O OBJETO E A NATUREZA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: AS SITUAÇÕES JURÍDICAS REPETITIVAS E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO CERNE DO DEBATE

The object and the nature of the repetitive demands incident: repetitive legal situations and homogenous individual rights at the heart of the debate

Revista de Processo | vol. 285/2018 | p. 235 - 269 | Nov / 2018
DTR\2018\20783

João Flávio Vidal Wanderley
Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.
joaoflaviovw@gmail.com

Área do Direito: Civil; Processual
Resumo: O presente trabalho tem como escopo estabelecer as primeiras linhas teóricas sobre a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Estabelecem-se as bases metodológicas na teoria dos fatos jurídicos para delimitar o objeto e a natureza do procedimento em debate. Perpassa-se, assim, por meio de conceitos básicos, como o das situações jurídicas coletivas – em especial o de direitos individuais homogêneos –, a repetitividade e a questão unicamente de direito, tudo com a finalidade de esclarecer pontos obscuros acerca do tema. Busca-se, por fim, saber se o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui ou não forma de tutela coletiva.

Palavras-chave: Direitos individuais homogêneos – Repetitividade – Incidente
Abstract: The present work aims to establish the first theoretical lines about the innovation brought by the Code of Civil Procedure of 2015, the incident of resolution of repetitive demands (IRDR). The methodological foundations are established in the theory of legal facts to delimit the object and nature of the procedure under discussion. It is thus permeated by concepts such as collective legal situations, especially homogeneous individual rights, repeatability, matters regarding exclusively legal aspects, the legal fact, in order to clarify these obscure points of the judgment of repetitive cases. It seeks, therefore, to know if the incident of resolution of repetitive demands constitutes or not form of collective legal protection.

Keywords: Repeatability – Homogeneous individual rights – Incident
Sumário:

Introdução - 1 Brevíssimos comentários sobre a teoria da situação jurídica - 2 Direitos individuais homogêneos - 3 Questão repetitiva unicamente de direito: o objeto do IRDR - 4 Natureza jurídica do IRDR - 5 À guisa de conclusão - Referências bibliográficas

Introdução

A distribuição e a produção em larga escala de bens e serviços, de forma estandardizada, resultaram em situações fáticas e jurídicas repetitivas e homogêneas.[1] Vale dizer, padronizaram-se, concomitantemente ao consumo, os conflitos e as questões jurídicas.[2] Isto é, numa sociedade de massa, em que todos os produtos e serviços são distribuídos de forma padronizada e em grande proporção, as situações fáticas e sociais que decorrem dessa distribuição tendem a se repetir e se homogeneizar. Natural, então, que tais circunstâncias deem ensejo a problemas jurídicos repetitivos.

Cumpre frisar que a mera repetição de relações jurídicas (rectius: situações jurídicas) similares é um fenômeno comum. Ora, a previsão em abstrato de uma hipótese fática subentende, por via de regra, que ela possa ocorrer no seio social e, ocorrendo, até mesmo possa se repetir. Ao se pensar na mera repetição do fato jurídico, não se inclui a variável da produção em larga escala, típica da sociedade de massa, que acima de tudo

tem como modo de operação a automação, a simplificação, a repetição e padrões de distribuição de riqueza.[3] Ocorre que essa transferência de bens e serviços em amplíssima escala e uniformizada, isto é, racionalizada de maneira a maximizar os lucros, reproduziu suas consequências nos conflitos jurídicos que, por sua vez, passaram a ser dotados, em certo sentido, de igual uniformidade.

Nada obstante, importante destacar que a repetitividade não é exclusividade das relações jurídicas de consumo. Situações jurídicas de diversas naturezas tendem a se repetir, isso porque a racionalidade e a padronização não se ativeram unicamente a um paradigma de consumo, ao contrário, se espraiaram por toda a sociedade.[4]

De todo modo, a repetição uniforme das questões jurídicas é apenas uma das fachadas de um grave problema social. Há conjuntamente a "produção" enorme em quantidade de conflitos judiciais. Somem-se a isso, então, os problemas estruturais do Judiciário brasileiro: a morosidade, a falta de recursos humanos e econômicos, a burocracia etc. Nessa toada, os processos acumulam-se aos montes e o tempo de espera para se obter um provimento jurisdicional é demasiado longo. Note-se, ademais, que boa parte dos processos contém muitas questões recorrentes e repetitivas – sejam de cunho previdenciário, tributário, consumerista ou simplesmente de natureza processual.[5]

Adicionem-se, ainda, a todo esse contexto, a prolação de decisões completamente adversas e contraditórias acerca de uma mesma questão fática e jurídica no âmbito do mesmo Tribunal e, por vezes, na competência de um mesmo juízo. Tem-se, então, verdadeira institucionalização da irracionalidade processual e do desprestígio para com eficiência da gestão administrativa do Judiciário. Há, vale dizer, reiterada violação à celeridade jurídica,[6] ao tratamento isonômico dos jurisdicionados e à segurança jurídica.

Entretanto, o direito não se encontra alheio à realidade dos fatos – ex facto oritur jus. Constantemente busca-se fornecer a esses conflitos repetitivos unidade de tratamento e igualdade de solução para que se contemplem a mais perfeita segurança jurídica e eficiência processual. Pensa-se, por exemplo, em técnicas processuais mais céleres, como o rito sumário, a técnica do processo monitório, a antecipação da tutela, e mesmo o próprio processo coletivo para solver os problemas intrínsecos na repetitividade dos conflitos. Mais recentemente, com o CPC de 2015, em inspiração especialmente no direito alemão[7] e no direito inglês,[8] os juristas brasileiros idealizaram o incidente de resolução de demandas repetitivas. Esse procedimento se destaca como uma técnica processual útil para administrar e julgar os processos que versam sobre questões de direito repetitivas, de modo a assegurar os preceitos ora elencados.[9]

Em especial, naquilo que se refere ao processo coletivo, principalmente aqueles que tinham por objeto os direitos individuais homogêneos, viu-se a oportunidade de solucionar os problemas relatados e a possibilidade de fomentar o acesso à Justiça[10]. No Brasil, estudam-se as ações coletivas (sob influência das class actions norte-americanas) desde 1977, estudo de José Carlos Barbosa Moreira,[11] mas somente em 1990, com a promulgação da Lei federal 8.708, em seu artigo 81, constituíram-se as tipologias das diferentes espécies de situações jurídicas coletivas.[12]

Ocorre que as ações coletivas pouco se disseminaram na prática jurídica brasileira. Diversos são os motivos: (a) não há, como nos Estados Unidos da América, uma quantidade suficiente de associações, de sorte que a maioria das ações coletivas é proposta pelo Ministério Público; (b) a vedação de ações coletivas para veicular pretensões que envolvam determinadas matérias, como tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados; (c) o regime da coisa julgada secundo eventum litis; (d) a necessidade de posterior execução individual da decisão que abarca um direito individual homogêneo etc..[13]

Diante de uma premente insuficiência prática das ações coletivas na realidade nacional,[14] com o Novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), buscou-se maneiras de gerir,

administrar e julgar esse montante de processos. Coube, inclusive, estabelecer uma técnica processual para resolver de maneira eficiente – ao menos em tese – questões trazidas repetidamente ao Judiciário ao mesmo tempo que se assegura a uniformidade do tratamento dos jurisdicionados.

Nessa ambiência, o artigo 928 estabelece procedimentos para o julgamento de casos repetitivos, cujo escopo é administrar e julgar tais demandas jurídicas que contenham questões de direito reiteradamente levadas ao Judiciário. São elencados nesse dispositivo o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), os recursos especiais e extraordinários repetitivos, mas também se incluem aqui os recursos de revista repetitivos na seara trabalhista.

Este trabalho se deterá ao estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas. Mais especificamente, cuidará de analisar o objeto desse procedimento com o fito de averiguar o seu papel na tutela de situações jurídicas coletivas (se há algum papel). Em especial, conforme estabelecidas algumas premissas, tentará discutir sobre sua natureza jurídica.

Oportuno, antes de mais nada, esclarecer que o IRDR tem como objetivo a solução de questões repetitivas e similares em inúmeros processos – ainda que estes sejam heterogêneos entre si em todas as demais questões – cuja controvérsia tenha aspecto unicamente jurídico (e não fático). Para tanto, ao seu final, cumpre ao órgão julgador competente "fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos" [15] presentes e futuros. Portanto, "o incidente de resolução de demandas repetitivas persegue a fixação de uma tese acerca de uma questão jurídica, que é estabilizada e, com isso, levada à aplicação noutros processos".[16]

Para descobrir a natureza do IRDR, é necessário, contudo, realizar um estudo preliminar sobre o seu objeto. Vale, assim, dizer, sobre quais questões repetitivas são objeto de discussão em um incidente de resolução de demandas repetitivas e em que essa repetitividade se assemelha ou se diferencia dos já conhecidos direitos individuais homogêneos.

Eis, então, o que se passa a expor.

