

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
I-DECISÃO DE QUESTÃO IDÊNTICA, COISA JULGADA ERGA OMNES E PARTICIPAÇÃO MEDIANTE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA	17
1. O objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas.....	17
2. A justificativa da exclusão dos litigantes das demandas individuais	19
3. Coisa julgada sobre questão.....	19
4. A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a ques- tão já decidida: <i>non-mutual collateral estoppel</i>	21
5. O desenvolvimento do <i>collateral estoppel</i> : das questões de fato às questões de direito e a sua colocação em face da <i>class action</i>	25
6. A aproximação entre o <i>collateral estoppel</i> e o <i>stare decisis</i>	30
7. O equivocado uso da ideia de “precedente” para justificar a deci- são de questão prejudicial de muitos em incidente destituído de possibilidade de participação em contraditório.....	31
8. Distinção entre resolver “questão” de terceiros e firmar precedente	32
9. O direito fundamental de ação enquanto direito de discutir a questão e influenciar o convencimento do juiz.....	35
10. A questão da afetação de terceiro pela decisão de questão (<i>non- -mutual collateral estoppel</i>) nos Estados Unidos.....	36
11. Participação e representação adequada: a falta de preocupação com “representação adequada” no incidente de resolução de demandas repetitivas.....	37
12. Incidente de resolução de demandas enquanto justiça dos deman- dantes “sem rosto e sem fala”	43
13. Ilegítima e inconstitucional opção por quem viola direitos em massa	43

14. O descaso em relação à ação coletiva e a preferência pelo incidente de resolução de demandas repetitivas	45
15. Correção da inconstitucionalidade	46
16. A ressurreição da força da representatividade adequada	47
II – PRESSUPOSTOS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO.....	51
1. Julgamento de questão.....	51
2. “Repetição de processos” – fase executiva.....	52
3. Questão unicamente de direito	52
4. Questão constitucional	54
5. <i>Mesma</i> questão.....	57
6. Questão determinante ou essencial.....	58
7. Incidente com mais de uma questão de direito.....	59
8. <i>Mesma</i> questão diante de <i>diferentes</i> demandados	59
9. Imprescindibilidade do delineamento exato da questão a ser debatida.....	60
10. Questão e fundamentos	61
11. Significado da discussão dos fundamentos	62
12. Isonomia e segurança jurídica.....	63
III – PROCEDIMENTO.....	69
1. Competência.....	70
1.1. Competência para julgar a questão prejudicial.....	70
1.2. Os regimentos internos dos tribunais e a mistura entre decisão de questão de muitos e uniformização de jurisprudência....	70
1.3. Competência para julgar “o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.....	71
2. Controle das questões submetidas ao incidente.....	71
2.1. A confissão do equívoco de que a decisão do incidente é um precedente.....	71

2.2.	Banco de dados das questões de direito.....	72
2.3.	Identificação dos casos submetidos ao incidente.....	73
2.4.	Aplicabilidade aos “recursos repetitivos e à repercussão geral em recurso extraordinário”	74
3.	Prazo para a resolução da questão	75
3.1.	Prazo para o julgamento do incidente e preferência sobre os demais feitos.....	75
3.2.	Não observância do prazo de um ano	75
4.	Da instauração do incidente	75
4.1.	Legitimidade para requerer a instauração do incidente	75
4.2.	Reiteração da instauração do incidente para a resolução de igual questão	77
4.3.	Descabimento do incidente em caso de afetação de recurso para a solução de questão repetitiva no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal	78
4.4.	A gratuidade no incidente de resolução de demandas repetitivas.....	80
5.	Participação dos representantes adequados.....	80
5.1.	Divulgação e publicidade da instauração e do julgamento do incidente: o chamamento dos representantes adequados	80
5.2.	O papel do Ministério Público no incidente	81
5.3.	Desistência ou abandono do processo	82
5.4.	A situação em que há litigantes diferentes nos dois polos das várias demandas que se repetem	82
6.	Admissibilidade.....	84
6.1.	Juízo de admissibilidade.....	84
6.2.	Preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente	86
7.	Providências preliminares.....	86
7.1.	Requisição de informações aos órgãos judiciais em que tramitam as ações repetitivas	86
7.2.	Intimação do Ministério Público para se manifestar.....	86

