

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**LUÍS PAULO GAZOLLA RUELA FERREIRA**

**A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e o incidente de  
resolução de demandas repetitivas**

**Juiz de Fora  
2018**

**LUÍS PAULO GAZOLLA RUELA FERREIRA**

**A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e o incidente de  
resolução de demandas repetitivas**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Clarissa Diniz Guedes.

**Juiz de Fora  
2018**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**LUÍS PAULO GAZOLLA RUELA FERREIRA**

## **A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Clarissa Diniz Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Ma. Laís Lopes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Bel<sup>a</sup>. Fernanda Silveira Chaves  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora,                    de                    de 2018.

*À minha avó Rita (in memoriam), que me ensinou a encarar a vida pela frente.*

— Severino, retirante,  
deixe agora que lhe diga:  
eu não sei bem a resposta  
da pergunta que fazia,  
se não vale mais saltar  
fora da ponte e da vida  
nem conheço essa resposta,  
se quer mesmo que lhe diga  
é difícil defender,  
só com palavras, a vida,  
ainda mais quando ela é  
esta que vê, severina  
mas se responder não pude  
à pergunta que fazia,  
ela, a vida, a respondeu  
com sua presença viva.  
E não há melhor resposta  
que o espetáculo da vida:  
vê-la desfiar seu fio,  
que também se chama vida,  
ver a fábrica que ela mesma,  
teimosamente, se fabrica,  
vê-la brotar como há pouco  
em nova vida explodida  
mesmo quando é assim  
pequena  
a explosão, como a ocorrida  
como a de há pouco, franzina  
mesmo quando é a explosão  
de uma vida Severina.

João Cabral de Melo Neto

## RESUMO

Por razões de política legislativa, a lei permite que certos direitos individuais sejam tutelados de maneira coletiva, por uma ação que ficou conhecida como ação de classe brasileira, a qual encontra previsão no Código de Defesa do Consumidor (CDC). A essa espécie de direitos individuais a doutrina e a legislação chamaram de direitos individuais homogêneos. Ocorre que, em razão de reformas legislativas recentes, vislumbra-se a possibilidade de dar tratamento diferenciado a esses direitos, por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas – uma nova técnica de julgamento conjunto. O que se pretende analisar neste trabalho, por meio de revisão bibliográfica concernente ao tema, é o espectro de sobreposição do novo incidente à tutela coletiva prevista anteriormente, e quais os reflexos desse fenômeno para o jurisdicionado brasileiro, que tanto carece do tratamento coletivo a seus direitos. Houve uma lacuna jurídica deixada pela abstenção legislativa quanto a matérias que, mesmo jurisprudencialmente, já eram historicamente reguladas no processo coletivo, tais como os efeitos da coisa julgada, a aferição da legitimidade e os mecanismos *opt-in* e *opt-out*. Assim, surgiu uma série de dúvidas no que tange à aplicabilidade do novo incidente e à possibilidade de ele ser considerado, de fato, alternativa preferível à ação de classe, sendo certo que ambos procedimentos, em sua gênese, compartilham a busca por isonomia de tratamento aos litigantes, celeridade e acesso à justiça. O que se pôde constatar, ao fim, é que, havendo preponderância das questões comuns e superioridade da tutela coletiva em termos de eficácia da sentença, o adequado seria a via da ação prevista no CDC.

Palavras-chave: direitos individuais homogêneos; tutela coletiva; incidente de resolução de demandas repetitivas; ação de classe; litigância seriada.

## ABSTRACT

For political-legislative reasons, the Brazilian law allows that certain individual rights receive collective treatment, by means of an action that has become known as the Brazilian class action, which can be found in the country's consumer's code. This species of individual rights has been called homogenous individual rights both by the doctrine and the legislation. It happens that because of the latest legislative reforms, the possibility of a unique treatment to these rights has arisen in the incident for the resolution of repetitive demands — a new technique for collective judgement. What this work focus on analysing, through bibliographic review regarding the matter, is the overlaying spectrum of the class action for the new institute and how this phenomenon can impact the Brazilian citizen, who thoroughly lacks of collective treatment to their rights. A juridical blank has sprung, left by the legislative abstention regarding points that, even though by means of court *praxis*, have already been historically regulated in the class actions, such as the binding effects of the sentence, legitimacy and opt-in and out mechanisms. Therefore, several doubts have emerged concerning the applicability of the new incident and its possibility to be considered, in fact, a preferable alternative to the class actions, given that both procedures, at their birth, seek for treatment equality to the parties, celerity and access to justice. What could be noticed, at the end, is that, if there is the common features prevail and if the class action proves to be superior in terms of efficacy of the decision, then the adequate would be the way shown by the action of the consumer's code.

Keywords: homogeneous individual rights; collective process; incident for the resolution of repetitive demands; class action; mass litigation.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DIH – direitos individuais homogêneos

IRDR – Incidente de resolução de demandas repetitivas

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LAP – Lei da Ação Popular

TCRI – Técnicas coletivas de repercussão individual

TIRC – Técnicas individuais de repercussão coletiva

## SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	11
2.DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS .....	12
2.1.O que são direitos individuais homogêneos .....	12
2.2. Direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos.....	15
2.3. Como os direitos individuais homogêneos são historicamente tutelados.....	18
3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS .....	22
3.1. Considerações preliminares .....	22
3.2. O que é o IRDR .....	23
4. DIFERENÇAS ENTRE O IRDR E A TUTELA COLETIVA .....	26
4.1. Aferição da representatividade .....	27
4.2. Efeitos da coisa julgada .....	28
4.3. Mecanismos <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i> .....	28
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	30

# 1. INTRODUÇÃO

Um dos objetivos primordiais da Constituição de 1988 foi o de instituir uma sociedade livre, justa e igualitária — predicados que, num Estado Democrático de Direito, perpassam, inevitavelmente, pela garantia do acesso à justiça<sup>1</sup>.

Ocorre que a ampliação desse mesmo acesso à justiça, aliado a outros fatores<sup>2</sup>, fez com que os tribunais pátrios recebessem um influxo cada vez maior de causas, dando origem a uma crise numérica destas, as quais, em sua maioria, são ditas “repetitivas”<sup>3</sup>, isto é: processos em que figuram sujeitos total ou parcialmente diversos, mas que veiculam uma mesma questão de direito<sup>4</sup>.

