

CRITÉRIOS DE ESCOLHA DA CAUSA-PILOTO E CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DAS PARTES NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

CRITERIA FOR CHOOSING THE “TEST CASE” AND CONTROLLING THE ADEQUATE REPRESENTATION OF THE PARTIES IN THE REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENT

*Fernanda Rosa Coelho**

Resumo:

O presente estudo tem como objetivo examinar se os critérios legais de escolha da causa-piloto no incidente de resolução de demandas repetitivas são suficientes para garantir uma representatividade adequada das partes atingidas pela tese fixada, bem como a possibilidade e pertinência do controle dessa representatividade pelo julgador do caso. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, por meio da revisão da doutrina, jurisprudência e legislação nacional e estrangeira. Conclui-se que diante da vinculatividade das decisões proferidas no incidente, o direito fundamental ao contraditório e ao devido processo legal apenas serão respeitados se presente a representação adequada do grupo cujos direitos são objeto do julgamento de casos repetitivos, sendo essencial, para tanto, a implementação de critérios e requisitos melhor especificados para escolha da causa-piloto e das partes no processo afetado.

Palavras-chave: Contraditório. Processo justo. IRDR. Julgamento de casos repetitivos. Representação adequada.

Abstract:

This study aims to examine whether the legal criteria for choosing the “test case” in the repetitive demands resolution proceeding are sufficient to ensure an adequate representation of the parties affected by the fixed thesis, as well as the possibility and relevance of controlling this representativeness by the judge of the case. Therefore, the deductive method is used, through the review of national and foreign doctrine, case law and statute law. It is concluded that, given the binding nature of the decisions rendered in this proceeding, the fundamental right to the adversary system and due process of law will only be respected if there is adequate representation of the group whose rights are the object of the judgment of repetitive cases, being essential, for that, the implementation of better specified criteria and requirements for choosing the “test case” and the parties in the affected process.

Keywords: Contradictory. Fair process. IRDR. Trial of repetitive cases. Adequacy of representation.

* Mestranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC), vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), sob coordenação do Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior. Integrante do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Handel Martins Dias. Advogada. E-mail: fernanda@conradopaulinoadv.com.br.

1. Introdução

Um das grandes preocupações do direito brasileiro é a chamada “crise do Poder Judiciário”, consubstanciada na sua incapacidade de atender de forma tempestiva e adequada às demandas que nele aportam diariamente, num volume cada vez mais significativo. Essa situação é preocupante não apenas pela sobrecarga de trabalho do órgão jurisdicional, mas principalmente pelos efeitos deletérios que dela resultam ao jurisdicionado: a prestação de uma tutela morosa e de eficácia duvidosa. Não é de hoje que são realizadas uma série de reformas processuais na busca de otimização e aceleração dos procedimentos judiciais, com a finalidade precípua de equacionar o estoque de processos, sob o prisma da celeridade processual.¹ Atento a esta necessidade, cada vez mais urgente no contexto jurídico-social, o Código de Processo Civil de 2015 traz como grande novidade o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) que, junto aos recursos extraordinário e especial repetitivos, são considerados julgamento de casos repetitivos (art. 928), criando uma espécie de microssistema. Embora festejado por muitos juristas, tal instituto não passou indene de críticas, suscitando dúvidas, inclusive, sobre a sua constitucionalidade. Dentre os aspectos polêmicos desse novo instrumento, destaca-se os critérios para escolha da causa-piloto e o controle da representatividade adequada das partes na formação da tese no incidente.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo examinar os critérios de escolha da causa-piloto e o instituto da representatividade adequada das partes no IRDR, sobretudo quanto à possibilidade e pertinência de seu controle pelo julgador do caso, diante da natureza vinculante de suas decisões e a necessária atenção ao princípio do contraditório e ao devido processo legal, especialmente àqueles ausentes do litígio coletivo. Para tanto, inicialmente aborda-se o tratamento dispensado pelo Código de Processo Civil de 2015 ao incidente. Ato contínuo, verifica-se os parâmetros legislativos para a escolha da causa-piloto no IRDR, sob a perspectiva da representatividade adequada das partes, passando, então, para um estudo acerca dos critérios exigidos no modelo americano das *class actions*, por se tratar de referência mundial em tutela coletiva, e no modelo alemão do *Musterverfahren*, inspiração para o incidente brasileiro. Em seguida, analisa-se a relação intrínseca entre o controle da representatividade adequada das partes e a observância do devido processo legal na técnica de julgamento de casos repetitivos. Por fim, examina-se