1 Brevíssimos comentários sobre a teoria da situação jurídica

A norma jurídica incide de forma incondicional, uma vez suficientemente concretizada no mundo dos fatos a hipótese fática descrita no texto normativo. Esse conjunto de fatos adentra no mundo jurídico após a incidência e é considerado não mais um fato social, mas também um fato jurídico.[17]

Via regra, esse fato adjetivado como jurídico perpassará por três planos: a existência, a validade e a eficácia. Uma vez existente, o fato poderá ser válido e eficaz. Há, todavia, fatos jurídicos que não atingem, em nenhum momento, o plano da validade, de forma a produzir efeitos já no momento de sua existência. De outro modo, podem existir fatos jurídicos que o direito reputa como eficazes, mesmo que venham a ser anulados posteriormente.[18] O que importa observar, contudo, é que os efeitos jurídicos não decorrem necessariamente da incidência, mas do fato jurídico em si. Em palavras mais aclaradas, ocorrendo um fato previsto em norma jurídica, sucede a incidência. O fato jurídico é a consequência da incidência, enquanto o efeito jurídico é aquilo que emana de um fato adjetivado como jurídico.[19]

São, pois, consequências do fato jurídico (eficácia) as sanções, os encargos, as relações jurídicas, os direitos e deveres etc. Na doutrina, comumente, para expressar uma categoria eficacial, tem-se utilizado a expressão "situação jurídica". Marcos Bernardes de Mello, a seu modo, explica que essa expressão é normalmente empregada em dois sentidos:

a) Em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo

jurídico em decorrência de um fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico;

b) Em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza ainda uma relação jurídica, e os eventuais direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica.[20] (grifo do autor)

Pode-se concluir, dessa maneira, que, em sentido lato, uma relação jurídica constitui verdadeira espécie do gênero situação jurídica, ao passo que, em sentido estrito, situação jurídica e relação jurídica são espécies diferentes do gênero categorias eficaciais.

A esses conceitos some-se a ideia de que existem dois tipos de dimensão em situações jurídicas: uma individual e uma coletiva. É acertado dizer que fatos jurídicos de métrica individual dão ensejo a situações jurídicas individuais e fatos jurídicos de grandeza coletiva dão ensejo a situações jurídicas coletivas.[21]

É importante anotar que o Direito Civil e o Direito Processual Civil moderno desenvolveram-se com a ênfase da tutela de situações jurídicas individuais, atitude metodológica certamente marcada pelo individualismo jurídico.[22] Ocorre que logo se identificaram situações jurídicas que não diriam respeito exclusivamente ao indivíduo atomicamente considerado, mas a uma coletividade de pessoas determinadas ou indeterminadas. Em razão disso, buscaram-se meios de proteção jurisdicional dessas situações jurídicas coletivas.

Estando bem claras essas coisas, é possível afirmar a existência de tutela de diferentes espécies de situações jurídicas coletivas, o que implica dizer que existem dois modelos para o exercício da jurisdição (ou de processo): aquele que discute situações jurídicas individuais e aquele em que se discutem situações jurídicas coletivas. Assim, tutela coletiva é exercida quando versar acerca dos (a) direitos difusos, (b) direitos coletivos e (c) direitos individuais homogêneos.[23] É nesse sentido que se deve entender o artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Para o presente estudo, já se ressaltou, cumpre apenas realizar determinadas anotações sobre os direitos individuais homogêneos, com o fito de esclarecer quaisquer confusões que possam obscurecer o conceito de situações jurídicas repetitivas, objeto de solução do IRDR.

2 Direitos individuais homogêneos

A legislação pátria utiliza-se de determinados conceitos para concretizar as situações jurídicas coletivas, identificando as espécies de direitos coletivos e os titulares. Antônio Gidi destaca a influência italiana, uma vez que na França, na Alemanha e nos países de common law não se fixam esses conceitos que, para o autor, vão a níveis de abstrações que se deveriam evitar.[24]

Nada obstante, o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, tratando especificamente acerca dos direitos individuais homogêneos, apenas sugere que são aqueles direitos que possuem a mesma origem em comum – o que pouco quer significar. Coube, então, aos doutrinadores descobrir o que vem a ser essa particular espécie de interesses juridicamente protegidos. Neste trabalho, parte-se do pressuposto de que a norma inserida nesse dispositivo legal, quando se refere a "origem comum", quer, de alguma forma, descrever o suporte fático que determina a incidência da norma. Nesse sentido, para a Norma do Consumidor, direitos individuais homogêneos caracterizam situação jurídica[25], portanto, eficácia que se verifica quando a fonte (origem) de vários direitos individuais semelhantes é compartilhada (comum).

Sobre os D.I.H., outros importantes aspectos de complexidade são debatidos pela

doutrina. O primeiro deles é saber se a expressão "origem comum" alcança somente uma situação fática que dê ensejo a várias situações jurídicas individuais ou se engloba também uma questão jurídica. Nesse sentir, cumpre esclarecer que, ao menos na teoria dos fatos jurídicos, é impossível imaginar uma questão jurídica sem uma situação fática preexistente. É que não há direito a ser deduzido em juízo, e apresentado como fundamento do que se pleiteia, sem que previamente já se tenha dado o fato jurídico. Se a origem comum pode ser entendida como uma circunstância fática ou uma questão jurídica, o que cumpre frisar é que, em todo caso, origem comum é suporte fático do qual um direito individual homogêneo é eficácia.

A repetição do mesmo direito (rectius: situação jurídica) costuma identificar a massificação. Todavia, tão somente repetição não aponta a origem comum. Em muitos casos, as situações jurídicas repetidas não possuem uma origem comum. Se um produtor dispõe no mercado de consumo produto que venha a efetivamente causar, individualmente, danos aos seus consumidores, o que existe são várias hipóteses fáticas singulares que tendem a justificar a responsabilidade civil, mas de uma mesma origem: a disposição do produto defeituoso no mercado de consumo por esse fornecedor. Há, aqui, a identificação subjetiva de um sujeito que é a fonte compartilhada de todos os danos decorrentes, capaz, inclusive, de figurar como parte num possível processo coletivo.

Todavia, a mesma situação fática pode se repetir quando outro fornecedor tenha disposto um produto no mercado que, em razão de um vício, também acarretou danos a consumidores determinados, justificando a subsunção de normas de responsabilidade civil e direito de ressarcimento. Nesse caso, a relação fornecedor-consumidor individual não é a mesma da anterior, embora as situações fáticas e jurídicas possam ser semelhantes, não sendo possível dizer, portanto, que entre elas existe uma origem comum.

Bem vistas as coisas, a repetitividade de uma questão fática ou jurídica é conceito mais abrangente que o de direitos individuais homogêneos[26]. Quando se percorre até a origem do fato, identificando o sujeito causador do dano de repetição em massa, vai-se até a fonte e individualiza-se a relação entre a "coletividade individual homogênea" lesada e o sujeito lesante, no caso a coletividade de consumidores e o fornecedor. Como se percebe, a origem comum não necessita que o fato tenha se dado em unidade espacial e temporal,[27] mas que tenha um sujeito de origem da conduta que se dirige a um outro sujeito titular da situação jurídica coletiva denominada "direito individual homogêneo". Se um avião cai em uma área residencial, destrói vidas e bens materiais de um número extenso de pessoas identificáveis, há origem comum. Mas daí não se permite concluir que, caso a unidade temporal e espacial se rompa, não seja possível a existência de direitos individuais homogêneos.

Outro fator de debate na doutrina gira, também, em torno de outros elementos do suporte fático que dá ensejo aos direitos individuais homogêneos. Com fundamento na Federal Rule 23,[28] sustenta-se que, para a verificação de direitos individuais homogêneos, seria necessário, concomitantemente, que: (a) houvesse a predominância (ou prevalência) das questões comuns sobre as questões particulares individuais, de modo que, havendo mais peculiaridades em relação aos casos concretos individuais do que questões comuns, haveria heterogeneidade e não homogeneidade; (b) e que a tutela coletiva de situações individuais fosse mais eficiente e promovesse um maior acesso à justiça que outras espécies de tutelas jurídicas, isto é, que a tutela coletiva de situações individuais afins se demonstrasse como a melhor e mais apta forma de resolver os conflitos semelhantes, revelando-se através de uma análise comparativa a sua superioridade em relação à demais formas de proteção.[29]

Apesar de autores de renome defenderem a aplicação desses requisitos para a verificação de direito individual homogêneo, dentre os quais, a saudosa Ada Pellegrini, ousa-se discordar: não há nada na norma jurídica do artigo 81 que justifique sua aplicação.[30] Assim, pensa-se que, existindo a origem comum dos direitos semelhantes,

basta para que se verifique a situação jurídica coletiva em debate. Haver questões, em nível individual, que sejam bastante peculiares não descaracteriza o tipo. Nada impede que da mesma origem fática, por exemplo, resultem danos à vida, à integridade física, danos patrimoniais, e as diferentes naturezas dos danos não tornam a ação coletiva impossível, em face de outras particularidades dos casos.[31] Entretanto, deve-se ao menos considerar que a extensão das situações fáticas individuais é dotada de indeterminabilidade, massificando seu tratamento jurídico, de maneira que não se trata de mero litisconsorte.[32]

Vale frisar, aliás, que aqui se faz coro à parcela da doutrina que vê nos direitos individuais homogêneos um aspecto de direito substancial[33]. Esse aspecto somente é possível de se imaginar quando se tomam dois níveis de eficácia superpostos: um em dimensão individual e outro em dimensão coletiva. Na primeira, verificam-se tão somente direitos subjetivos individuais determinados cuja titularidade é concedida a particulares específicos. Na dimensão coletiva, entretanto, a norma incide sobre o conjunto de fatos que dão origem a direitos individuais semelhantes de origem comum e faz surgir uma situação jurídica muito específica e de tessitura coletiva: os direitos individuais homogêneos.