7.3.	Suspensão dos processos pendentes como consequência da admissão do incidente	87
7.4.	Suspensão das demandas individuais e coletivas repetitivas	87
7.5.	Suspensão em todo o território nacional	88
8.	Instrução e participação dos <i>amicus</i>	90
8.1.	Ouvida dos interessados: nem toda questão objeto de incidente é uma questão complexa ou de repercussão social; contradição entre participação de interessados e ausência de representação adequada.....	90
8.2.	Justificativa para a intervenção de interessados diante de questão de direito prejudicial a demandas repetitivas.....	91
8.3.	Elucidação da “questão de direito controvertida”.....	93
8.4.	Audiência pública	94
9.	Julgamento.....	94
9.1.	Discussão da questão de direito.....	94
9.2.	Participação das partes	96
9.3.	Participação dos <i>amicus</i>	97
9.4.	Discussão, decisão e justificativa dos fundamentos.....	98
IV –	EFICÁCIA DA DECISÃO	101
1.	Significado de “tese jurídica”	101
2.	Coisa julgada <i>erga omnes</i> sobre questão.....	104
3.	Decisão do incidente e resolução das demandas repetitivas.....	105
4.	Decisão do incidente e casos futuros.....	106
5.	Reclamação.....	107
6.	Fiscalização pelo órgão regulador.....	107
V –	REVISÃO DA DECISÃO	109
1.	Revisão de precedente de ofício ou por meio de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública ?.....	109
2.	Justificativa da possibilidade de rediscussão da questão de direito com base em fundamento que poderia ter sido deduzido.....	111

3.	Relação do dever de justificar todos os fundamentos discutidos (art. 984, § 2.º, CPC/2015) com a possibilidade de rediscussão da questão de direito: o problema da identificação do fundamento não discutido	114
4.	Quem pode rediscutir a questão de direito e de que forma	117
5.	Rediscussão da questão de direito apenas para os casos futuros..	117
VI – RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO DIANTE DA DECISÃO PROFERIDA NO INCIDENTE		119
1.	A configuração constitucional dos recursos especial e extraordinário	119
2.	O recurso especial	119
3.	O recurso extraordinário em face da questão de direito que não envolve pronúncia de inconstitucionalidade	120
4.	A repercussão geral não constitui mera consequência da existência de demandas repetitivas	123
5.	Recurso com efeito suspensivo e inoperatividade da decisão provisória da questão de direito	124
6.	Significado de decisão de Corte Suprema em recurso especial ou extraordinário interposto em face de decisão proferida em incidente de resolução de demandas	125
VII – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO E RECURSOS REPETITIVOS		135
1.	Os precedentes das Cortes Supremas: impossibilidade de relacionar a eficácia obrigatória apenas às decisões proferidas em recurso repetitivo	135
2.	A inadequação da relação entre recursos repetitivos e Cortes Supremas	142
3.	A técnica dos recursos repetitivos como reprise do incidente de resolução de demandas repetitivas nas Cortes Supremas	144
4.	Concentração do julgamento da questão e exclusão da participação dos litigantes presentes nos demais recursos	145
5.	Participação dos legitimados e do Ministério Público e compensação da não participação dos recorrentes	147

6. A delimitação da questão submetida a julgamento e o problema da decisão da questão em separado.....	149
VIII – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO E INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	157
1. Questão de direito com grande repercussão social envolvida no caso e questão de direito prejudicial à resolução de demandas repetitivas: distinção e principais consequências.	157
2. Significado de questão de direito com grande repercussão social	159
3. Assunção de competência para o julgamento do caso (recurso, remessa necessária e ação de competência originária) e não apenas da questão de direito: a necessidade de discussão, decisão e justificação em torno da questão de direito	159
4. Legitimidade para requerer a assunção de competência e a sua admissibilidade pelo órgão originariamente competente e pelo órgão competente para julgar os casos derivados de incidente de assunção de competência.....	161
5. Interesse público na assunção de competência	162
6. Perigo de violação do direito ao juiz constitucionalmente competente diante do apelo relativo à repercussão social da questão de direito	164
7. Relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal	167
8. A eficácia da decisão do incidente de assunção de competência em face das eficácias da decisão do incidente de resolução de demandas e dos precedentes das Cortes Supremas.	169
8.1. A relação entre a decisão do incidente de assunção de competência, a decisão do incidente de resolução de demandas e os precedentes das Cortes Supremas.....	169
8.2. Eficácia vinculante e coisa julgada <i>erga omnes</i>	172
8.3. Rigidez da preclusão.....	174
8.4. Eficácia preclusiva e revisão da decisão.....	176
BIBLIOGRAFIA.....	179

INTRODUÇÃO

Os dois mais relevantes temas, em termos teóricos, do novo Código de Processo Civil – precedentes obrigatórios e coisa julgada em benefício de terceiros – estão intimamente ligados a uma das mais importantes técnicas processuais nele previstas: a do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como se sabe, a decisão do incidente de resolução é qualificada pelo código como decisão que deve ser observada pelos juízes e tribunais (art. 927, III, do CPC/2015) e vem sendo tratada pela doutrina como uma espécie de “precedente”. A confusão é explicável, na medida em que o *civil law* praticamente desconhece o significado teórico de precedente obrigatório e de coisa julgada em benefício de terceiros. Esses institutos são típicos ao *common law*, tendo nascido no direito inglês¹ e se desenvolvido significativamente nos Estados Unidos.