¹ No ponto, vale destacar a exigência da repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º e CPC/15, art. 1.035, § 1º) e a criação da súmula vinculante (CF, art. 103-A), ambos instituídos com a Emenda Constitucional n. 45/2004; o julgamento de improcedência liminar do pedido (CPC/73, art. 285-A e CPC/15, art. 332); o julgamento monocrático de recursos (CPC/73, art. 557 e CPC/15, art. 932); a sistemática de recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC/73, art. 543-B e C e CPC/15, arts. 1.036 a 1.041).

os meios de controle efetivo da representatividade adequada da coletividade no direito pátrio e as propostas para uma maior atenção ao tema (tanto de *lege lata*, quanto de *lege ferenda*), conciliando a proteção dos direitos e interesses coletivos com o contraditório e o devido processo legal dos indivíduos pelas partes atuantes no IRDR.

A metodologia da presente pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, em que se parte da análise do IRDR e seus contornos, delimitados pelo Código de Processo Civil, buscando-se chegar à indicação pontual de critérios e requisitos para a escolha da causa-piloto em atenção ao contraditório e devido processo legal, a fim de conferir a representatividade adequada das partes no incidente. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica, além de revisão da doutrina, jurisprudência e legislação pátria e estrangeira.

2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Código de Processo Civil

Em linhas gerais, o IRDR,² previsto entre os artigos 976 e 987 do Código de Processo Civil, é instaurado no tribunal, quando houver simultaneamente efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, não sendo cabível, porém, quando já houver recurso especial ou extraordinário repetitivo afetado sobre o tema. O pedido de instauração do incidente pode ser formulado pelo juiz ou relator de ofício, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por qualquer uma das partes de processo em que se discuta a questão repetitiva. Além de julgar o incidente, fixando a tese jurídica acerca da questão controvertida, o órgão colegiado competente julga a causa originária.

Tem-se que as normas aplicáveis aos julgamentos de casos repetitivos (IRDR e recursos especial e extraordinário repetitivos) devem ser interpretadas conjuntamente, de forma complementar umas as outras, criando o chamado microsistema de julgamento de casos repetitivos.³ Os julgamentos de casos repetitivos (CPC, art. 928), por sua vez, são entendidos como espécies do gênero processo coletivo, no qual estão incluídas também as

² O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma inovação trazida com o CPC de 2015. Conforme a Exposição de Motivos desse Código, o IRDR foi inspirado no *Musterverfahren* do direito alemão, que gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. É também um dos instrumentos para evitar a dispersão excessiva de jurisprudência, e com isso trazer condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

³ Neste sentido é o enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

ações coletivas.⁴ Essas interações ganham notável relevância por possibilitar a interpretação e aplicação conjunta e recíproca das normas de cada um desses institutos, incluindo aqui algumas balizas para escolha da causa-piloto e controle da representatividade adequada, objeto principal desse estudo e abordada com mais vagar em tópico próprio.

Não obstante a justificativa para implemento do IRDR fundar-se na proteção e reconhecimento de valores caros ao processo civil moderno, tais como a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual,⁵ o instituto não está indene de críticas. Embora reconheçam que se trata de mecanismo eficiente para solução de litígios de massa, Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti apontam algumas inconstitucionalidades no texto projetado que violam determinados princípios processuais constitucionais, quais sejam:

- a) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes: a vinculação da tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República;
- b) violação ao contraditório: ausência do controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo;

⁴ Conforme ensinam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2018, p. 31, grifos dos autores), “o processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo”. Para uma abordagem maior do tema, sugere-se a leitura de Cardoso (2018).

⁵ A preocupação com a celeridade processual e o tratamento isonômico dos jurisdicionados em situação idêntica pode ser destacado na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015: “[...] é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos ‘tempos mortos’ (=períodos em que nada acontece no processo). Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”. Na redação do diploma processual vigente, o art. 926 expressa essa necessidade quando dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Da mesma forma, o art. 927 estabelece um rol de situações que os juízes e tribunais devem observar, obrigatoriamente, quando da prolação de qualquer decisão, evitando, assim, soluções dispares para casos idênticos.

