos legitimados e do Ministério Público Federal e compensação da não participação dos recorrentes

Nancy Andrichi, *DJe* 19.06.2012). Essa tese apenas pode ser admitida quando se constata que o STJ não é uma mera Corte de Revisão posta ao interesse do jurisdicionado. Supõe, sem qualquer dúvida, que o STJ tem uma função pública, de colaboração para o florescimento do direito adequado ao convívio social em todo o território nacional. Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 185 e ss.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 2ª. ed., cit., p. 146 e ss.

Como visto, nos recursos extraordinário e especial repetitivos autoriza-se a intervenção de terceiro “com interesse na controvérsia”. O terceiro intervém como *amicus curiae*, figura processual típica do direito anglo-americano, mas já admitida no Supremo Tribunal Federal há algum tempo.

A intervenção do *amicus* no recurso repetitivo não se funda no ideal que deu origem à figura no direito inglês.²⁸ O terceiro não intervém apenas para auxiliar a Corte ou para, de forma neutra, esclarecer os fatos para que a Corte não decida de forma equivocada. A intervenção, embora não ocorra em razão do litigante, mas de terceiros não representados, objetiva que a questão de direito seja resolvida em favor de uma das partes. De modo que a intervenção é, por assim dizer, parcial. Esclareça-se, aliás, que mesmo no *common law*, especialmente nos Estados Unidos, há bastante tempo o *amicus curiae* deixou de ser um “disinterested bystander” para se tornar um sujeito que ativamente participa do processo em nome de terceiros interessados no êxito de uma das partes.²⁹

Alguém poderia supor que o *amicus* só tem razão para intervir para abordar ponto que não pôde ser esclarecido pelas partes e que, portanto, não há lógica em dar-lhe oportunidade para apresentar argumentos jurídicos. Porém, não é correto pensar que a intervenção só pode se dar para esclarecer questão técnica ou fato que exija esclarecimento especializado. É certo que na França a figura do *amicus* é construída a partir das regras relativas às *verifications personnelles* do juiz, em princípio equiparando-se o *amicus* a um perito ou técnico. Contudo, mesmo na França, e sem qualquer resistência no *common law*, admite-se que o juiz possa consultar um terceiro acerca de questões jurídicas.

Nos Estados Unidos, o *amicus* pode esclarecer qualquer questão, de fato ou estritamente de direito, porque a sua intervenção ocorre para o completo esclarecimento da controvérsia em nome dos terceiros insuficientemente representados. E isso se dá exatamente porque o precedente poderá prejudicar as partes não adequadamente representadas. Com efeito, a intervenção de *amicus* em nome de terceiros interessados na formação de precedente não é incomum nos Estados Unidos.³⁰

Na verdade, a dificuldade em compreender a possibilidade de o *amicus* falar sobre questões jurídicas decorre da dificuldade em se aceitar que a intervenção possa se dar para suprir a deficiência de argumentação da parte, ainda que para beneficiar terceiros. Isso fica mais fácil de ser aceito quando se percebe que o precedente firmado em recurso repetitivo é, igualmente, a decisão de um caso que também pertence a terceiros.

Muito embora a Corte Suprema esteja a firmar um precedente que atribui sentido ao direito, e que, assim, pode raciocinar a partir de qualquer recurso,

²⁸ V. KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief. From friendship to advocacy. *Yale Law Journal*, 72, 1963, p. 694 e ss.

²⁹ V. LOWMAN, Michael K. The litigating *amicus curiae*: when does the party begin after the friends leave? *The American University Law Review*, 41, 1992, p. 1243-1299.

³⁰ RUDER, David S. The development of legal doctrine through *amicus* participation: the SEC experience. *Wisconsin Law Review*, 1989, p. 1.167 e ss.

é preciso voltar a lembrar que o *recurso especial ainda é franqueado a todos* que podem afirmar violação da lei ou divergência jurisprudencial. Por isso, admitir o afastamento daqueles que já interpuseram recursos especiais, excluindo-os do exercício do direito de influenciar a Corte, exige atenção. Vale dizer: a figura do *amicus* não deve ser vista da mesma forma no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Em virtude da fraca e insuficiente regulamentação do recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça o direito fundamental à participação no processo exige a abertura e o chamamento à participação dos legitimados à tutela dos terceiros que podem ser prejudicados pela decisão e, inclusive, do Ministério Público. Uma vez amplamente noticiada a possibilidade de intervenção (art. 979, §3º, CPC/2015), a participação do *amicus* deve ser a mais ampla possível. Não há como retirar daqueles que representam terceiros o direito de apresentar petições escritas, realizar sustentação oral e, inclusive, apresentar embargos de declaração. *A participação do amicus deve ser vista como o contra-ponto num procedimento em que a Corte emite decisão que resolve recursos de terceiros que têm o direito de influenciá-la.*

4. Conclusão

O incidente de resolução de demandas repetitivas nada mais é do que processo em que se discute e decide questão prejudicial à solução de casos pendentes. Como é óbvio, a decisão do incidente está muito longe de poder ser vista como precedente que atribui sentido ao direito e, por isso, regula a vida em sociedade e obriga os juízes dos casos futuros. Por esse motivo, o incidente, nos moldes em que regulado pelo Código de Processo Civil de 2015, não detém legitimidade constitucional. A alternativa para a correção da inconstitucionalidade está na convocação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos para intervirem na defesa dos direitos dos litigantes cuja questão é posta à discussão. Isso, porém, não pode excluir a possibilidade de o Ministério Público também intervir para tutelar os direitos, tenha um legitimado já ingressado no processo ou não. Aliás, o Ministério Público, em caso de falta de intervenção de qualquer outro legitimado, deve obrigatoriamente participar em nome da tutela dos terceiros.

Tratando-se de recurso extraordinário e especial, a formação de precedente obviamente não depende de a questão estar replicada em vários casos ou recursos. Bem por isso, é necessário cautela na interpretação da norma que afirma repercussão geral em caso de acórdão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 1.035, § 3º, CPC/2015). Essa norma tem que ser conjugada com a que prevê a necessidade de repercussão geral da questão constitucional introduzida no extraordinário, pois o Supremo Tribunal Federal certamente não é uma Corte que está a serviço do julgamento dos casos múltiplos.

Porém, quando o Supremo vislumbra a repercussão geral da questão posta em recurso extraordinário - o que, diga-se de passagem, já seria suficiente para suspender os demais recursos - , autoriza-se a Corte decidir a partir de caso ou casos exemplares sem viabilizar a participação de terceiros.

Isso porque esses não têm direito subjetivo de ver os recursos extraordinários conhecidos e discutidos, na medida em que a repercussão geral é expediente legítimo para permitir a seleção de casos em nome do exercício da função da Corte Suprema de desenvolver o direito. Note-se que os tribunais não têm esta função, mas apenas e tão somente a de resolver conflitos.

Sucedo que ainda não há – lamentavelmente – instrumento similar à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça e, por conta disso, todos têm direito subjetivo ao recurso destinado a demonstrar a inadequada resolução da questão federal infraconstitucional. Sendo assim, a figura do *amicus* deve ser vista de modo particular em face do recurso *especial* repetitivo. Aí o *amicus* não pode ser visto como alguém que intervém apenas em razão da relevância da questão de direito. Cabe a qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos intervir em nome da tutela dos direitos dos litigantes, inclusive o Ministério Público, cuja participação, aliás, é absolutamente imprescindível na falta de participação de outro legitimado. E essa participação, como é evidente, deve ser plena e adequada.