Basta pensar na hipótese de milhares de aposentados proporem demandas individuais, pretendendo obter um mesmo benefício previdenciário; ou, ainda, na de milhares de contribuintes impugnarem um mesmo imposto por um fundamento idêntico (p. ex. arguição incidental de inconstitucionalidade da lei instituidora desse tributo).

Em situações tais como essas, pleiteia-se, em cada processo, um direito próprio e inconfundível com os de outras ações. Apesar disso, a questão jurídica a ser enfrentada é a mesma, de modo que, a rigor, o que existem nesses casos são “pretensões de direitos homogêneos que estão sendo defendidos em ações diversas.”<sup>5</sup>

O fato é que, a fim de proporcionar melhor tratamento aos processos repetitivos, buscou-se implementar técnicas destinadas a essa finalidade, o que foi feito por meio de sucessivas reformas legislativas, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Dentre elas, válido destacar: a criação da súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal; a

---

<sup>1</sup> SOUZA, Erica Machado da Costa. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Âmbito Jurídico. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18623&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18623&revista_caderno=21). Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>2</sup> Cf. BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). *Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 25.

<sup>3</sup> SOUZA, Erica Machado da Costa. *Op. cit.*; TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>4</sup> TALAMINI, Eduardo. *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*.

aferição, por amostragem, da repercussão geral da questão constitucional, também perante o STF; o julgamento de recursos especiais por amostragem, entre outras.

Mantendo-se esse mesmo objetivo, promulgado o novo Código em 2015 (Lei nº 13.105), criaram-se novos institutos, tendo-se revelado o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR –, previsto nos arts. 976 a 987, uma de suas grandes inovações e apostas.

O instituto destina-se a assegurar um julgamento único da questão jurídica objeto de demandas repetitivas, conferindo-se à decisão eficácia vinculante sobre os processos afetados, tornando-se mais efetivos, assim, os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como assegurando-se, também, um julgamento uniforme da questão controvertida em ações distintas<sup>6</sup>.

Este trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno de eventual sobreposição do incidente de resolução de demandas repetitivas – trazido pelo CPCem vigor – à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro desde pelo menos a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Este dispositivo, vale salientar, possui um capítulo, compreendido entre os arts. 91 e ss., destinado a tratar “das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, isto é: a ação de classe brasileira.

Pretende-se, por meio de pesquisa doutrinária, consistente em revisão de bibliografia, verificar se a tutela coletiva já se mostrava bastante a solucionar os casos de pretensões individuais homogêneas molecularizadas, as quais são ditas pelos que se filiam ao novo incidente como isomórficas<sup>7</sup>: “aquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns.”

O texto tem por norte o conceito de Acesso à Justiça desenvolvido por Cappelletti e Garth<sup>8</sup>, no sentido de que aos litigantes deve ser possibilitada ampla possibilidade de atuação jurisdicional, que os inclua e faça valer suas pretensões em juízo, de modo que se afaste sua hipossuficiência - não apenas econômica como também técnica.

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 843.

<sup>7</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1420.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

Nesse sentido, Clarissa Diniz Guedes<sup>9</sup> apõe Mauro Cappelletti ao tratar da pobreza organizativa dos litigantes, um fenômeno intrínseco à ordem social, em que o indivíduo se encontra isolado e não há paridade de armas para, sozinho, confrontar grandes litigantes, que já contam com desenvolvido aparato jurídico na proteção de seus interesses.

Para atingir a finalidade a que se propõe, que é a de verificar se essa sobreposição de fato ocorre e se é benéfica ou não, demonstraram-se os conceitos de direitos individuais homogêneos, seus influxos recebidos do *common law*, sua dimensão processual, bem como a tutela que recebiam desde sua incorporação à lei brasileira, pela ação de classe prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Num outro momento, investigou-se a origem do novo método de julgamento desses direitos, que é o incidente de resolução de demandas repetitivas, apontando sua natureza jurídica e analisando-se sua operabilidade de acordo com o microsistema de precedentes trazido pela recente legislação processual civil, tudo de modo a verificar se o instituto se presta a atingir aos fins que justificam sua implementação.

Posteriormente, foram justapostas as diferenças entre aspectos processuais das duas modalidades de tratamento jurisdicional dos direitos individuais homogêneos: tanto o IRDR quanto a tutela coletiva já utilizada, de modo a verificar a plausibilidade da adoção por este ou aquele método.

Assim, concluiu-se que, da forma como se concebe o julgamento coletivo, o novo CPC propõe sobreposição do novo instituto à ação de classe, ainda que haja motivos bastantes, como este trabalho elenca, para que se conteste esse fenômeno: a *mens legis* da nova legislação leva a crer que se deseja, de fato, a substituição de um procedimento pelo outro, no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos.

O que se deve ter por norte, todavia, é que o IRDR e a ação de classe merecem convívio harmônico, respeitado o espectro de incidência de cada qual: no tratamento dos direitos individuais homogêneos em que se revelar a preponderância das questões comuns, na lesão, e a superioridade da tutela coletiva, é este o caminho pelo qual se deve optar.

---

<sup>9</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 48.

## 2. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

### 2.1. O que são direitos individuais homogêneos

É sabido que há direitos que, ao contrário da regra tradicional, são titularizados por um número de pessoas, uma classe de pessoas, de modo que não pertencem a um indivíduo, mas a um grupo. São chamados direitos coletivos.

Nos termos do CDC, em seu art. 81<sup>10</sup>, há três espécies de direitos coletivos: os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

Para os fins deste estudo, apenas nos interessam os direitos individuais homogêneos, que são, justamente, aqueles mais afetados pela superveniência do incidente de resolução de demandas repetitivas – e a razão dessa afetação será explicada em momento oportuno.

Por ora cabe apenas diferenciar os conceitos de cada uma espécie de direitos coletivos, para situar o leitor no escopo a que se destina este trabalho.