- c) viola o ao direito de a o: ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento coletivo; e
- d) viola o ao sistema de competências da Constitui o: a tese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 982, I, do NCPC). (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 223).⁶

Em que pese haja fundamentos suficientes para a desconfiança ventilada pelos autores, que merecem um olhar apurado,⁷ fato   que o IRDR vem sendo aplicado reiteradamente no cotidiano forense desde sua cria o e, ante a expectativa de um acréscimo considerável de demandas judiciais originadas da pandemia de Covid-19 experimentada no Brasil e no mundo, os Tribunais parecem apostar nesse mecanismo para não sucumbir de vez   crise que os assola. Diante da inarredável conclusão de que o IRDR   uma realidade na *práxis* forense, afigura-se mais importante do que o debate sobre a pertinência ou não de sua existência, aportar um olhar crítico ao instituto, a fim de aperfeiçoar os contornos de seu procedimento, na busca de melhor adequá-lo aos preceitos constitucionais arranhados pela crua aplica o da legisla o processual do incidente. Dentre os aspectos levantados pela doutrina, entende-se que merece aten o especial a escolha da causa-piloto e o controle judicial da representatividade adequada no curso do incidente, evitando, assim, a alegada viola o ao contraditório, ponto sobre o qual debruça-se mais detidamente esse estudo.

3. Escolha da causa-piloto no Incidente de Resolu o de Demandas Repetitivas (IRDR)

A técnica para julgamentos de casos repetitivos pode se dar por meio de dois sistemas, quais sejam, o da causa-piloto e o da causa-modelo. No primeiro, o órgão jurisdicional seleciona um ou mais casos que são julgados, fixando a tese que deve ser seguida nos demais. Já no segundo sistema, o incidente apenas fixa a tese a ser seguida, sem a escolha e, tampouco, julgamento de qualquer causa. A op o brasileira se deu pelo

⁶ Indo além, José Rogério Cruz e Tucci entende ser inconstitucional a vinculatividade conferida não apenas ao IRDR mas a outros mecanismos arrolados no art. 927 do CPC: “Daí, em princípio, a inconstitucionalidade *prima facie* da regra examinada, visto que a Constitui o Federal, no art. 103-A, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo com quórum de dois terços, e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.   míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado das decisões de nossos tribunais, entre as várias espécies de provimento judiciais, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem”. (TUCCI, 2021, p. 167).

⁷ Para um maior aprofundamento na temática, sugere-se a leitura de Machado (2016).

sistema da causa-piloto, cabendo excepcionalmente a hipótese de causa-modelo quando houver a desistência da demanda ou do recurso afetado para julgamento.⁸ Assim, os casos que não forem selecionados para julgamento, permanecerão sobrestados aguardando a decisão que fixa a tese jurídica. Logo, para que o interessado seja beneficiado pelo julgamento repetitivo, deverá propor ação individual veiculando pretensão no mesmo sentido da tese fixada.

Ante a repercussão dos efeitos da tese fixada por meio dos julgamentos de casos repetitivos, o Código de Processo Civil determina, com relação aos recursos repetitivos, que devem ser afetados os casos “representativos de controvérsia”, os quais obedecem ao parâmetro quantitativo, selecionando dois ou mais casos, e ao parâmetro qualitativo, que consiste na escolha do caso que contenha “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.⁹ Sobre esse aspecto, a doutrina de Antonio do Passo Cabral é de que a expressão “argumentação abrangente” é ampla e vaga, podendo ser interpretada no sentido de uma maior quantidade de argumentos que viabilize uma boa discussão sobre o tema, com amplitude do contraditório, pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. (CABRAL, 2016, p. 47).

Há grande crítica doutrinária sobre o IRDR levando em conta que o legislador, ao contrário do que fez, ainda que timidamente, com os recursos repetitivos, foi omissivo quanto a qualquer requisito para escolha da causa-piloto especificamente neste instrumento. A necessária observância dos critérios previstos no procedimento dos recursos repetitivos para o IRDR, à luz de um microsistema de julgamento de casos repetitivos, se dá apenas em âmbito doutrinário, inaplicável na prática forense.

Em estudo empírico realizado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP/RP), coordenado pelo professor Camilo Zufelato, foi investigado se as decisões de admissão dos incidentes continham manifestação acerca da escolha da causa-piloto. O resultado foi que de 197 (cento e noventa e sete) decisões de admissão e instauração de IRDRs analisadas, em apenas 4 (quatro) verificou-se alguma abordagem quanto a representatividade da causa-piloto, ou seja, em apenas 2% do total. (ZUFELATO, 2019, p. 81).