Vale dizer, direitos individuais homogêneos caracterizam situação jurídica coletiva específica que poderá ser objeto de ação coletiva, mas, em dimensão individual, é a representação de vários direitos individuais semelhantes, que, embora os casos em que se encontrem possam ter em si particularidades concretas, são provenientes de uma origem comum. Como situação jurídica, é efeito tão somente da massificação de situações individuais. Homogeneidade é elemento do suporte fático, mas não se qualificam as demandas como homogêneas, ou seja, é qualificação a que se refere a formação de situações jurídicas massificadas: basta que, em relação à causa, o mesmo problema jurídico seja compartilhado por vários indivíduos.

Logo, numa ação coletiva em que se defendam direitos individuais homogêneos, o que se objetiva é uma condenação genérica em favor de todas as possíveis vítimas (artigo 91 do CDC (LGL\1990\40)). Vale dizer, ainda tendo em vista o exemplo conferido, é na ação coletiva em que se requer a imputação global do dever de indenização, que se pleiteia pela condenação em responsabilidade civil por danos de origem factual comum a sujeitos indeterminados, porém determináveis – titulares de verdadeiros direitos individuais subjetivos, mas não do direito individual homogêneo. Por meio dessa espécie de situação coletiva, o que se pretende é uma proteção que abranja todos esses direitos, ainda que posteriormente não venham a ser devidamente singularizados.[34]

Cumpre, nesse instante, relembrar ensinamento clássico de que não há situação jurídica sem que figurem ao menos dois elementos: o titular, um sujeito sempre certo e determinado; e uma coisa, também certa e determinada que é o objeto atribuído ao sujeito. É certo dizer, então, que numa situação jurídica um sujeito possui titularidade sobre determinado objeto. Ser atribuído a um sujeito e ser titular de um objeto é o que define, precisamente, as posições de sujeito de direito e objeto de direito.[35]

Sendo assim, o direito individual homogêneo, entendido como uma situação jurídica coletiva e conteúdo de eficácia, "consiste numa disposição normativa de um objeto que se refere a um sujeito bem determinado. O sujeito será aquele posicionado em relação ao objeto ocupando assim posição de titularidade, repise-se".[36] E, se é possível dizer que os indivíduos são titulares de suas próprias situações jurídicas particulares, verdadeiros direitos subjetivos individuais, não é possível afirmar que são titulares da situação jurídica coletiva, como se houvesse uma espécie de condomínio sobre o objeto coletivo ou uma multidão de titulares. Como dito, é preciso considerar que superposta a uma dimensão individual dos direitos está uma dimensão coletiva, a qual se originou somente porque outra norma incidiu e determinou que sobre a origem comum dos direitos individuais semelhantes (fato jurídico) ocorresse uma outra eficácia jurídica: o direito individual homogêneo.

Por conseguinte, numa relação jurídica em que o sujeito ativo tenha em sua titularidade um direito individual homogêneo há, sem dúvidas, sujeito de direito coletivo (ou em dimensão coletiva). Nessa espécie de sujeitos existe certa determinabilidade dos indivíduos e de suas quotas referentes ao objeto que lhe compõe. Portanto, vê-se que a determinabilidade (do objeto e dos sujeitos individuais) é característica essencial dos direitos individuais homogêneos.

O fato jurídico existe, portanto, têm-se sujeito e objetos concretizados. Em nenhum momento esse sujeito de direito coletivo (grupo titular de um direito individual homogêneo) será desmembrado por conta de qualquer posterior individualização de partes particulares a ele subjacentes. A situação coletiva e a individual existem a um só tempo. Ora, se o suporte fático suficiente se deu, sobre ele incidiu a norma jurídica (incondicionalmente);[37] existe fato jurídico em dimensão coletiva que produziu efeitos no mundo jurídico: direitos individuais homogêneos. Sendo assim, mesmo que se veja a incidência de outras normas em que se verifiquem direitos individuais subjacentes, a fixação de cada elemento específico que compõe esse todo não elimina a existência do próprio todo, que está em outra dimensão: o coletivo.

Após a individualização dos direitos subjetivos (liquidação individual) de certa parte do "direito individual homogêneo", sendo as execuções em montante insuficiente para justificar a reparação e a pacificação do conflito coletivo, pode restar uma outra parte que padece sem a determinação.[38] Vale dizer, realizadas as execuções individuais, consideradas as condenações particulares insuficientes para a devida reparação do dano causado à coletividade individual homogênea, pode padecer importe de quantificação apenas aproximativa, cujos titulares em dimensão individual encontram-se em estado de indeterminação (fluid recovery).

Contudo, não parece correto exigir uma correlação necessária dos direitos difusos com os direitos individuais homogêneos, como se, para haver, por exemplo, violação de direitos em dimensão difusa, fosse necessária a existência de violações individuais que padeceram sobre essa indeterminabilidade.[39] Isto é, esse estrato subjetivo de indivíduos indeterminados não torna o DIH difuso, posto que sobre ele permanece característica essencial que a situação jurídica difusa não detém, que é a determinabilidade de direitos individuais subjacentes.

Cumpre relembrar, apenas rapidamente, que os direitos e interesses difusos são caracterizados pelo alto grau de indeterminabilidade dos indivíduos que compõem a coletividade, mas não só: nos direitos difusos não existe direito individual violado. Se identificáveis de alguma forma os indivíduos integrantes de uma coletividade difusa, não lhes será possível dizer que se tenha algum direito subjetivo subjacente àquela situação coletiva, por certo que, se aí houver, se tratará de direito individual homogêneo.

Eis, aliás, o motivo de não se dividir o bem jurídico nessa categoria eficacial: porque não há com quem se possa dividir. Existem apenas interesses espalhados, que somente são juridicamente considerados, em sua inteireza e em sua unidade, formando uma amálgama indissolúvel e indivisível, em todo caso. Se já não há tão somente meros interesses individuais, mas multiplicidades de direitosindividuais, tendo em vista ser uma origem comum, visualizam-se direitos individuais homogêneos.[40] Há de se reconhecer a diferença.[41]

É bem verdade que nos direitos individuais homogêneos existe certo grau de indeterminabilidade dos indivíduos num primeiro momento (antes de qualquer determinação dos indivíduos), mas nem por isso eles se travestem de direitos difusos, pois, ainda que não sejam especificadas as partes desse todo, a mera possibilidade de individualização já lhe diferencia da natureza difusa. De mais a mais, também não se diga que os direitos individuais homogêneos são a mera soma de direitos individuais, sob o risco de reduzir a eficácia que ocorre numa dimensão coletiva àquilo que se passa na dimensão individual.[42]

Como se disse, os sujeitos individuais subjacentes ao DIH, titulares de bens individuais, num primeiro momento, ainda estão dispersos, desconcentrados, anônimos, não identificados e, por assim dizer, indeterminados. Igualmente desconhecidos, singularizados, particularizados, especificados, caracterizados, tipificados são seus direitos individuais subjacentes. Isso acontece devido à própria facticidade coletiva sobre a qual norma incidiu. Preferiu-se criar uma coletividade, para que depois se identificassem os respectivos direitos individuais subjacentes. Enfim, há que se esclarecer que a posterior determinação (fixação) dos sujeitos individuais e suas respectivas "quotas" não aniquila a existência do próprio sujeito de direito coletivo.

É correto, portanto, dizer que em direitos individuais homogêneos sempre haverá a possibilidade de fixação dos indivíduos, seja antes da própria ação coletiva, com a propositura de uma ação individual; durante a fase de conhecimento (artigo 94); ou em liquidação e execução (artigo 97).[43]

Ademais, é retórico afirmar que os DIH são direitos individuais que se instrumentalizam para serem coletivamente tratados.[44] Em qualquer hipótese de eficácia haverá um sujeito ao qual se atribui um objeto (inclusive nas situações jurídicas processuais). No caso, uma coletividade com potencialidade de determinação dos indivíduos, sujeito fixado no tempo e no espaço. Nessa esteira, é necessário resgatar o ensinamento de que "a relação processual, como autônoma, abstrata, não é ela desligada da relação substantiva", ou seja, "é instrumentalmente conexa com a relação material". Portanto, dada a origem comum dos danos, diante dessa facticidade, se se identifica um sujeito de direito no processo, por certo ele existia anteriormente em relação substancial.[45]

Por todo o exposto, concorda-se, em certo ponto, com a posição de Alcides Munhoz no sentido de que, em direitos individuais homogêneos, se está diante de verdadeira situação jurídica coletiva. Sem embargo, do mesmo modo que se aproveita o que possui de melhor nesse ensinamento, é preciso ter cautela com as possíveis inferências açodadas que dela decorrem.[46] É que concluir, como esse autor faz, que os direitos individuais homogêneos possuem um caráter essencialmente difuso pode obscurecer a própria tutela dos direitos e interesses difusos.