Pois bem, nos termos da legislação vigente, são tidos como difusos, aqueles interesses que são transindividuais ou supraindividuais ou, ainda, metaindividuais, no sentido de que transcendem à titularização individual: eles são titularizados por toda uma coletividade.

Ocorre que não se trata de qualquer coletividade, mas de uma coletividade indeterminada, cujos titulares estejam ligados por meras circunstâncias de fato, tal como, por exemplo, residir em um mesmo local<sup>11</sup>.

Pelo fato de esta ligação ser fática, as chances são muito prováveis de esta coletividade ser grande, de modo que não haveria como dividir aos titulares do direito a sua quota parte, mesmo porque essa indivisibilidade ocorre diante do objeto, do próprio direito tutelado: ele pertence a todos em igual medida.

Já os direitos coletivos em sentido estrito são aqueles cuja titularidade pertence a uma coletividade cujos membros são ligados entre si e com o litigante contrário por uma relação jurídica base, como por exemplo, o fato de os titulares pertencerem a um sindicato ou serem todos matriculados numa mesma instituição de ensino<sup>12</sup>.

Desse modo, há uma coletividade cujos titulares, se não são determinados, são ao menos determináveis, ao contrário daquela dos direitos difusos, que é indeterminada.

---

<sup>10</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

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

<sup>11</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER Jr., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1, p. 19.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*.

Esse primeiro grupo de direitos coletivos em sentido lato – os difusos e os coletivos em sentido estrito – são os chamados direitos coletivos por natureza ou direitos essencialmente coletivos, na lição de José Carlos Barbosa Moreira<sup>13</sup>.

Há, todavia, uma terceira espécie de direito coletivo, tido como acidentalmente coletivo, na medida em que a coletividade não decorre de sua natureza, por razões de política legislativa, nas palavras de André Vasconcelos Roque<sup>14</sup>.

Assim, são direitos coletivos apenas sob o aspecto processual, porque a lei permite a tutela coletiva por uma razão de isonomia, de superioridade da tutela coletiva, enfim, por uma série de fatores: esses são os direitos individuais homogêneos.

Como a própria nomenclatura sugere, os direitos individuais homogêneos são individuais. Seus titulares estão conectados por uma relação de fato, por circunstâncias de fato e o interessante, aqui, é que a conexão surge após a lesão: daí dizer que são acidentalmente coletivos.

Assim se posicionam Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr.<sup>15</sup>, ao afirmarem que

nos direitos individuais homogêneos, o grupo é criado, por ficção legal, após o surgimento da lesão. Trata-se de um grupo de vítimas. A relação que se estabelece entre essas pessoas envolvidas surge exatamente em decorrência da lesão, que tem origem comum: essa comunhão na ancestralidade da lesão torna homogêneos os direitos individuais. Criado o grupo, permite-se a tutela coletiva, cujo objeto, como em qualquer ação coletiva, é indivisível (fixação da tese jurídica geral); a diferença, no caso, reside na possibilidade de que, em liquidação e execução da sentença coletiva, o quinhão devido a cada vítima pode ser individualizado.

A lesão se dá de maneira coletiva, mas o direito, em si, não tem essa natureza. Assim podemos imaginar como no caso das pessoas cujos bens foram perdidos em razão de um rompimento de barragem: cada uma delas tem uma fração exata do que foi perdido, enfim, há uma quota parte visível do dano, donde exsurge a divisibilidade.

Nada impede que os direitos individuais homogêneos, uma vez individuais, sejam deduzidos individualmente em juízo, nos moldes do processo civil tradicional, ou em litisconsórcio. Mas, novamente, por uma razão de política legislativa, optou-se por estender a tutela coletiva a esses direitos, o que foi um marco pioneiro da tutela coletiva no Brasil.

Para parte da doutrina, os direitos individuais homogêneos são uma categoria de direito material que se distancia dos direitos individuais clássicos. Nesse sentido, como aponta Sofia Temer<sup>16</sup>, um mesmo fato lesivo pode originar uma ação que vise tutelar tanto uma pretensão difusa quanto uma individual homogênea, sendo certo que se exigirá a análise do

---

<sup>13</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, versão digital.

<sup>14</sup>ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER Jr., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1, p. 20.

<sup>15</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR.; Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, vol. 229, mar/2014, versão digital, grifo no original.

<sup>16</sup> TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 46.

pedido formulado na ação coletiva, de modo que é ele, o pedido, que permitirá identificar o tipo de direito que se pretende tutelar.

Na lição de Sérgio Arenhart<sup>17</sup>, pode-se dizer, de maneira geral, que a preocupação comum entre os autores que defendem a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos reside na priorização da via coletiva como sendo aquela mais adequada e efetiva para tutelar tais direitos.

Assim é que defender a existência de uma dimensão coletiva nos direitos individuais homogêneos acaba por ser uma forma de enfatizar a adequação da tutela coletiva como meio processual a ser empregado em tais conflitos, por distanciá-los dos direitos individuais e do processo civil tradicional, se bases individualistas.

Dessa forma, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>18</sup> criticam a vertente que nega o caráter coletivo aos direitos individuais homogêneos, apontando que

esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código Processual Coletivo, relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção processual coletiva.

Acerca do caráter coletivo dos direitos individuais homogêneos, o item seguinte traça o momento de sua gênese, tendo por base o caráter acidental da coletividade desses direitos.

## **2.2. Direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos**

Uma vez que não são materialmente coletivos, os direitos individuais homogêneos apenas assumem essa feição quando se aglutinam na seara processual coletiva. Assim é que se concebe que os direitos individuais homogêneos não são uma categoria de direitos materiais, sendo coletivos apenas na maneira como são processualmente tratados.

Um dos cânones responsáveis por vir à tona com tal diferenciação foi Barbosa Moreira, a partir de cuja análise sobre a relação substancial conflituosa, foi proposta a classificação em direitos essencialmente ou acidentalmente coletivos.

Segundo ela, o interesse essencialmente coletivo é aquele que

não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaure-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica

---

<sup>17</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141.

<sup>18</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 201, p. 85.

de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade<sup>19</sup>.

O processualista carioca aponta que os litígios essencialmente coletivos apresentam, sob o ponto de vista subjetivo, um número indeterminado de sujeitos, e do ponto de vista objetivo, objeto indivisível.