⁸ Neste sentido é a doutrina de (CABRAL, 2016; DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2018; CÂMARA, 2015); entre outros. Parte da doutrina, em sentido oposto, defende se tratar do sistema de causa-modelo, de modo que a decisão proferida nos julgamentos repetitivos, especialmente no incidente de resolução de demandas repetitivas, versará apenas sobre as questões objeto do incidente, deixando de julgar as peculiaridades do caso. A tese jurídica, assim, não seria aplicada diretamente no caso, mas sim de forma abstrata para todos aqueles casos pendentes ou futuros, tratando-se, em conclusão, de causa-modelo. Em defesa desta posição, v.g., (TEMER, 2016; CAMBI; FOGAÇA, 2015); entre outros.

⁹ Estes parâmetros depreendem-se da leitura do CPC em seu art. 1.036, §§ 1º e 5º, para o critério quantitativo, e § 6º para o critério qualitativo.

A preocupa o, no ponto, acentua-se diante da vinculatividade obrigatória da tese jurídica nele firmada, independentemente de seu resultado, porquanto todos aqueles que são ou venham a ser partes de processo que verse sobre a mesma questão de direito decidida pelo incidente serão atingidos. Ou seja, há uma vincula o *pro et contra*, sem um efetivo controle acerca da adequa o da representatividade no processamento desse incidente. Ademais, a lei concede grande protagonismo às partes no IRDR, tendo eles integralmente trinta minutos para sustenta o oral (CPC, arts. 983 e 984), além da possibilidade de interposi o de recurso contra decisão desfavorável, em concorrência com o Ministério Público e eventual *amicus curiae* (CPC, arts. 138,   2  e 996).

Particularmente no caso de instaura o a pedido da parte,¹⁰   crível pensar que ela poderá escolher em qual processo suscitar  o julgamento da tese, selecionando, por exemplo, aquele melhor instruido por ela, ou com uma argumenta o mais precária da parte adversa. A inexistência de critérios objetivos para a escolha da causa-piloto no IRDR privilegia a atua o estratégica do litigante habitual (como institui es bancárias ou empresas de telefonia, por exemplo, que apresentam um grande número de demandas judiciais versando sobre questões idênticas – campo fértil para instaura o de IRDR) em detrimento do interesse dos litigantes eventuais.¹¹ Assim, o litigante habitual não precisa bem litigar em todas as demandas repetitivas, podendo “optar sobre em qual dos processos suscitar o o incidente. Desta maneira, poderão provocar o incidente a partir de um litígio melhor instruido, com articulados mais precisos, bem escritos ou completos etc.”. (CABRAL, 2016, p. 42).

Luiz Guilherme Marinoni, grande crítico do IRDR, considera a previsão brasileira inconstitucional, pois violaria os direitos fundamentais de a o e do contraditório,

¹⁰ Ainda conforme o estudo coordenado por Camilo Zufelato, observou-se a predominância das partes atuando como o maior suscitante em uma grande parcela dos dados analisados sobre as matérias objeto dos incidentes, sobretudo naquelas que representam o maior volume de IRDRs. Não muito atrás, figuram os “Tribunais”, considerados, na pesquisa, os juízes, relatores e câmaras ou órgãos dos Tribunais, o que pode demonstrar uma maior preocupa o com o acervo de processos pendentes em detrimento da adequada tutela aos jurisdicionados. Essa preocupa o, ventila-se, esteja refletida na ausência de fundamenta o adequada acerca dos critérios da escolha da causa-piloto na decisão de admissão e instaura o do incidente, reveladas pelo mesmo estudo. Cf. Zufelato (2019, p. 69).

¹¹ Marc Galanter, em estudo sobre as figuras do sistema processual estadunidense, identificou dois tipos de atores no processo: os litigantes repetitivos ou habituais (*repeat players*), que se envolvem em repetidos litígios semelhantes, tornando-se um grande litigante; e os litigantes eventuais ou ocasionais (*one-shooter*), que v o ao Judiciário poucas vezes para tratar de assuntos diversos: “Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shooters or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time”. Cf. Galanter (1974).

que garante a qualquer cidadão o direito de participação e influência, sendo ele atingido negativamente por uma decisão judicial da qual não pode participar, e assevera

Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas, julga-se questão de muitos em processos de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas.¹²

Nesse cenário, ganha importância a escolha da causa-piloto e a aferição da representatividade adequada das partes no incidente de resolução de demandas repetitivas pelo julgador, no caso em concreto, para assegurar ao grupo, principalmente aqueles que não participam diretamente na formação da tese, a garantia de defesa de seus interesses de modo satisfatório. Dada a já noticiada correlação entre as ações coletivas e os julgamentos de casos repetitivos, busca-se no direito alemão (inspiração direta do IRDR) e no direito norte-americano (sistema modelo de tutela coletiva) alguma inspiração para melhor balizar os critérios e requisitos que devem ser atendidos no incidente brasileiro.