Vale explicar: Munhoz destaca que a divisão de um direito individual homogêneo ocorreria somente no momento da liquidação (quantificação). E, por assim dizer, antes da liquidação, ou não se distinguido os bens jurídicos individuais, o que se tem é um objeto de direito a ser protegido indivisível e uma coletividade de sujeitos indeterminada . Sobre sua ótica, a divisibilidade do bem jurídico anda de mãos dadas com a determinação precisa dos indivíduos.

Por exemplo, imagine-se uma situação em que, em razão de uma publicidade abusiva e bastante ofensiva, tenham decorrido vários danos individuais a direitos da personalidade. Tais danos, em um primeiro momento, sob uma perspectiva coletiva, seriam a sujeitos indeterminados. Proposta a devida tutela de direitos individuais homogêneos, reconhecida a violação coletiva de direitos individuais da personalidade, haveria uma condenação genérica ao sujeito ativo da conduta violadora (artigo 95). Tem-se, pois, uma sentença condenatória genérica, cujo conteúdo determina a responsabilidade civil em face da conduta lesiva, comissiva ou omissiva de um mesmo sujeito (o responsável pela propaganda).[47] Seguir-se-á, então, a liquidação dessa sentença genérica, que poderá ser proposta pelas vítimas e seus sucessores (artigo 97): nesse momento é que se singularizam os indivíduos, antes dispersos. Entrementes, é preferível acreditar que é possível identificar os indivíduos titulares de direitos individuais a qualquer momento, mesmo em fases anteriores à liquidação: antes, com a propositura de uma ação individual que discuta a questão semelhante de origem comum; e mesmo durante, pois, uma vez publicado o edital, é permitido aos interessados intervir como litisconsortes (artigo 94). Já aí se percebe que a individuação dos direitos não ocorre somente na liquidação, é sempre possível, uma vez que determinabilidade (rectius: mera possibilidade de determinação) é essência desses direitos.

Oportuno destacar que interessa ao sistema jurídico da responsabilidade civil a compensação integral do prejuízo, de forma que, havido um ano sem uma compatível habilitação dos interessados para a liquidação e execução do quantum indenizatório devido, com a natural gravidade do dano, poderão as entidades legitimadas previstas no artigo 82 propor a liquidação e a indenização devida (artigo 100), e o montante daí resultante seria convertido ao próprio F.D.D.[48]. Não se trata de quantificação de um valor pecuniário punitivo, mas da consagração do princípio da equivalência das esferas jurídicas. Ora, se depois da liquidação, ultrapassado o prazo legal, constatou-se a probabilidade de que os danos individuais não foram completa e suficientemente ressarcidos, interessa mais ao direito a manutenção das esferas jurídicas que a situação de irreparabilidade, por qualquer motivo que seja. Portanto, confere ao legitimado a possibilidade de pleitear a liquidação de montante a ser indenizado à coletividade (fluid recovery).[49] Aquilo que o fornecedor, agente da conduta lesiva, deve indenizar corresponde àquilo que efetivamente se danificou, ainda que os danos individuais sejam coletivamente tratados, posto que existem em dimensão coletiva[50].

Em suma: (a) primeiro, há um grupo de indivíduos indeterminados, mas de sujeito de direito coletivo bem determinado, que possibilita a tutela jurídica coletiva; (b) logo após, identificar-se-iam precisamente os indivíduos, subjacentes àquele grupo titular, que tratariam de buscar a tutela de seus próprios direitos individuais, de modo a delimitar a sua quota-parte em relação ao todo, liquidando-a e executando-a; (c) por derradeiro, decorrido certo lapso temporal, depois de realizadas, – ou não –, as execuções individuais, acaso não se observe uma equivalência entre a soma dessas execuções, (que representa o montante efetivamente pago a título de reparação), e o montante realizável (aquele que se esperava executar, correspondente a uma estipulação aproximada da totalidade dos direitos individuais violados); tendo em vista a necessária restauração do bem coletivo violado, e para que se considere o direito coletivo reconhecidamente violado integralmente reparado, concede-se a legitimidade para que outros entes promovam a liquidação e a execução de uma espécie de saldo remanescente[51]. Note-se que todas essas etapas decorrem sem o sujeito de direito coletivo jamais ter deixado de existir. Vale dizer, mesmo depois de as quotas-partes serem individualmente liquidadas e executadas o sujeito de direito coletivo, titular do direito individual homogêneo, não deixa de existir, como se houvesse "dissolvido" do mundo jurídico.

Em algum momento, os direitos subjetivos individuais de origem foram determináveis, mas deles, o que resultou foi sua indeterminação. Portanto, o estado de indeterminação dos indivíduos é substância da determinabilidade tanto quanto da indeterminabilidade – a primeira característica é inerente aos DIH e a segunda, aos direitos difusos. Por derradeiro, percebe-se que os direitos individuais homogêneos não são somente a soma dos direitos individuais subjacentes, ou meras questões repetitivas. Em dimensão coletiva eles existem (como eficácia). Representam especial categoria de situação jurídica coletiva, que permite a defesa de direitos individuais semelhantes de modo coletivo.

Nelson Nery já destacava a possibilidade de sobre um determinado conjunto de fatos incidir mais de uma norma, provocando consequências jurídicas em dimensão individual, e em diferentes níveis em dimensão coletiva. Comentando sobre o acidente com Bateau Mouche IV, uma embarcação de turismo que afundou na costa brasileira, mais precisamente na Baía de Guanabara, destacou a incidência de várias normas jurídicas, identificando as viabilidades e as ações pela pretensão: ações individuais quando se pleiteava o ressarcimento do prejuízo sofrido pelas vítimas do acidente (direito individual); ação coletiva para a tutela dos direitos individuais sofridos por todas as vítimas do acidente (direito individual homogêneo); ações coletivas para proteger os interesses do sindicato das empresas de turismo; ações coletivas a serem propostas pelo Parquet para tutela da segurança de pessoas indeterminadas (direitos difusos).[52]

Para o Professor, dessa forma, para precisa identificação dos direitos violados, são

necessários o apontamento da pretensão e a tutela jurisdicional que se pretende. Uma vez que da ocorrência de um mesmo fato várias são as pretensões que podem surgir, de natureza difusa, coletiva ou individual, a pedra de toque para seu reconhecimento é o tipo de pretensão deduzida em juízo e a tutela jurisdicional que pretende se obter.[53] Nada obstante a perfeita ilação do Professor, não se pode esquivar do reconhecimento de que a pretensão é conceito que somente existe após a própria eficácia jurídica e a existência de um direito como seu conteúdo. Como aponta Pontes de Miranda, há três posições de eficácia em vertical: "o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis. Serve-se à boa terminologia, dizendo-se: direito, dever; pretensão, obrigação; autor, réu; excipiente, excetuado"[54]. Quase sempre em um direito se encontra a possibilidade do exercício da pretensão e da ação. Essa última observação é importante para se reconhecer a existência de uma dimensão substancial aos direitos individuais homogêneos, lição à qual este trabalho se filia.

3 Questão repetitiva unicamente de direito: o objeto do IRDR

Por todo o exposto, pode-se afirmar, desde logo, que os conceitos de questão comum repetitiva e direito individual homogêneo não são coincidentes. O artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC deixa bastante claro que os direitos individuais homogêneos são aqueles que possuem a mesma origem comum. Relevando-se o debate acerca da insuficiência dessa proposição conceitual anteriormente apontado, é imperioso observar que o conceito de questão jurídica repetitiva não se delimita pela origem comum. Em outras palavras, consideram-se os direitos individuais homogêneos um conceito exclusivo da tutela coletiva, e não soa preciso equipará-lo à mera repetição de questões de direito semelhantes.

Contemplando-se bem, é possível que a mesma origem comum dê ensejo a várias situações jurídicas, sejam elas individuais, coletivas stricto sensu ou difusas. Basta imaginar um acidente ambiental em uma fábrica. Desse fato danoso comum, isto é, dessa mesma origem, podem surgir diferentes situações jurídicas: direitos individuais homogêneos, caso o acidente gere prejuízos individuais; coletivos, por exemplo, considerando-se as diferentes coletividades de trabalhadores da fábrica atingidos pelo acidente; e, por fim, difusos, naquilo que se refere à lesão ao meio ambiente.[55] Além disso, repetitividade das situações jurídicas é uma circunstância fática não privativa dos direitos individuais. Existem situações jurídicas coletivas igualmente repetitivas[56].

Por outro lado, a repetitividade não quer exprimir a vinculação dos fatos em razão da mesma fonte – isto é, com o mesmo sujeito de direito passivo em um dos polos da relação jurídica que praticou a conduta comissiva ou omissiva lesiva. Possui conceito diverso e muito mais amplo, podendo abarcar processos que possuem fatos e outras questões jurídicas completamente heterogêneas. Sendo assim, repetitividade é a mera pluralidade e reiteração de uma questão, sem que isso exija a origem comum – esse dado fático é impossível de ser relevado, e disso se retiram todas as consequências lógicas. Para efeitos de objeto do IRDR, contudo, interessa apenas a repetição de questões jurídicas em demandas distintas.[57]

Em tempo: a homogeneidade e a repetição de questões jurídicas caracterizam dados fáticos e não eficácia jurídica, diferentemente do direito individual homogêneo. Ou seja, se se fala em "situações jurídicas repetitivas e homogêneas", deve-se ter em mente um elemento fático específico para a propositura do IRDR, não um conteúdo de eficácia, uma situação jurídica com sujeito e objeto concretos situados no mundo jurídico. Qualificar uma situação jurídica como homogênea não é suficiente para determinar se também se trata de um direito individual homogêneo, ou apenas de uma questão jurídica repetitiva. Em respeito a isso, é preferível utilizar a denominação "situação jurídica repetitiva", uma vez que a homogeneidade de uma questão também é condição fática para os direitos individuais homogêneos, evitando-se, assim, a confusão.