Por outro lado, seriam acidentalmente coletivos os interesses em que é possível distinguir individualmente os membros atingidos, podendo o processo, em relação a eles, possuir resultado não uniforme, uma vez que o objeto é cindível.

Deste modo, a cindibilidade objeto e a individualização dos sujeitos seriam traços característicos dos direitos individuais homogêneos, diferenciando-os dos direitos cuja natureza é coletiva, “em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’<sup>20</sup>”

Apenas pela análise contextualizada das relações jurídicas, sob uma ótica comparativa, é que é possível observar se há repetição de pretensões homogêneas, com origem comum e prevalência de questões homogêneas em relação às particulares, individualmente tomadas, de modo a viabilizar a tutela coletiva.

Desta forma, o emprego da via coletiva – que, de certa forma, evidencia a categoria dos direitos individuais homogêneos – acaba por depender da análise macro da conflituosidade.

Sérgio Arenhart coloca que a identificação de um direito como individual homogêneo “está ligada, exclusivamente, a questão de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único”. Ele entende que não há elemento propriamente de direito material que seja capaz de distinguir essa categoria dos direitos individuais, afirmando, ainda, que os DIH “não constituem a rigor uma espécie distinta de interesses, apartada dos direitos individuais e dos metaindividuais”, mas são direitos subjetivos clássicos que apresentam uma “coloração processual distinta”.<sup>21</sup>

Na sua compreensão, “os direitos chamados ‘individuais homogêneos’ são direitos individuais enfeixados pelo tratamento coletivo”<sup>22</sup> Com base nessa mesma construção é Teori Zavascki<sup>23</sup> propõe a distinção entre defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, segundo a qual

direito coletivo é transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode se difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.

---

<sup>19</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, versão digital.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, p. 55.

<sup>21</sup> ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Paraalém da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48-49.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, p. 141.

<sup>23</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul./ set., 1995, p. 84.

Segundo essa diferenciação, podemos perceber que a tutela coletiva nem sempre será em razão do objeto, mas também da maior adequação técnica processual coletiva, uma vez que as pretensões individuais homogêneas só revelam seu caráter coletivo através da via processual.

Assim, não é pelo objeto essencialmente coletivo que a tutela coletiva se classifica, mas também: pela preponderância das questões comuns sobre a individual, independentemente da natureza jurídica do direito subjetivo tutelado e, por conseguinte, da maior adequação da tutela coletiva à solução dessas questões.

Antonio Carlos Fontes Cintra apõe em sua doutrina que “a criação da categoria de ‘direitos individuais homogêneos’ é apenas um recurso processual, como é o litisconsórcio ou a conexão, que serve como política processual a fim de se garantir coesão decisória, acesso à Justiça e economia processual”<sup>24</sup>

A respeito da economia processual mais especificamente, questiona-se se ela seria de fato uma finalidade a se perseguir com a coletivização da tutela ou apenas uma consequência da aplicação dessa técnica, uma vez que a jurisdição se presta, precipuamente, ao jurisdicionado – e não ao Judiciário.

Dessa forma, pode-se dizer que a tutela coletiva tem como objetivo a maximização da defesa coletiva, do acesso à Justiça, enfim, da concretização dos corolários do devido processo legal, como um todo – e não à mera economia processual como fim em si mesmo, de meramente desafogar a máquina judiciária, como muito se tem defendido.

De todo modo, pode-se perceber que os direitos individuais homogêneos apenas ganham roupagem coletiva após a lesão sofrida ao grupo, após o acidente por que tais direitos passam, daí se falar em acidentalmente coletivos. O grupo como figura, nesta senda, só se constitui assim fato após a lesão, daí se permitir a tutela coletiva por meio da ação classe brasileira, prevista no art. 91 e ss. do CDC<sup>25</sup>.

Ainda que se fale numa sentença de condenação genérica, como é a prevista no art. 95<sup>26</sup> desse diploma normativo, a quota parte poderá ser requerida individualmente (art. 97 do CDC)<sup>27</sup> o que deixa transparecer, assim, o caráter individual desses direitos.

É a respeito dessa tutela de direitos individuais, dessa sistemática processual que se discutirá no item seguinte.

### **2.3. Como os direitos individuais homogêneos são historicamente tutelados**

---

<sup>24</sup> CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, V. 72, OUT\DEZ 2009, P. 14.

<sup>25</sup> “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (...)” (omitiu-se)

<sup>26</sup> “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

<sup>27</sup> “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

A história da tutela coletiva no ordenamento pátrio remonta à Constituição Federal (CF) de 1934, que em seu art. 113, item 38<sup>28</sup>, já previa a Ação Popular, conferindo a qualquer cidadão a legitimidade extraordinária para “pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

Contudo, apesar de prevista na Carta de 1934, foi só em 1965 que o referido instrumento encontrou regulamentação legal, haja vista que o Estado Novo vetou no Texto de 1937 a ação em comento, que só foi adotada novamente pela Constituição de 1946, com redação infraconstitucional, conforme dito, apenas em 1965, por meio da Lei nº 4.717 – Lei da Ação Popular (LAP). O objeto da ação popular estava, contudo, restrito às ações praticadas em detrimento do patrimônio público, nos termos já realizados.

Com o advento da Lei da Ação Civil Pública (LACP) (Lei nº 7.347 de 1985), vários direitos coletivos puderam ser tutelados, haja vista que ela se tornou a via, por excelência, de tratamento das questões coletivas.

Ainda assim, em 1985, quando da edição desta última lei, não se havia positivado, ainda, a possibilidade de se pleitearem pela via coletiva direitos individuais homogêneos. O próprio conceito de direitos individuais homogêneos sequer havia chegado à legislação brasileira, embora já fosse alvo das considerações doutrinárias já citadas.<sup>29</sup> Além disso, mesmo o rol de direitos difusos e coletivos tuteláveis pela LACP era taxativo<sup>30</sup>.