4. Critérios de escolha da causa-piloto e controle da representatividade adequada no direito estrangeiro

Tanto o instituto alemão que inspirou a criação do IRDR (*Musterverfahren*) quanto as *class actions* americanas, maior referência de tutela coletiva mundial, preveem controles da representatividade do grupo nas demandas de interesse coletivo, considerando, por exemplo, o interesse jurídico do legitimado na demanda, a existência de eventual conflito interno do grupo que representa e a capacidade técnica dos advogados.¹³

¹² Marinoni (2016, p. 46-47). O autor defende ainda que a decisão proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas não formaria uma tese, mas sim coisa julgada sobre a questão repetitiva de direito, mantendo certa relação com o instituto americano do *collateral estoppel*, que só poderá ser aplicado a terceiros quando garantida a *full and fair opportunity to be heard*.

¹³ Em escrito sobre o tema, Marcos de Araújo Cavalcanti refuta os argumentos doutrinários de que o controle judicial da representatividade adequada seria incompatível com a tradição romano-germânica e que trazer tal modelo para o sistema brasileiro seria torná-lo uma cópia fiel do processo coletivo norte-americano [segundo o autor, crítica de NERY JUNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo. *Revista Jurídica de Jure*, Minas Gerais, n. 7, jul./dez., 2006, p. 55]. O autor indica, além do próprio procedimento do modelo alemão (*Musterverfahren*) e das ações de associação germânicas (*Verbandsklage*), a referência ao direito romano, no Digesto de Justiniano (D. 47.23.3), na hipótese de mais de uma pessoa ingressar em juízo com ações populares (*actiones populares*), tratando do mesmo objeto, seria dada preferência à demanda que apresentasse melhores condições em termos de idoneidade e maior interesse pessoal no litígio. Assim, embora a tendência moderna dos países de *civil law* seja de estabelecer critérios legais para a representação

No mecanismo alemão, a escolha das partes que figurarão como autor (*Musterklager*) e réu (*Musterbeglakte*)   realizada dentre aqueles processos que tramitem perante o juízo de origem, em decisão irrecorrível, sem prejuízo da participa o dos demais interessados na condi o de intervenientes (*Beigeladenen*). Na sele o o tribunal leva em conta o valor da pretensão, o objeto do procedimento padrão e o entendimento da maioria dos autores em rela o a quem deverá ser o autor-líder do procedimento padrão. (MENDES, 2014). Embora a legisla o alem a¹⁴ mencione que a elei o das partes principais (líderes) possua caráter discricionário, dispõe alguns cr terios que devem ser observados obrigatoriamente:

a) o candidato deve ser escolhido dentre as partes que tiveram os processos individuais suspensos; b) o candidato deve ter representatividade adequada para defender os interesses das partes envolvidas no litígio de massa; c) a Corte deve verificar a existência de um acordo firmado entre os autores dos processos individuais com o objetivo de indica o de um autor-principal; e d) o Tribunal deve considerar o montante da d vida discutida no processo individual. (CAVALCANTI, 2015b, p. 343).

No modelo norte-americano, a representa o adequada (*adequacy of representation*),   um dos pressupostos de admissibilidade da *class action*, nos termos da *Rule 23 (a)(4)*.¹⁵ O representante do grupo deve estar apto a tutelar os interesses de todos de modo eficaz e adequado. Esse  , sem d vida, um dos aspectos mais s rios da *class action*, uma vez que na sua órbita, mesmo não participando do processo, os integrantes da categoria, via de regra, serão diretamente atingidos pelos efeitos decorrentes da coisa julgada. (TUCCI, 1990, p. 20-21). A *adequacy of representation*   um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo. (GIDI, 2007, p. 100).¹⁶

coletiva, como os exigidos para as associa es nas a es civis públicas, não se exclui a possibilidade de o respectivo ordenamento jurídico adotar a técnica processual do controle judicial da representatividade adequada. Cf. Cavalcanti (2015a).