Em suma, a repetitividade não se coaduna com o limite conceitual dos DIH: é a pluralidade de questões semelhantes em diversos processos submetidos aos juízos de

competência de um mesmo tribunal. Portanto, parece cientificamente correto somente se empregar o conceito de direitos individuais homogêneos quando se tratar de ações coletivas.[58]

Conforme o parágrafo único do artigo 928 do CPC (LGL\2015\1656), o julgamento de casos repetitivos (no qual se insere como espécie o IRDR) possui como objeto questão repetitiva unicamente de direito material ou processual. Sendo assim, continuando o debate já iniciado no tópico anterior, cumpre repisar que não há norma jurídica sem suporte fático, nem situação jurídica que seja fato de si mesma. A norma é uma proposição lógica estruturada no sentido de que, dado um fato, haverá uma consequência jurídica.[59] Por conseguinte, não é possível falar de questão de direito desvinculada integralmente de uma questão de fato – um direito, uma sanção, uma qualificação, uma relação jurídica nada mais são do que a própria consequência atribuída a dados fáticos previstos no enunciado normativo.

Ainda assim, contudo, a lei preferiu dilacerar tal estrutura lógica da norma jurídica – como já antes o fez nas hipóteses de cabimento de recurso especial e extraordinário. Resta, então, à doutrina exercitar-se a respeito de conceituação da "questão unicamente de direito". De todo modo, é permitido dizer que questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com o suporte fático previsto na norma do texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato, com a aplicação do suporte fático concreto no texto normativo ou com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou concretização do texto normativo.[60]

Logo, tem-se, por exemplo, que questão de direito é saber se, ocorrendo o nascimento com vida, haverá personalidade jurídica. Personalidade jurídica é qualificação (leia-se: consequência) atribuída pela norma, questão de direito, portanto. Nascer com vida é a hipótese fática prevista na norma. Também é questão de fato estabelecer se determinada conduta ilícita danosa ocorreu. Por outro lado, questão de direito é saber se dela decorre o dever de indenizar. Mais precisamente, sob um prisma processual, questões fáticas necessitam de aproximação probatória, ao passo que a questão de direito se aduz dos enunciados normativos.

Impende ressaltar que é injustificado limite imposto ao IRDR. Não foi a melhor das escolhas realizadas pelo legislador. Imagine-se uma pluralidade de demandas trabalhistas que contenham uma questão de fato repetitiva. Por exemplo, discute-se, em diversos processos, se determinada atividade laborativa realizada dentro de um mesmo empregador é, ou não, insalubre. Em tais casos, não seria possível a instauração de um IRDR, pois investigar acerca da insalubridade (ou mesmo periculosidade) de uma atividade é questão de fato, matéria que demanda instrução probatória. Entretanto, se ao menos teoricamente seria possível a instauração de um IRDR para discussões de circunstâncias fáticas, não resta dúvidas quanto à restrição imposta ao objeto do IRDR, pois o artigo 976, inciso I, da Lei Instrumental fez questão de utilizar-se do advérbio "unicamente", de modo a extirpar quaisquer dúvidas quanto ao assunto. O objeto do IRDR é mesmo questão repetitiva unicamente de direito material ou processual.

Não se deve deixar despercebido, entretanto, que andou bem naquilo que se refere à possibilidade de instauração do incidente para se discutir uma mesma questão repetitiva processual. De certo, várias são as situações jurídicas processuais que se repetem no Judiciário. Ora, se o intuito é gerir, administrar e julgar "questões de direito" repetitivas, nada mais justo do que permitir a instauração do IRDR para se discutir assuntos de direito processual, os quais por se repetirem e conduzirem a entendimentos conflitantes, qualificam-se como nocivos à eficiência e à celeridade processual, à segurança jurídica e à isonomia dos jurisdicionados.

Assim, por exemplo, é possível discutir acerca da legitimidade de determinada associação para propor demandas que contenham determinado objeto de interesse coletivo; ou, igualmente, para ocupar quaisquer dos polos da ação. Ainda, é possível a

instauração de um IRDR com o intuito de saber se determinada parte possui interesse para intervir como assistente em determinados processos.[61] Enfim, como já reiteradamente exposto, o objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas é questão repetitiva exclusivamente de direito material ou processual.

Sofia Temer bem observa que questão de direito é aquela que dispõe como o texto normativo será aplicado, bem como suas consequências jurídicas; aquela a decidir qual norma seria aplicada ao caso concreto; ou mesmo a compatibilidade da norma infraconstitucional com a própria Constituição.[62] Naturalmente, tais problemas não se desvincularão completamente da hipótese fática, todavia esta somente será considera em abstrato conforme a própria indicação do texto normativo. E, se em alguns casos ainda assim o suporte fático não for exaustivamente descrito e delineado, como ocorre nas normas principiológicas ou nas cláusulas gerais, torna-se necessário ao órgão julgador delimitar com precisão os fatos a que se refere aquela questão de direito debatida.[63]

4 Natureza jurídica do IRDR

Chega-se, então, a um momento crítico. Se o IRDR visa fixar uma tese a ser aplicável a demandas presentes e futuras que possuem questões repetitivas idênticas; se o IRDR não trata sobre direito individual homogêneo, e se este não se confunde com a repetitividade; se em IRDR somente se permite debater questões de direito material e processual; seria possível concluir que o incidente de resolução de demandas repetitivas tem como objeto tão somente a tutela da norma, isto é, do direito objetivo?

Antes de responder à pergunta, entretanto, é imperioso, para melhor compreensão do assunto, tecer breves e pontuais comentários sobre o procedimento do incidente, especialmente naquilo que atine às técnicas da causa-piloto e da causa-modelo.

Nesse sentido, é preciso destacar que para a instauração do IRDR são necessários alguns requisitos de admissibilidade. O artigo 976 da Lei 13.105/2015 menciona apenas três: (a) tratar-se de questão unicamente de direito; (b) haver efetiva repetição dessa questão; (c) e risco à isonomia e à segurança jurídica.

É intrínseca aos procedimentos de julgamento de casos repetitivos a ideia de que a repetição acarreta risco à isonomia e à segurança jurídica. Reincidência de matéria já pacificada (por exemplo, na existência de danos morais em razão do registro irregular da pessoa em banco de dados negativos de consumidores) não é repetição que possa trazer risco à isonomia e à segurança jurídica.[64] O incidente é cabível quando de fato houver uma controvérsia disseminada sobre o assunto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.[65] A outro giro, essa controvérsia deve representar risco à segurança e ao tratamento igualitário dos jurisdicionados. A existência de várias decisões antagônicas sobre assuntos diferentes é meio eficaz para comprovar a controvérsia.[66]

Todavia, são necessários alguns requisitos a mais para a admissão do incidente. Por exemplo, exige-se existência de processo pendente no respectivo tribunal[67] em que o incidente for instaurado. É que, se o tribunal é quem detém a competência para admiti-lo e julgá-lo (artigos 977 e 978 do CPC (LGL\2015\1656)), consequência lógica é que deva existir no próprio órgão jurisdicional um processo pendente que verse sobre a situação jurídica homogênea, que possa funcionar como processo principal. Cumpre observar que, por estarem no tribunal, essas causas tendem a ser um recurso, um processo originário (mandado de segurança, por exemplo), ou mesmo uma remessa necessária.

De mais a mais, entende-se, em conformidade com o artigo 1.036, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656) (o qual se refere ao julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, mas aplica-se, por analogia, numa tentativa de integrar o sistema), que devem ser escolhidos ao menos dois processos representativos da questão. Essas causas terão a função de guiar o julgamento do incidente e, ao final, deverão ser julgadas pelo

mesmo tribunal.

Em suma, o incidente de resolução de demandas repetitivas é deflagrado a partir de um processo já existente no tribunal, seja de direito individual ou coletivo, que será considerado como processo principal. Ao final, soluciona-se a questão jurídica que se repete nas demandas, fixando-se, assim, o entendimento acerca da situação que foi debatida no decorrer do procedimento. Proferida a decisão incidental, a norma que dela se extrair (ratio decidendi) deve ser aplicada aos processos que contêm a mesma questão. Além disso, caberá ao tribunal decidir as demais questões que atinem aos processos que foram escolhidos para representar a controvérsia jurídica comum.

Nesse momento, constata-se que não é possível chegar à conclusão sobre a natureza jurídica do processo sem debater, anteriormente, acerca das técnicas de processamento de julgamento de casos repetitivos: as denominadas causa-piloto e causa-modelo.