Foi só a partir da promulgação do CDC, em 1990, que a positivação do conceito de direitos individuais homogêneos chegou ao ordenamento pátrio, podendo, então, valer-se do microsistema coletivo compreendido pela LACP e pela CF de 1988, de modo que as pretensões individuais homogêneas fossem postuladas em juízo por meio da ação civil pública, que veiculava, via de regra, as pretensões coletivas.<sup>31</sup>

Assim é que se assistiu à coletivização das pretensões individuais homogêneas, de modo que deixassem de assumir um caráter meramente atômico, no qual haveria ajuizamento individual de questões originadas de dano comum – situação em que o caráter coletivo se revela

---

<sup>28</sup> Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

<sup>29</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, versão digital.

<sup>30</sup> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social.

<sup>31</sup> Esse mesmo diploma ampliou o rol de direitos coletivos tuteláveis pela via das ações coletivas, alterando a taxatividade inicialmente contida na Lei da Ação Civil Pública.

preponderante e em que a tutela coletiva, por conseguinte, superior e desejável, em termos de representatividade e, também, acesso à justiça.

No entanto, como ensina Ada Pellegrini Grinover<sup>32</sup> a tutela coletiva somente será viável no caso da cumulação de dois requisitos para sua instauração: a preponderância das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva.

Pela preponderância das questões comuns deve-se entender a necessidade de que a homogeneidade prevaleça em detrimento das questões individuais. Não se deve negar a natureza individual dos direitos individuais homogêneos, mas, para que eles possam ser tutelados coletivamente, faz-se mister que eles ganhem uma roupagem coletiva, de modo que a tutela coletiva mostre-se apta a tratar desses interesses de forma molecularizada.

Se as diferenças entre a origem desses direitos, que deve ter um lastro de fato ou de direito<sup>33</sup> forem maiores do que as semelhanças, então a tutela coletiva não será o meio apto a tutelar esses direitos, que são tidos como de classe.

Mas, uma vez reconhecida a preponderância das questões comuns, resta saber se a tutela coletiva será superior, no âmbito do interesse de agir e da efetividade do processo. Isso implica dizer que há necessidade de eficácia da tutela coletiva.

Lembrando que o interesse de agir, nos ordenamentos de *civil law*, é pressuposto processual, exigindo para seu exercício, a necessidade e a utilidade do comando jurisdicional pleiteado, bem como a adequação deste à proteção do direito vindicado.

Em outras palavras, a via judicial somente pode ser buscada quando necessária, ou seja, quando as forças de direito material revelarem-se insuficientes para dirimir a contumácia.

A utilidade, por sua vez, equivale à aferição, no plano concreto, de que o comando judicial será útil para entregar o bem da vida pleiteado pelo autor.

Assim, os requisitos da necessidade e utilidade colocam-se no plano da economia processual, uma vez que função jurisdicional, que demanda dispêndio e energia, apenas pode se dar se – e somente se – for necessária e útil.

O requisito da adequação, por sua vez, significa que o provimento jurisdicional invocado deve ser adequado à proteção do direito material, cabendo ao autor a escolha, entre as vias processuais previstas no ordenamento jurídico, aquela que se mostre apta à tutela de um determinado interesse.

Dessa maneira, torna-se simples vislumbrar a correlação entre a exigência de superioridade da ação de classe, da tutela coletiva, em relação a outras técnicas de solução de litígios (próprio do *common law*), com o interesse-utilidade e interesse-adequação do *civil law*.

Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele decorrente de ações individuais, a ação coletiva não se revela útil à tutela desses interesses, não se caracterizando, portanto, como via adequada à proteção dos mesmos.

É que a ação civil pública de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, como se sabe, leva a uma sentença condenatória genérica, reconhecendo a responsabilidade do réu pelos danos causados e condenando-o a repará-los às vítimas ou seus sucessores ainda não identificados, nos termos do art. 95 do CDC.

---

<sup>32</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damage à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, ano 26, jan./mar. 2001.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, p. 6.

A isso se segue uma liquidação de sentença, a título individual, em que caberá provar, aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este o dano geral reconhecido pela sentença, além de quantificar os prejuízos.

Ocorre que a prova do nexo causal pode tornar-se tão complexa, no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica, que só reconhece a existência do dano geral.

Nesse caso, a vítima ou seus sucessores enfrentarão um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, tais como o contraditório e ampla defesa.

Mesmo assim, nem todas as ações civis públicas em defesas de direitos individuais homogêneos trarão a mesma dificuldade. Basta pensar num pedido de restituição de um tributo inconstitucional a uma categoria de contribuintes<sup>34</sup> ou de devolução de mensalidades escolares pagas em excesso ou, ainda, de pagamento de uma diferença devida pela Previdência Social ou por bancos na aplicação de índices de correção monetária.

Nesses casos, e em muitos outros, o reconhecimento do dano geral será extremamente útil e adequado para liquidações que demandarão prova bastante simples.

Como se viu, os direitos individuais homogêneos já possuem tutela coletiva prevista, tendo o CPC de 2015 apenas inovado nessa tutela, no sentido de optar uma via de resolução distinta às lesões sofridas a esses direitos. Resta saber como a sistemática do IRDR opera para, então, concluir se a tutela coletiva, por meio da ação de classe brasileira, é a via preferível, ou se o novel instituto veio a ser a via adequada por excelência.

Para isso se passa a analisar, mais especificamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

### **3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

#### **3.1. Considerações preliminares**

Declaradamente inspirado no *Musterverfahren* (procedimento-modelo) alemão<sup>35</sup>, o CPC de 2015 trouxe, em seu Livro III, Capítulo VIII, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esse novo instituto consiste em uma técnica de julgamento coletivo, tida por Marcelo Abelha Rodrigues<sup>36</sup> como uma técnica individual de repercussão coletiva (TIRC), ao contrário das ações coletivas, que são técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI).

---

<sup>34</sup> A despeito do exemplo dado, o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública veda, expressamente, o uso da tutela coletiva “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, constituindo verdadeiro óbice ao processo coletivo por parte do Poder Executivo federal, que editou a Medida Provisória que deu origem ao referido dispositivo em tela.

<sup>35</sup> TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 97.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Vol. 8. Coord. Hermes Zaneti Jr. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 623-639.