¹⁴ A *KapMuG* foi promulgada em 2005, e o *Musterverfahren* foi instituído com o objetivo de ser a ferramenta processual capaz de racionalizar a resolu o de a es repetitivas envolvendo o mercado de capitais propostas perante o Tribunal de Frankfurt (*Landesgericht*), cidade-sede da Bolsa de Valores alem a, que recebeu mais de treze mil a es entre 2001 e 2003. Foi publicada como lei temporária, com previsão inicial de término de vigência em 1  de novembro de 2010. Posteriormente, a *KapMuG* foi prorrogada até 1  de novembro de 2020. Cf. Machado (2016, p. 71).

¹⁵ *Rule 23 (a)(4)*: The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

¹⁶ Ainda segundo o autor, “a garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*)”.

Na apreciação do requisito, em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse. No que diz respeito ao advogado, são levadas em consideração várias questões, entre elas a qualificação profissional, a especialização na área, a experiência em ações coletivas e, aqui também, a existência de conflitos de interesse. (MENDES, 2014). Nota-se uma grande preocupação no direito estrangeiro quanto ao controle efetivo da representatividade adequada nos casos em que a discussão atinge a coletividade, fazendo ascender tal discussão no cenário nacional.

5. Necessária relação entre representatividade adequada e devido processo legal no julgamento de casos repetitivos

A breve análise dos institutos alemão e norte-americano demonstram que a acentuada preocupação com a representatividade adequada das partes tem origem nos efeitos da sua decisão: tanto no *Musterverfahren* quanto nas *Class Actions*, todos que se enquadrem no grupo ou categoria tutelada por esses procedimentos estarão sujeito aos efeitos da sua decisão, seja ela favorável ou contrária aos seus interesses.¹⁷ Tem-se aqui, em alguma medida, uma mitigação do direito de ter *his day in Court* (o seu dia na Corte), corolário do *due processo of law* (devido processo legal).¹⁸

Com efeito, Mauro Cappelletti há muito já havia sinalizado a necessidade de adaptação dos princípios constitucionais mais consagrados para a nova realidade de conflitos metaindividuais, defendendo uma concepção de devido processo legal coletivo ou social, sendo essa a única forma possível de ser garantida a adequada defesa judicial

¹⁷ Importante ressaltar que nas *class actions* quando for “considerada adequada a representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebido um *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, vislumbrando-se possível ofensa às garantias do *due processo of law*, o efeito declaratório do *decisum* se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório”. Cf. Tucci (1990, p. 27).

¹⁸ Analisando a sistemática das *class actions*, pode-se cogitar, à primeira vista, que estaria violada a garantia constitucional do *due process*: “[...] no person shall be deprived of life, liberty, or property, without due processo of law [...]”. Todavia, a partir dos debates doutrinários e jurisprudenciais construídos a partir dos casos *Hansberry vs Lee* e *Eise vs Carlisle & Jacquelin*, entende-se que a *adequacy of representation*, imposta pela alínea a (4) da *Rule 23*, atende à garantia constitucional. Por tal razão o juízo de admissibilidade sobre esse pressuposto deve ser rígido, “a fim de que os membros da classe, estranhos ao processo, tenham a máxima garantia de que aqueles *representatives* estejam em condições de defender o interesse comum do modo mais satisfatório possível. Destarte, não há falar em ofensa ao devido processo legal nas circunstâncias em que vêm adotadas *fairly insures* para a proteção dos interesses dos litigantes ausentes e que sofrerão os efeitos da decisão final”. Cf. Tucci (1990, p. 24).

desses novos direitos.¹⁹ É possível afirmar, a partir disso, que nos procedimentos de tutela coletiva “o *direito fundamental ao contraditório* deve ser assegurado aos membros ausentes do processo coletivo pela *adequada* participação da parte representativa na defesa dos interesses da coletividade”. (CAVALCANTI, 2015a, p. 35, grifo do autor). O direito de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo pessoalmente é substituído por um direito de ser citado, ouvido e defendido por um representante adequado. (GIDI, 2008, p. 78).

A rigor, o efeito da decisão nos procedimentos estrangeiros estudados é o mesmo intentado pelo IRDR brasileiro (*pro et contra*), mas no incidente brasileiro não houve nenhum cuidado legislativo com os critérios para escolha da causa-piloto, tampouco controle da representação adequada das partes pelo órgão jurisdicional.