De modo muito sucinto, na primeira espécie, diz haver uma certa unidade de cognição. Vale dizer, o mesmo órgão jurisdicional que aprecia a situação jurídica repetitiva, que é objeto do IRDR, julga e decide a demanda principal em que ele se originou – inclusive as questões heterogêneas que lhe são próprias. Assim, uma ou mais causas são escolhidas para julgamento e aquilo que for decidido nesses processos será replicado nas demais ações em que a questão aparece. Existe, por assim dizer, um julgamento por amostragem. Na segunda espécie, a outro giro, inexiste essa unidade de cognição. Nas causas-modelo, determinado órgão aprecia exclusivamente as questões repetitivas dos processos, permitindo-se que a tese fixada seja aplicada pelo próprio juízo do processo originário. Vale dizer, um decide acerca da questão comum objeto do incidente, enquanto os casos concretos devem ser resolvidos nos juízos em que tramitam,[68] diversos do órgão julgador.

Sendo dessa forma os conceitos expostos, parece viável concluir que o ordenamento pátrio aderiu à técnica da causa-piloto. Entretanto, devem-se evitar conclusões açodadas. Isso porque se pode imaginar a concomitante possibilidade da técnica da causa-modelo ao menos em uma situação: em caso de desistência ou abandono do processo principal (artigo 976, inciso I). É dizer, caso sejam apontados por amostragem, por exemplo, dois recursos para servir como "causas-piloto" do incidente, a desistência de ambos por parte dos recorrentes não impede a apreciação do incidente para a fixação da tese. Nesse caso em específico, o tribunal fixa unicamente a tese, que se repetirá nos outros processos repetitivos pendentes nos demais juízos vinculados àquele mesmo tribunal.

Apesar disso, persiste o debate doutrinário sobre o assunto. Isto é, se o IRDR é baseado na causa-piloto ou na causa-modelo. Os fundamentos do dissenso teórico residem, primordialmente, no argumento de que o incidente tenha sido pensado para fornecer solução apenas para questão de direito, retirando-se da apreciação as demais questões pertinentes ao processo do qual se originou o incidente. Tendo em vista que o tribunal, no procedimento incidental, não resolve o processo principal propriamente dito, a cisão cognitiva e de julgamento ainda restaria perfeitamente realizada.[69] Ou seja, uma vez que a análise das questões fáticas é afastada do objeto do incidente, não haveria razões para acreditar que o julgamento posterior e imediato da causa escolhida para representar a controvérsia jurídica se dê sem que haja, igualmente, a cisão cognitiva.

Entretanto, pedra de toque para atender a questão inicialmente realizada é perceber que, apesar de o IRDR não possuir uma lide subjetiva a ser decidida em seu bojo, ou de modo subjacente, permanece de modo intacto a unidade cognitiva: o processo escolhido para representar a situação jurídica que se repete homogeneamente é julgado pelo mesmo tribunal que fixa a tese. Isto é, mesmo que no incidente em testilha não se discuta uma determinada relação jurídica substancial com elementos subjetivos (sujeitos) delineados,[70] o IRDR permanece como um procedimento incidental autônomo de cunho estritamente objetivo. Sendo assim, é possível afirmar que esse procedimento incidental se destina a tutelar a aplicação correta e eficaz do direito objetivo, bem como

uma profícua administração de demandas com questões comuns e repetidas de direito utilizando-se da técnica da causa-piloto. Vale dizer, mesmo que não exista a cisão cognitiva entre o julgamento do incidente e as demandas escolhidas por amostragem, ainda é possível afirmar que não há, no bojo do IRDR, o julgamento de uma lide subjetiva, dessa forma, esse incidente se alinha com a natureza dos procedimentos que visam tutelar o próprio direito objetivo.

O IRDR, portanto, é um exemplo clássico de processo objetivo,[71] ainda que sirva, indiretamente, para solucionar outras questões jurídicas subjetivas particulares por meio da formulação e aplicação de uma tese abstrata e geral. A fixação da tese é, sem sombra de dúvidas, seu escopo último, mesmo que ao final o tribunal julgue os processos afetados pela amostragem.[72]

Por conseguinte, conforme as premissas aqui elencadas, não parece ser possível afirmar que o IRDR é uma técnica de processo coletivo.[73] Primeiro, por uma questão dogmática, a repetitividade, embora precisamente envolva uma pluralidade de indivíduos, não é espécie de situação jurídica coletiva. Somente o são aquelas elencadas no artigo 81 do CDC (LGL\1990\40). Aliás, mesmo a coletividade entendida como sujeito de direito titular de uma situação jurídica não deve ser entendida como a estrita pluralidade de indivíduos. De forma muito semelhante a uma pessoa jurídica, a existência de indivíduos interessados na situação coletiva não revela sua composição em nível social, mas apenas em dimensão individual.[74]

O IRDR não é procedimento para julgamento de uma situação jurídica subjetiva. Preocupa-se, preponderantemente, com a dúvida e a divergência normativa, fundamentando-se na segurança jurídica, na isonomia e na solução eficiente das demandas cuja mesma questão se repete. As situações jurídicas individuais ou coletiva subjetivas que possam existir de modo paralelo e subjacente à questão discutida em IRDR somente são resolvidas em um segundo momento, quando já ocorrida a formulação da tese e em decorrência de sua aplicação.

5 À guisa de conclusão

Por derradeiro, é interessante perceber que o IRDR não significa a exclusão de demandas coletivas, principalmente aquelas que versam sobre direitos individuais homogêneos – em especial daquelas demandas que versam sobre direitos de pequena monta.[75] Nesse tocante, é permitido afirmar que a técnica processual das ações coletivas é mais ampla e eficaz do que os fins almejados pelo incidente, que se limitam a tratar sobre questões jurídicas repetitivas já submetidas ao crivo do Judiciário, realizando a tutela normativa.

É crucial perceber, ainda, que o IRDR pretende gerir, administrar e julgar os processos que apresentam a mesma questão repetitiva. Tem como escopo último evitar, bem como remediar violações à segurança jurídica e à isonomia. Não possui, a outro giro, como possuem as ações coletivas, a finalidade de facilitar e promover o acesso à Justiça ou tutelar direitos e interesses difusos e coletivos. Aliás, queira-se bem ver, a questão objeto de um incidente processual pressupõe processo(s) já existente(s). Desse fato redunda afirmar que, em ações coletivas, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo, enquanto em IRDR não há sequer uma situação subjetiva a ser discutida.[76]

Nessa toada, também assaz notar que não há limitações quanto ao assunto a ser tratado em IRDR. Ainda que unicamente versem sobre questões de direito, poderão ir além das ações coletivas, pois poderão discutir questões tributárias, previdenciárias, isto é, não se sujeitam à redução imposta pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei federal 7.347/1985. Não se olvide de que nesse procedimento é possível tratar somente de questões de direito processual, opção que escapa ao propósito das ações coletivas.

O IRDR, nesses aspectos, conseguiu ir mais além. Melhor ainda, quando de sua efetivação, mostrará que não há razões para delimitações ao assunto das ações

coletivas. Em face disso, melhor seria encará-lo como um importante passo dado para reafirmar a importância da tutela coletiva, que ainda engatinha para se estabelecer no sistema jurídico pátrio. Com efeito, ainda que passível de críticas, o procedimento representa mais uma solução aos problemas que lhe são anteriores, e a comprovação de que o sistema jurídico brasileiro necessita dos procedimentos coletivos, em especial aqueles que tratam sobre direitos individuais que são homogêneos e de origem comum.[77]

Não param aí as diferenças entre o IRDR e as ações coletivas.[78] Dos mais importantes, é o fato de que o procedimento incidental pretende, ao final, formar tese jurídica a ser aplicada aos casos pendentes e presentes, bem como funcionar como precedente judicial a ser aplicado a todos os casos futuros e posteriores em que a mesma questão será discutida.[79] Sobremaneira se destaca no IRDR a não formação de coisa julgada. Não há coisa julgada que recaia sobre tese jurídica. Há, aí sim, diversas coisas julgadas individuais a serem formadas quando da incidência e aplicação dessa norma aos processos repetitivos pendentes, ao processo que serviu como referência para a formação da tese e aos processos futuros que tratarem da mesma questão. De outra maneira, em ações coletivas, forma-se a coisa julgada coletiva.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, albergado na Lei federal 13.105/2015, constitui o mais novel procedimento pelo qual se espera, sob um prisma técnico-processual, tratar da forma mais célere, pragmática e econômica a judicialização de demandas com questões idênticas presentes em litígios de massa. Ainda que passível de críticas, irrompe para afirmar a importância e a necessidade do desenvolvimento de uma tutela mais eficiente no sistema jurídico pátrio, em que convive em comunhão com as ações coletivas. Não representa, assim, um enviado para pôr termo aos procedimentos que têm uma situação coletiva como questão principal, ao revés, representa mais uma conquista, um passo dado, para a plenitude da gestão das demandas massificadas.

Existem áreas específicas de atuação de cada instituto, bem como entre ambos existe, igualmente, uma área de sobreposição e confluência – como anteriormente desenredado. Em definitivo, no ordenamento brasileiro, têm-se dois procedimentos complementares para tutela de situações repetitivas: o IRDR e, a desempenhar um importante papel, as ações coletivas, que versam sobre direitos individuais homogêneos.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Francisco. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 19, n. 71, p. 69-92, jan.-mar. 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, v. 61, n. 187, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras

complementares de processo civil. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sergio Fabris: Porto Alegre, 1988.

CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). São Paulo: Ed. RT, 2016.

CIMARDI, Claudia Aparecida. A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656). São Paulo: Ed. RT, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 72, p. 9-40, out.-dez. 2009.

CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, v. 77, n. 9, p. 224-235, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, ano 36, v. 193, p. 255-280, mar. 2011.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2011.

GIDI, Antônio. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. American Journal Comparative Law, Estados Unidos da América, v. 51, p. 312-408, 2003.

GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. Revista de Processo, São Paulo, v. 101, p. 11-27, jan.-mar. 2001.

HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 105, p. 211-239, jan.-dez. 2010.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, n. 239, p. 253-275, jan. 1995.

LEYSER, Maria Fátima V. R. Ações coletivas e direitos difusos. Campinas: Apta Edições, 2004.

MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime

das relações contratuais. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes Bandeira de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SOFIA, Temer Orberg. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 243, p. 283-331, maio 2015.

MILARÉ, Gustavo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal (LGL\1988\3). 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo. São Paulo: Método, 2012.

PALMIERI, Alessandro. La tutela colletiva dei consumatori: profili soggettivi. Milão: G. Giappichelli Editore, 2011.

PIMENTEL, Alexandre; VASCONCELOS, Dimitri. Direitos coletivos em perspectiva histórica. Revista dos Tribunais Nordeste, v. 4, p. 53-67, mar. 2014.

POMPÍLIO, Gustavo. Aspectos polêmicos acerca da fluid recovery no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, ano 38, v. 225, p. 277-293, nov. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atual. por Vilson Rodrigues. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 22.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. São Paulo: Ed. RT, 1975. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974. v. 4.

PRADE, Péricles. Conceito de interesses difusos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1987.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre o fluid recovery do art. 100 do CDC (LGL\1990\40). Revista de Processo, São Paulo, v. 116, p. 325-333, jul.-ago. 2014.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos

repetitivos: qual o espaço destinado a cada um? Procedimento de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 10.

ROQUE, André Vasconcelos. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos et al (Orgs.). Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. v. 3.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. Revista de Processo, v. 241, p. 337-358, mar. 2015.

TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demanda repetitiva. Salvador: JusPodivm, 2016.

VENTURI, Elton. Processo civil coletivo: a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

WATANABE, Kazuo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

ZAVASCKI, Teori. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito: Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

Sítios da rede mundial de computadores

Disponível em: [http://www5.trf5.jus.br/noticias/5949]. Acesso em: 23.02.2017.

Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf]. Acesso em: 23.02.2017.

---

1 "Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados predominaram em quase todas as relações contratuais entre as empresas e consumidores. [...] Esses contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes" (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 72-73).

2 Tecnicamente, não se faz necessário que os casos (ações, processos) sejam repetitivos. O que importa é que as questões jurídicas sejam repetitivas. Isso porque pode haver repetição de uma mesma questão em casos heterogêneos. Todavia, a expressão albergada pelo CPC foi "casos repetitivos" ou "demandas repetitivas".

3 RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 31-32.

4 RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 31-32.

5 Neste tocante, aliás, é importante observar que, segundo dados Conselho Nacional de Justiça expostos na Revista Eletrônica do CONJUR, o Estado é o maior litigante no Judiciário, isto é, o que mais se repete. Disponível em:

[http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf]. Acesso em: 23.02.2017.

6 Ver em: RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas..., cit., p. 57-76.

7 Ver pioneiro trabalho de: CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.

8 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 243, maio 2015. p. 283-331. Os autores apontam para a existência da group litigation order, de origem inglesa.

9 HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 105, jan.-dez. 2010. p. 211-239.

10 "O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou à três posições básicas, pelo menos no mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso, – a primeira onda desse movimento novo –, foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente na área de proteção ao meio ambiente e consumidor..." (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sergio Fabris: Porto Alegre, 1988. p. 12).

11 Ver o pioneiro trabalho de: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. Também, sobre o assunto, cf.: GIDI, Antônio. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. American Journal Comparative Law, Estados Unidos da América, v. 51, 2003. p. 312-408.

12 ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: qual o espaço destinado a cada um? Procedimento de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, v. 10, 2016. p. 1-33.

13 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 193, mar. 2011. p. 257.

14 Aqui, há de se fazer a importante crítica: no Brasil, o estudo processual é primordialmente clássico e individual. Tanto academicamente quanto na prática, as ações coletivas parecem adquirir um papel secundário para a solução dos conflitos. A bem da verdade, a nova Lei Instrumental perdeu uma ótima oportunidade de desenvolver e encravar no coração do ordenamento pátrio o prestígio pelo processo coletivo. Justifique-se isso pelo costume individualista ou não, sendo importante destacar que o IRDR veio não só para suprir a deficiência prática do processo coletivo, mas também para reafirmar a importância de seu estudo. Vale dizer, o IRDR aprimora e reitera a afirmação de que é preciso ter zelo e respeito às técnicas procedimentais coletivas e aos seus fundamentos, sem que jamais se imagine que o IRDR servirá para substituir as ações coletivas, decretando-lhe a superação.

15 TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demanda repetitiva. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 43.

16 MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 469.

17 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. São Paulo: Ed. RT, 1975. v. 1. p. 32.

18 O ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação de sua invalidade (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 76).

19 Ver mais sobre a teoria do fato jurídico em: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. passim.

20 Como a personalidade jurídica. Ver sobre situação jurídica em: Teoria do fato jurídico : plano da eficácia. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 99.

21 Se no direito há planos (existência, validade, eficácia). Bem verdade que há dimensões. Os fatos, no mundo jurídico perpassam, – ou não –, por estes planos. E neles, sem dúvidas, tem alguma métrica: individual, ou lato sensu.

22 "O individualismo é a tendência que confere ao indivíduo um valor intrínseco superior ao da sociedade. Termo de variados significados, conforme o campo de apreciação científica (ética, filosófica, sociológica, política, etc.) representa, para o direito, a concepção segundo a qual o indivíduo humano e seus interesses constituem o valor básico e o fundamento de todas as normas, acima de sua vinculação à sociedade a que pertence. [...] Uma concepção predominantemente negativa em que o indivíduo, por oposição a outras realidades, como a sociedade, o Estado, os demais indivíduos configuram-se como um 'átomo social', sendo a sociedade a soma de entes individuais, sem o caráter de totalidade e unidade que lhe é peculiar" (AMARAL, Francisco. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 19, n. 71, jan.-mar. 1995. p. 71). Sobre o individualismo e seus reflexos no direito material e processual civil, conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003. p. 55-69.

23 Sobre direitos materiais coletivos cf.: ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida. Direito material coletivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. passim.

24 GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

25 Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4, p. 71.

26 "O conceito de questões comuns ou situações jurídicas homogêneas, portanto, é significativamente mais amplo que o de direito individuais homogêneos, suscetível de tratamento por meio de ação coletiva". (ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: qual o espaço destinado a cada um? Procedimento de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1-33).

27 "A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em

várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles" (WATANABE, Kazuo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 76).

28 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 87.

29 "(...) a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das class actions for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. Revista de Processo, São Paulo, v. 101, jan.-mar. 2001. p. 11-27).

30 No mesmo sentido: VENTURI, Elton. Processo civil coletivo: a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74-75.

31 De modo diverso: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 198-202.

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo. São Paulo: Método, 2012. p. 130.

33 Neste sentido, por exemplo: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

34 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual coletivo. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4. p. 72.

35 Ver em: CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica no direito privado nacional. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 50-51.

36 Idem.

37 MELLO, Marcos Bernardes Bandeira de. Teoria do fato jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109-112.

38 TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. Revista de Processo, v. 241, mar. 2015. p. 337-358.

39 Por exemplo, como o faz: CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, v. 77, n. 9, 1995. p. 224-235. E, em razão disso, contudo, o autor parece não reconhecer a possibilidade da existência de dano discriminadamente difuso quando relata, por exemplo, que "o pedido de condenação genérica em favor das vítimas de uma propaganda enganosa não deixa de ser difuso, para a ser também individual homogêneo". Ou quando defende que, enquanto se pedisse apenas a cessação da propaganda, estar-se-ia tutelando direitos difusos "puros" (como ele próprio denomina), "todavia, quando se deduz o pedido de consideração em favor das vítimas, o interesse difuso já recebe o atributo de individual homogêneo".

40 PIMENTEL, Alexandre; VASCONCELOS, Dimitri. Direitos coletivos em perspectiva histórica. Revista dos Tribunais Nordeste, v. 4, mar. 2014. p. 53-67.

41 PRADE, Péricles. Conceito de interesses difusos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1987. p.

45-46.

42 LEYSER, Maria Fátima V. R. Ações coletivas e direitos difusos. Campinas: Apta Edições, 2004. p. 14: mais uma vez encontramos a indeterminabilidade dos indivíduos.

43 De mais a mais, o bem protegido pela norma jurídica constitui, ainda que implicitamente, elemento do suporte fático da norma jurídica, posto que, por ser regulado por uma norma jurídica e sua titularidade atribuída a alguém, constitui o objeto de direito que integra a esfera jurídica do sujeito de direito, a totalidade dos bens individuais homogêneos. Tem-se, aí, sujeito e objeto de direito bem delineado.