As TCRI são aquelas que se destinam à tutela de direitos singulares repetitivos, só que de modo coletivo. Elas não se valem do instrumento técnico individual previsto no CPC, mas daquele instituído pelo chamado microssistema processual coletivo, formado, sobretudo, pela LACP e pelo CDC.

Nesses casos, a decisão proferida de forma coletiva estende-se a todas as situações jurídicas individuais que nela se enquadrem, sendo que, posteriormente, poderão ser ajuizadas demandas pelos titulares dos direitos singulares a fim de solucionarem apenas as questões que lhe sejam particulares, utilizando como fundamento a decisão genérica, que lhes beneficia.

As TIRC, por sua vez, são consideradas instrumentos processuais que possibilitam – embora aplicáveis em ações individuais – que uma mesma questão de direito, presente em um grande número de processos, seja apreciada de uma única vez.

Tais técnicas, estas últimas, incidem nas chamadas demandas repetitivas (litígios de massa), isto é, naquelas que, embora veiculem pretensões individuais, relacionam-se por afinidade, justamente pela reiteração de uma mesma questão jurídica.

Nesse segmento, Marcelo Abella Rodrigues expõe que o IRDR “é o modelo exemplar das TIRC”.

Antes de mais nada, é necessário entender que IRDR chegou à legislação brasileira, inspirado no *Musterverfahren* tedesco, que, originalmente, destinava-se tão-somente ao mercado financeiro<sup>37</sup>.

Tratava-se, portanto, de incidente aplicável a hipóteses pontuais, em que a solução fática e jurídica de um ou alguns casos-piloto poderia ser aplicada a outros casos similares, porque inseridos na mesma situação jurídica.

Observe-se, contudo, que o instituto brasileiro não coincide plenamente com esses objetivos e definições, consoante exposto a seguir.

### 3.2. O que é o IRDR

Conforme dito alhures, o IRDR é um instituto processual destinado ao julgamento conjunto de casos.

Nos incisos do art. 976 do Código, que introduz a disciplina do tema, podem ser encontrados os requisitos para a instauração do incidente, quais sejam: (i) a efetiva repetição de processos no tribunal e (ii) o risco à isonomia.

Relativamente ao primeiro requisito, a previsão encampada pelo anteprojeto da Comissão de Juristas e do Projeto de Lei (PL nº 8.046/2010) aprovado no âmbito do Senado Federal era no sentido de ser cabível o incidente em caso de mera potencialidade de repetição de questões idênticas em diversos processos<sup>38</sup>, não havendo necessidade de que ela fosse efetiva, conforme a interpretação exegética da versão final do dispositivo.

---

<sup>37</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. O novo Código de Processo Civil e o processo coletivo. Palestra proferida em 10.10.2016 na Escola Paulista da Magistratura. Disponível em: <[http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt\\_epm.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt_epm.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>38</sup> Nos dizeres de Marcos Cavalcanti, “o IRDR proposto pelo anteprojeto da comissão de juristas e pelo projeto de lei aprovado pelo Senado Federal possuía caráter marcadamente *preventivo*. Isto é, antes mesmo do efetivo ajuizamento massificado de demandas repetitivas, o juiz ou relator, verificando a potencialidade de a controvérsia gerar relevante multiplicação de processos, deveria suscitar a instauração do IRDR. Ocorre que o caráter preventivo sugerido para o IRDR sofreu diversas críticas doutrinárias em audiências públicas realizadas na fase

Assim, a norma vigente contrariou não apenas a Comissão e o PL como também o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)<sup>39</sup>, exigindo que a repetitividade da questão seja comprovada a fim de que se instaure o incidente<sup>40</sup>.

Desses dois requisitos, pode-se subentender que o IRDR visa conferir celeridade de julgamento e equidade de decisões, o que, a princípio, pode levar a crer que esse sistema se aproxima do sistema de precedentes do *common law*, que evita decisões contraditórias pela aplicação de uma tese jurídica a um caso concreto<sup>41</sup>.

Ocorre que, nesse tocante, há uma divergência doutrinária acerca da natureza do instituto, haja vista que há dois modelos de julgamento conjunto de casos: o do procedimento-modelo e o da causa-piloto.

Alguns juristas, representados por Aluisio Mendes e Roberto Rodrigues<sup>42</sup>, afirmam que

o procedimento-modelo idealizado no Projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) reveste-se de natureza de processo objetivo, uma vez que tem por escopo não a resolução da lide individual na qual surge, mas sim a elaboração de uma ‘decisão-quadro’, de uma tese jurídica aplicável às questões de direito comuns que são origem à multiplicidade de demandas idênticas.

Nesse sentido, também Dierle Nunes<sup>43</sup>, que textualmente refuta o modelo da “causa-piloto” para o incidente, o que somente ocorreria nos recursos especial e extraordinário repetitivos, nos quais o tribunal julga por completo a causa, diferentemente das técnicas de procedimento-modelo nas quais há uma cisão cognitiva, a exemplo do IRDR.

Assim, consideram que o IRDR tem natureza de procedimento-modelo, como seu antecessor *Musterverfahren*, isto é, ele julga apenas a questão de direito veiculada no processo, sem se atentar ao substrato fático da causa, às provas, enfim, à narrativa.

Esse posicionamento deve-se ao fato de que o IRDR é uma técnica processual destinada à fixação de teses jurídicas, devendo o juízo *a quo* aplicar a decisão aos fatos, e não o próprio órgão fixador da tese.

---

de discussão do projeto de lei na Câmara dos Deputados, assim como em trabalhos publicados por estudiosos do tema.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016, p. 212)

<sup>39</sup> Enunciado nº 87. (art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco da quebra da isonomia e da segurança jurídica.

<sup>40</sup> ROLAND, Edgard de Carvalho. Incidente de resolução de demandas repetitivas e representatividade adequada: necessidade de controle judicial à luz da interpretação do princípio do contraditório. 2016, p. 21. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3588/1/edgarddecarvalhoroland.pdf> > Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>41</sup> TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 69.

<sup>42</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, set/2012, versão digital.

<sup>43</sup> NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2320.

Um outro grupo, composto notadamente por Antonio do Passo Cabral<sup>44</sup>, defende que o incidente possui natureza de causa-piloto, aos moldes do *Pilotverfahren* austríaco, no sentido de que haverá julgamento de toda a causa, inclusive dos fatos narrados, com instrução probatória e tudo o mais.