Veja-se que o art. 5º da Constituição Federal, traz em seu inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ao passo que o inciso LV do mesmo artigo dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O Código de Processo Civil de 2015, ao adotar um modelo de processo pautado na colaboração entre o juiz e as partes²⁰ (CPC, art. 6º), traz consigo um redimensionamento do contraditório, que passa a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.²¹

Nesse cenário, para que a decisão desfavorável firmada pelo IRDR seja aplicada aos processos sobrestados e demais ações supervenientes de forma vinculativa,

¹⁹ “Even the most sacred principles of ‘natural justice’ must therefore be reconsidered in view of the changed needs of contemporary societies. Reconsideration, however, does not mean abandonment, but rather adaptation. The old schemes of a merely individualistic ‘procedural guarantism’ must be transformed in order to be adapted to the new meta-individual rights; in other (and more American) terms, an individualistic vision of procedural due process should give way to, or be integrated with, a social or collective concept of due process, since this is the only possible way to assure judicial vindication of the new rights. Hence, the right to be heard must indeed be preserved and guaranteed—not necessarily, however, to all the individual members of the class, but to the ideological party. This party, if *adequately representative*, shall be allowed to act for the entire class, including those members who are not identified, not served, in sum, not ‘heard’ in a strictly literal sense of that term. In fact, these members of the class will have a better ‘day in court’ if representative litigation is allowed than if it is not, since, as a rule, they would simply be unable to go to court individually”. Cappelletti (1976).

²⁰ Para uma maior análise da colaboração e do modelo cooperativo de processo, sugere-se, por todos, Mitidiero (2015).

²¹ Nunes (2020, p. 318). Fredie Didier Júnior divide o princípio do contraditório em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. Para o autor, a garantia de participação é a dimensão formal do contraditório, o direito de ser ouvido, de ser comunicado, de participar e poder falar no processo. A dimensão substancial do contraditório se relaciona com o poder de influência, na medida em que não basta apenas participar do processo, é necessário que a parte tenha condições de ser ouvida para influenciar a decisão do órgão jurisdicional, para que então se efetive o contraditório. Cf. Didier Júnior (2018, p. 106).

é preciso que o sistema processual brasileiro assegure o devido processo legal e, por consequência, o contraditório aos litigantes atingidos pela tese. A forma de garantir essa observância é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adoção dessa técnica processual é, em última análise, um meio de adaptar o princípio constitucional do contraditório ao devido processo legal social ou coletivo. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 231). A forma como o incidente foi tratado pelo diploma processual vigente, “ao admitir que uma decisão desfavorável tenha eficácia vinculante sobre todos os processos repetitivos, sem qualquer controle acerca da adequação da representatividade, viola o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR”. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 231).

Por certo que a participação de terceiros intervenientes e realização de audiências públicas, como previsto para os julgamentos de casos repetitivos, busca, justamente, fomentar o contraditório na fixação da tese vinculante. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, defendem a constitucionalidade do IRDR em razão dessa garantia de participação democrática conferida ao incidente pelo art. 983 do Código de Processo Civil. Afirmam que o contraditório é preservado nessa técnica processual pela conjugação de três fatores: *i*) a escolha mais plural possível dos processos que formarão o “modelo” no incidente, para representarem a controvérsia do modo mais amplo e completo possível; *ii*) a ampla participação dos potencialmente afetados pela decisão proferida no incidente, ou seja, sujeitos parciais dos processos em que se discuta a mesma questão de direito; e *iii*) a manifestação de órgãos, entidades e pessoas na condição de *amicus curiae*. (MENDES; TEMER, 2015, p. 17).

De fato, a pesquisa empírica coordenada por Camilo Zufelato mostrou que dos 68 (sessenta e oito) casos analisados que tiveram julgamento de mérito, 50 (cinquenta) contaram com a participação de interessados, o que representa cerca de 74% dos casos examinados. Dentre esses, 54% dos intervenientes eram pessoas jurídicas de direito privado. (ZUFELATO, 2019, p. 118-119). Não obstante, a mesma pesquisa revelou que mesmo nos casos em que houve participação de interessados, foram poucas as vezes em que os tribunais entenderam por bem requisitar informações adicionais. Segundo o relatório do estudo, “esses dados podem apontar uma tendência de que as questões decididas em sede de IRDR não costumam passar por um amplo crivo de debates, sendo decididas de imediato pelos tribunais”. (ZUFELATO, 2019, p. 121).