No *common law* ainda hoje é atual, sofisticada e complexa a teorização da relação entre precedentes obrigatórios, ou *stare decisis* e coisa julgada em benefício de terceiros, ou *non-mutual collateral estoppel*. A precisa delimitação de um e outro tem se tornado cada vez mais relevante em face do desenvolvimento do direito.

O incidente de resolução de demandas também possui claro vínculo com a tutela coletiva de direitos individuais, exigindo devida consideração à luz do significado de participação e representação adequada, para o que o direito comparado também é imprescindível, especialmente a compreensão da evolução do *collateral estoppel* e do conceito de representante adequado – como meio de legitimação da *class action* – no direito estadunidense.

O presente livro pretende demonstrar que a decisão do incidente, ao resolver uma questão prejudicial à tutela de direitos múltiplos, não pode ser vista como um precedente, mas como uma decisão que proíbe a relitigação da questão resolvida nas demandas repetitivas, afetando todos aqueles que estão inseridos na situação conflitiva concreta que lhes deu origem.

Assim, importa notar que a coisa julgada sobre questão só pode beneficiar terceiros, nunca os prejudicar. Ao poder beneficiar ou prejudicar, a coisa julgada

1. Bentham, nas primeiras décadas do século XIX, assim escreveu: “há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em processo de que não foi parte; mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte simplesmente porque o seu adversário não foi” (Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*, London: Hunt & Clarke, 1827, p. 579).

erga omnes formada no incidente depende da participação de um ente que faça efetivamente ouvir a voz dos litigantes excluídos. Sem a participação de alguém que efetiva e vigorosamente represente os excluídos, o modelo do incidente de resolução de demandas carece de constitucionalidade, reclamando interpretação conforme – que ofereça oportunidade à intervenção de representantes adequados.

A decisão do incidente não pode ser mascarada de precedente para dispensar o direito de participação na discussão da questão de direito. Significa que o fio condutor do raciocínio desenvolvido no livro é o da legitimidade do exercício do poder jurisdicional, uma vez que, quando se decide para muitos, é indispensável conferir a todos o direito de influenciar o Juiz ou de falar perante a Corte, ainda que por meio de um representante adequado. Aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos já foi chamada a analisar decisão que proibiu membros de um grupo de voltar a discutir questão que já havia sido decidida entre a mesma parte demandada e outros membros do mesmo grupo.² Alegou-se que a decisão teria se equivocado ao proibir a relitigação da questão, na medida em que as pessoas que figuraram no primeiro processo não representavam o grupo. Note-se que a questão apresentada à Suprema Corte tem origem na proibição de discutir questão já decidida – *collateral estoppel*. A Suprema Corte, depois de argumentar que os autores da segunda e da primeira ação poderiam ser descritos como “strangers” uns aos outros, decidiu que a decisão feriu o precedente firmado em *Hansberry v. Lee*³ – célebre por ter estabelecido a necessidade da “representação adequada” para compatibilizar a *class action* com a garantia constitucional de participação no processo. A Suprema Corte disse, claramente, que *uma pessoa só pode ser proibida de voltar a discutir uma questão quando já a discutiu ao menos por intermédio de um representante adequado, sob pena de violação ao “due process”*.

O presente livro trata, ainda, de todos os problemas que envolvem o incidente de resolução de demandas, sempre à luz da necessidade de participação de representantes adequados dos litigantes excluídos. Assim são pensados os pressupostos e as várias fases do procedimento do incidente. Também merecem particular análise a eficácia e a “revisão” da decisão da questão, demonstrando-se que tal revisão apenas pode ser uma outra discussão da questão, com base em fundamento não discutido. Estabelece-se, ao final, a devida relação entre o incidente de resolução, os precedentes das Cortes Supremas, os recursos repetitivos e o incidente de assunção de competência. A percepção da função das Cortes Supremas e da limitação do espaço dos precedentes interpretativos no direito brasileiro, além de permitir a compreensão do “problema” dos recursos repetitivos, facilita o delineamento de precedente interpretativo e de decisão de questão em recurso repetitivo diante de decisão de questão revestida por coisa julgada *erga omnes* e de decisão de questão em incidente de assunção de competência.

2. Richards v. Jefferson County, 517 U.S. 793, 1996.

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