Para endossar esse argumento, os juristas valem-se das disposições, sobretudo, do parágrafo único do art. 978 do Código, que indica, textualmente, que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica *julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente*” (grifou-se).

Assim, se o órgão julgador do incidente estiver sujeito ao julgamento do “processo de competência originária de onde se originou o incidente”, haverá julgamento da causa como um todo, incluindo as questões de fato, de modo que não se haverá de falar em procedimento-modelo, mas, com efeito, em causa-piloto, uma vez que o processo, como um todo, será julgado, cabendo aos outros juízos proferirem decisões acerca apenas dos outros processos afetados pelo incidente.

Ainda há ainda uma terceira corrente, defendida por Bruno Dantas<sup>45</sup>, que aposta na cisão cognitiva e na fixação da tese em abstrato, aduzindo que o tribunal julgará, ato contínuo, o caso concreto, para demonstrar os contornos da aplicação da tese. Assim,

O IRDR funciona como fracionamento na cognição e no julgamento da causa. Ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo originário a sua aplicação ao caso concreto. É importante observar que a fixação da tese contém não apenas a cognição da *quaestio iuris*, mas também decisão, o que todavia não significa julgamento da lide subjacente.<sup>46</sup>

Desse modo, assevera que a regra do art. 978 indica que

o legislador pretendeu que o mesmo órgão jurisdicional que definiu a tese jurídica em abstrato seja responsável também pela sua aplicação ao caso concreto para fins de fixação do padrão decisório a ser obedecido em todos os casos idênticos presentes e futuros. O tribunal deve demonstrar exatamente os limites e possibilidades na aplicação da tese fixada ao caso específico.<sup>47</sup>

Na verdade, o que interessa é que haverá a fixação da tese jurídica, assemelhando-se, nesse ponto, ao modelo proposto pelo sistema de precedentes, resolvendo, a uma só vez, uma série de processos, todos eles contendo pretensões isomórficas, veiculando direitos repetitivos — aqueles decorrentes da litigância seriada, de massa.

Evidentemente pode acontecer que tais direitos tenham origem comum e preponderância das questões coletivas, tratando-se, assim, de direitos individuais homogêneos

---

<sup>44</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1418.

<sup>45</sup> DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2179 a 2185.

<sup>46</sup> *Op. cit.*

<sup>47</sup> *Op. cit.*

— aptos, então, a serem tratados pela tutela coletiva já prevista desde pelo menos a promulgação do CDC, quando positivado no ordenamento jurídico pátrio o conceito mesmo de direitos individuais homogêneos.

Não é que o IRDR vá veicular apenas pretensões individuais homogêneas, mas ao valer-se da técnica do precedente, introduzida pelo CPC novo, ele acaba abarcando a tutela desses direitos.

Com efeito, o incidente resolve, também, questões comuns extraídas de casos heterogêneos, em que a origem comum dos direitos não se faz presente. E, quanto a esse ponto, especificamente, não há que se falar em sobreposição do referido instituto à tutela coletiva, visto que o caráter heterogêneo não se vislumbra.

O que se observa, nessa toada, é que a sobreposição do IRDR à tutela coletiva propriamente dita é parcial, havendo indagações bastantes a respeito de se esse fenômeno seria a técnica mais adequada e representativa a fim de garantir o efetivo acesso à justiça.

## **4. DIFERENÇAS SENSÍVEIS ENTRE O IRDR E O PROCESSO COLETIVO NO ÂMBITO DA TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

### **4.1. Aferição da Representatividade**

Conforme pontua Andre Vasconcelos Roque<sup>48</sup>, a tutela coletiva do Brasil se desenvolveu inspirada nas *class actions* norte-americanas, mas pela via indireta, através do estudo da doutrina italiana.

Nos Estados Unidos, as *Federal Rules of Civil Procedure* trazem em seu bojo a regra nº 23, que regula as *class actions*. Essa regra traz, entre outros aspectos, a necessidade de que o representante da classe seja um representante típico<sup>49</sup>, isto é, a ação do representante deve representar aqueles dos membros da *class*, de modo que não haja um desvio de interesses.

Diversamente, no incidente de resolução de demandas repetitivas não há previsão, de nenhum dispositivo que regule a representatividade, como vem sendo amplamente discutido pela doutrina no que tange às ações coletivas.

O controle *ope judicis* da representatividade nas ações coletivas é proposto por Clarissa Diniz Guedes<sup>50</sup> ao tratar do tema, induzindo que, analogamente ao modelo americano, o juiz deveria ter controle da legitimidade, sobre a qual recai uma presunção *iuris tantum*, admitindo-se, assim, a prova contrária.

---

<sup>48</sup>ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER Jr., Fredie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 17.

<sup>49</sup>BUENO, Cassio Scarpinella. As classactions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. In: Revista de Processo, vol. 82, 1996, p. 95.

<sup>50</sup>GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 133.

A autora assim propõe que “a presunção de legitimidade adequada dos titulares da ação civil pública não se reveste de caráter absoluto, podendo ser ilidida sempre que as circunstâncias do caso concreto suscitem dúvidas sobre a idoneidade do ente coletivo para figurar no polo ativo deste tipo de demanda”.

Assim, diante da dúvida perante a tipicidade do representante, em tema de direitos individuais homogêneos tutelados em incidente de resolução de demandas repetitivas, dever-se-ia adotar o critério da discricionariedade do julgador para interromper o incidente uma vez surgida a dúvida quanto à representatividade.

Dessa maneira, evitar-se-ia inconvenientes na apreciação desses direitos, que são pertencentes, em verdade, a uma coletividade. Aqui é importante frisar que se fala apenas dos casos em que se tutela direitos individuais homogêneos, uma vez que nem todo o IRDR instaurado cuidará desse tipo de pretensão, dado que o caráter da origem comum desses direitos e da prevalência das questões coletivas nem sempre estará presente.