44 O ensinamento tem origem no saudoso José Carlos Barbosa Moreira, que classificou as situações jurídicas em "essencialmente coletivas", para se referir aos direitos e interesses difusos e coletivos stricto sensu, e "acidentalmente coletivas", versando sobre os direitos individuais homogêneos. A lição influenciou, a seu turno, Teori Zavascki, pois identificou, em razão dela, a "tutela de direitos coletivos" e a "tutela coletiva de direitos". Cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, v. 61, n. 187, 2002; ZAVASCKI, Teori. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito: Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

45 VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 128.

46 CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, v. 77, n. 9, 1995. p. 224-235.

47 GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 28.

48 Cf.: TEMER, SOFIA. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 60-61: a autora ressalta que o fluid recovery é mera opção do legislador, não sendo justificativa para pensar na materialidade dos direitos individuais homogêneos. Isto é, para ela, são direitos individuais que de forma instrumental são coletivamente tratados. Todavia, acrescente-se que seu fundamento está na manutenção dos status das esferas jurídicas, posto que, ao menos, o agente causador do dano: (a) não enriqueça sem causa; (b) ache permissão para lesionar direitos quando já condenado a indenizar. De certa forma, essa opção do legislador demonstra uma conotação coletiva da reconstituição que se dá em razão de danos a direitos individuais homogêneos. Assim: CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 72, p. 9-40, out.-dez.2009.

49 POMPÍLIO, Gustavo. Aspectos polêmicos acerca da fluidrecovery no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, ano 38, v. 225, nov. 2013. p. 277-293.

50 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atual. por Vilson Rodrigues. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 22. p. 240.

51 Não se adentrará em detalhes sobre o fluid recovery, tarefa árdua que desvirtuará o teor do trabalho. Entretanto, precisa-se deixar claro e evidente que se discorda do entendimento que toma o fluid recovery com função punitiva. Demonstrou-se que isso não é verdadeiro. O fluid recovery tem função residual e visa coibir casos de enriquecimento indevido e a manutenção do equilíbrio das esferas jurídico-econômicas, ainda que tomadas de forma abstrata. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 914: "a indenização destinada ao fundo criado pela LACP, nos tempos do parágrafo único do art. 100, é residual no sistema brasileiro, só podendo destinar-se ao referido Fundo se não houve habilitantes em número compatível com a gravidade do dano". O Prof. Marcelo Abelha, de modo diferente, acredita que a reparação fluida, dada a impossibilidade de se aferir o resíduo de uma condenação erga omnes, tem caráter punitivo, cujo critério seria o lucro ou vantagem econômica obtida pelo agente responsável com o dano causado (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre o fluid recovery do art. 100 do CDC. Revista de Processo, São Paulo, v. 116, jul.-ago. 2014. p. 325-333). De todo modo, como se vê, ainda quando o Professor argumenta por uma punição, parece defender a equivalência das esferas jurídicas, recorrendo a presunções para a quantificação do dano: o lucro que se obteve com a conduta danosa.

52 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 159-160.

53 NERY JUNIOR, Nelson et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1024. Por sua vez, Antônio Gidi estabelece um critério para a identificação dos pedidos da ação conforme a identificação dos direitos subjetivos violados (GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 21). Hermes Zaneti e Fredie Didier preferem a junção das duas hipóteses formuladas, pois acreditam na característica híbrida dos direitos materiais e coletivos, isto é, se trata de um "direito a meio caminho" (Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4. p. 82).

54 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974. v. 5. p. 451.

55 LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, n. 239, jan. 1995. p. 253-275.

56 ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm. 2017. v. 10. p. 16-36.

57 Cf. TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 60-61.

58 Sofia Temer, em sentido semelhante, opta por empregar "a categoria dos direitos individuais homogêneos no contexto exclusivo das ações coletivas" (TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 58).

59 Revertendo ao plano fáctico: se se dá o fato jurídico, então advém o efeito (ou eficácia). O fato é natural, ou fato de conduta, como sabemos. Eficácia é o direito subjetivo, é o ser sujeito de direito, é a relação obrigacional, tributária, administrativa, processual etc. Efeito ou eficácia de fato jurídico é a posição jurídica, a situação jurídica, a qualificação jurídica. Ver em: VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 41.

60 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 438.

61 "O Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5 admitiu, ontem (19.10), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no PJe de n. 0804575-80.2016.4.05.0000, que trata da influência da Lei 13.000/2014 sobre o

entendimento firmado nos Recursos Especiais 1.091.363/SC e 1.091.393/SC, determinando-se qual a natureza jurídica da intervenção da Caixa Econômica Federal e o que se exige para demonstrar, caso a caso, o seu interesse em intervir nas ações que envolvem seguros de mútuo habitacional do SFH, nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 e vinculados ao FCVS (apólices públicas, ramo 66). Ao final do julgamento, instaurado o incidente, foi admitida a participação do Conselho Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSEG) na lide, na condição de amicus curiae (artigo 138 do CPC), bem como da Caixa Seguradora S.A. e da Sul América Companhia Nacional de Seguros, na qualidade de assistentes litisconsorciais. Determinou-se, ainda, a intimação da Caixa Econômica Federal para ingressar na lide, também na condição de assistente litisconsorcial". Disponível em: [http://www5.trf5.jus.br/noticias/5949]. Acesso em: 23.02.2017.

62 TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71.

63 Idem.

64 MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 471.

65 "Não parece, entretanto, que a lei imponha o requisito da efetiva demonstração de que já existem decisões divergentes sobre a matéria na área de abrangência do tribunal perante o qual se pretende a instauração do IRDR [...]. A dispensa da demonstração de que o há divergência judicial sobre a questão comum não significa atribuir ao IRDR o caráter preventivo que lhe foi retirado na tramitação legislativa do CPC/2015, pois se continua a exigir efetiva repetição de processos, e não apenas potencial. O legislador não impõe, mas por outro lado, que já tenha havido ofensa a isonomia e à segurança jurídica, mas o simples risco de que tal ocorra" (ROQUE, André Vasconcelos. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos et al. (Orgs.). Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. v. 3. p. 843).

66 Ver em: CIMARDI, Claudia Aparecida. A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 310.

67 Nesse sentido o Enunciado 244 do FPPC.

68 CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 37-62.

69 "A cisão cognitiva evidencia-se, ademais, pela autonomia do procedimento incidental caso de desistência ou abandono da causa [...]" (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SOFIA, Temer Orberg. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1313).

70 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de processo, São Paulo, v. 193, mar. 2011. p. 257.

71 MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 470: "No incidente de resolução de demandas repetitivas é uma questão jurídica que é solucionada, não sendo pertinente a referência a uma relação jurídica ou a um conjunto delas".

72 "Nesse aspecto diferencia-se acentuadamente do procedimento alemão Musterverfahren. Sobre o procedimento alemão, Antônio do Passo Cabral anota que se trata 'da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como parte, ao invés de uma 'não parte substituída'. É a tentativa de estabelecer 'algo de análogo a uma class action, mas sem classe'. [...] É a ideia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada" (CABRAL, Antônio do passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 245). Entendendo que o IRDR é uma espécie de processo coletivo, isto é, meio pelo qual se exerce a tutela coletiva, pode-se citar: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4. Os autores partem do pressuposto de que há uma situação jurídica repetitiva, de aspecto coletivo, cuja solução é fornecida pelo IRDR.

73 De modo diverso: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 198-202.

74 A bem da verdade, tudo dependerá do próprio significado que se empregará à "titularidade". Conforme a teoria aqui esposada, "título se restringe a ser o fundamento pelo qual se singulariza o sujeito em uma posição, e não se confunde com a própria posição jurídica em qualquer de suas manifestações. [...] Ocorre, porém, que nem sempre a norma ordena outros sujeitos diversos numa mesma posição jurídica (ou ao interno dela). Na verdade, muitas vezes lhe basta construir com apenas um sujeito; e isso sucede toda vez que, pelo seu poder fundamental de qualificar sujeitos, a norma alcança, só com isso, a atribuição integral, exaustiva e suficiente, do objeto da situação a um só sujeito, independentemente da ação, do consenso ou da colaboração de qualquer outro sujeito. Por derradeiro, há apenas um sujeito titular: a coletividade, que embora composta por indivíduos identificáveis, ou não, com eles não compartilha a titularidade jurídica. Não se deve olvidar do conceito preciso da situação de titularidade. Aliás, a construção da figura do terceiro é própria do título jurídico. Terceiro é, por definição, todo aquele que diretamente não recebe título jurídico de sujeito para participar de determinada situação jurídica" (CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 97-101).

75 Ver em: PALMIERI, Alessandro. La tutela colletiva dei consumatori: profili soggettivi. Milão: G. Giappichelli Editore, 2011. passim.

76 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SOFIA, Temer Orberg. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1314.

77 MILARÉ, Gustavo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6. p. 401-416 (p. 409).

78 Ver mais em: ROQUE, André Vasconcelos. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos et al (Orgs.). Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. v. 3. p. 837.

79 MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador:

JusPodivm, 2017. p. 471.