## 4.2. Efeitos da coisa julgada

As ações coletivas possuem um regime particular de coisa julgada, em que não se aderiu à sistemática *pro et contra* (com formação de coisa julgada *erga omnes* independentemente do resultado da demanda), nem à do *secundum eventum litis* (em que somente haverá formação da coisa julgada material em caso de vitória do grupo).<sup>51</sup>

Em vez disso, a coisa julgada opera distintamente no plano individual e no plano coletivo. Neste, optou-se pelo modelo *pro et contra*, impedindo a propositura de ações coletivas idênticas pelo grupo e qualquer um de seus colegitimados, tanto em caso de vitória quanto de improcedência da demanda.

No plano individual, entretanto, foi dada a oportunidade ao membro do grupo de propor a ação individualmente em caso de derrota do grupo na demanda coletiva, perfazendo, assim, a modalidade *secundum eventum litis (in utilibus)* de coisa julgada, conforme o art. 103 do CDC<sup>52</sup>.

Assim, percebe-se que o regime de coisa julgada, ainda que mereça críticas e reformulações, apresenta uma disposição cuidadosa em que se privilegia o caráter coletivo e, ao mesmo tempo, não cria vantagens exacerbadas ao autor.

No IRDR, por sua vez, não há disposição quanto aos efeitos da decisão, cabendo, somente o *distinguishing* a ser aplicado, isto é, quando o processo afetado, na verdade, não disser respeito à questão controvertida de direito objeto do incidente.

## 4.3. Mecanismos *opt-in* e *opt-out*

---

<sup>51</sup>ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 21.

<sup>52</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (...). (grifou-se)

Enquanto a tutela coletiva privilegiava o mecanismo *opt-in*, permitindo que o autor suspendesse sua demanda individual para aguardar o julgamento do processo coletivo, nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor<sup>53</sup>, o IRDR fez o inverso: o autor terá de optar por sair do procedimento, que automaticamente sobrestará seu processo em curso.

Essa opção legislativa pelo mecanismo *opt-out* cria um ônus desnecessário ao autor, que por vezes sequer pretende que seu processo aguarde a resolução do incidente.

É que, para se privilegiar a pretensa isonomia e, já que o incidente cuida justamente dessa resolução, o *opt-in* é forçoso, criando esse entrave que obriga à demonstração do *distinguishing* para a retirada do processo dos casos afetados

No processo coletivo, o *opt-out* é a regra, devendo o autor somente requerer o *opt-in*. para, justamente, obter a isonomia a que visa o IRDR.

Como se percebe, o novo instituto, na busca por desafogar o Judiciário pela via da isonomia e do microsistema de precedentes, vale-se de técnicas que já encontravam previsão na tutela coletiva.

Em relação às pretensões isomórficas de origem comum, que veiculam direitos individuais homogêneos, já há disposição bastante apta a assegurar tanto a isonomia, quanto a celeridade, pois, pela molecularização, um único caso veicula diversas pretensões jurídicas comuns, sendo desnecessária uma nova disposição para regulamentar esses fatos jurídicos especificamente, o que não se aplica às pretensões heterogêneas que veiculem causas comuns, em que o aspecto coletivo não seja preponderante.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa conduzida, pôde-se observar qual a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, que são tidos como uma espécie de direito coletivo. Grande parte da doutrina, a esse respeito, filia-se à corrente que prega a dimensão processual da coletividade dos direitos individuais homogêneos, isso porque a técnica de se conferir a tutela coletiva a esses direitos decorre de política legislativa vocacionada a esse mister.

Nesta senda, os direitos individuais homogêneos são tidos como acidentalmente coletivos, e não essencialmente, como são os direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*. Isso não retira, todavia, o caráter superior da tutela coletiva prestada para a efetivação desses direitos, vez que não fosse por ela, muitas vezes tais direitos, dado seu fracionamento, seriam indistintamente violados.

A grande celeuma, que guiou o trabalho, foi o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas, técnica de julgamento conjunto, inspirada no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), que era destinado ao mercado financeiro, exclusivamente – quando da criação do instituto pelos alemães.

O IRDR, buscando desafogar o judiciário, dando-lhe celeridade e uniformidade, no afã de tratar as questões de maneira isonômica, acabou por deixar de levar em consideração

---

<sup>53</sup> Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. (grifou-se)

importantes aspectos que já eram abordados pela tutela coletiva desses direitos individuais homogêneos que, agora, receberam o nome de direitos repetitivos.

Viu-se, na verdade, que o espectro de sobreposição do IRDR à ação de classe brasileira não é total, visto que o incidente pode tutelar casos heterogêneos (que, dada a ausência de homogeneidade, não seriam objeto de ação coletiva).

A celeuma é que, em certas pretensões tidas como isomórficas, alvo do novo IRDR, as questões comuns são preponderantes, revelando a homogeneidade desses direitos, cujos mecanismos de tutela já eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro, com diversas disposições a respeito de questões polêmicas, tais quais: a representatividade, o regime diferenciado de coisa julgada, o sobrestamento, enfim, uma infinidade de pormenores que, no novel instituto, carecem de regulamentação ou encontram positivação que retrocede aos avanços da tutela coletiva a âmbito global.

Assim, percebeu-se que os direitos individuais homogêneos são melhor tutelados pela via da ação de classe, promovendo real acesso à justiça, consagrando todos os corolários do devido processo legal. O IRDR deve-se virar às questões heterogêneas, que não possuem origem comum de fato ou de direito, servindo-se somente à litigância de massa, seriada, e não à tutela coletiva, em casos em que se revele a origem comum e a prevalência da coletividade das questões.

Os institutos devem conviver bem, em harmonia, desde que respeitado o âmbito de incidência da tutela coletiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Revista de Processo, vol. 39, jul/1985, versão digital.

BUENO, Cassio Scarpinella. *As classactions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. In: Revista de Processo, vol. 82, 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

DANTAS, Bruno. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR.; Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, vol. 229, mar/2014, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 201.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da classaction for damage à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, ano 26, jan./mar. 2001.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O novo Código de Processo Civil e o processo coletivo*. Palestra proferida em 10.10.2016 na Escola Paulista da Magistratura. Disponível em: <[http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt\\_epm.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt_epm.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, set/2012, versão digital.

NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Vol. 8. Coord. Hermes Zaneti Jr. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um?. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul./ set., 1995.