Entende-se, a partir disso, que embora seja salutar a intervenção de terceiros, sobretudo dos *amici curiae*,²² a participação desses outros atores não supre,

²² Figura debatida na doutrina e jurisprudência processual, que ganhou previsão legal como modalidade de intervenção de terceiros no art. 138 do Código de Processo Civil, apresenta, atualmente, duas principais funções: instrutória, quando a intervenção é puramente calçada no fornecimento de dados técnicos aos

por si só, a adequa o da representatividade das partes na forma o da tese do IRDR, sendo tal controle imperioso para garantia do contraditório e, por conseguinte, do devido processo legal no incidente. Ademais, como já asseverado e bem apontado por Antonio do Passo Cabral, o desenho legal deste incidente confere um protagonismo às partes do processo originário, motivo pelo qual a escolha da causa-piloto interfere na extensão das prerrogativas dos sujeitos no próprio incidente. (CABRAL, 2016, p. 45). Assentadas essas premissas, cumpre, então, analisar mais detidamente quais cr terios para escolha da causa-piloto são pertinentes para adequa o do IRDR ao devido processo legal e a possibilidade de controle judicial da representa o adequada das partes no curso do incidente.

6. Crêterios de escolha da causa-piloto do IRDR e controle *ope judicis* da representatividade adequada no direito nacional

Como já referido, o silêncio normativo em rela o a balizadores para escolha da causa-piloto no IRDR e a necessidade de se ter uma representatividade adequada, ante o caráter vinculante da tese firmada no incidente, fez com que a doutrina se debru asse sobre o ponto, na busca de estabelecer uma melhor interpreta o da “abrangente argumenta o e discussão” exigidas no regramento dos recursos repetitivos.

Antonio do Passo Cabral propõe dois vetores básicos para guiar a escolha da causa-piloto, quais sejam, *i*) a amplitude do contraditório e *ii*) a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário: “o primeiro vetor corresponde a um aspecto ‘objetivo’, referente aos elementos do debate; e o segundo vetor remete a aspectos subjetivos, isto  , relativos aos sujeitos do processo”. (CABRAL, 2016, p. 47). Com rela o   amplitude do contraditório, primeiro vetor, o autor indica como parâmetros para otimizar escolha da causa-piloto: *a*) completude da discussão (maior quantidade de argumentos); *b*) qualidade da argumenta o; *c*) diversidade da argumenta o (contra-argumenta o e completude da decisão); *d*) contraditório efetivo; *e*) inexistência de restri oes   cogni o e   prova no processo originário. (CABRAL, 2016, p. 48).

No que diz respeito ao segundo vetor, de caráter subjetivo, o autor indica os seguintes cr terios a serem observados: *a*) preferência de causas com litisconsórcio; *b*) preferência de causas com litisconsórcio em ambos os polos (ativo e passivo); *c*) preferência de processo originário com interven o de terceiros; *d*) dentre os processos

sujeitos do processo; representativa, quando a participa o   fundada em proporcionar o contraditório amplo e social dos setores da sociedade, vinculados ao tema debatido no processo, especialmente os que apresentam potencial de forma o de decisões vinculantes ou com efeitos de repercussão coletiva, conferindo-se legitima o democrática   atividade jurisdicional. Cf. Migliavacca (2021). Para um estudo mais aprofundado das origens do *amicus curies* e o debate em torno dessa figura no direito nacional, sugere-se Bueno (2012).

com intervenção de terceiros, preferência pelos que tiverem atuação de *amicus curiae*, cuja função é trazer elementos de convicção ao processo e oxigenar o contraditório com outros pontos de vista; e) preferência pelos processos que tiverem audiência pública. (CABRAL, 2016, p. 59).

Parte da doutrina defende que havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, esta deve ser escolhida preferencialmente como causa-piloto, em detrimento dos casos individuais.²³ Isto porque, “é defeso haver desigualdade material entre as partes no incidente, especialmente na perspectiva da representação processual”, (DIAS; JOÃO, 2017, p. 185) de maneira que quanto maior a pluralidade e a representatividade das partes e de eventuais terceiros, mais qualificado será o processo. Assim, as demandas coletivas se mostram mais qualificadas em comparação com as individuais, porquanto são movidas por entes públicos ou privados com legitimação extraordinária concedida por lei para atuar como substitutos processuais da coletividade. (DIAS, 2016). Defende-se, também, que mais adequado seria conceder a legitimidade para propositura do incidente aos legitimados à tutela coletiva, explicitados no art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 da Lei n. 8.078/90, em detrimento da legitimidade hoje vigente.²⁴ Isto porque “como esses entes já têm a prerrogativa processual de conduzir processos em que, ao final, a decisão pode ter impacto massivo, a sua presença no incidente atribui ao contraditório maior legitimidade política e social”. (DIAS; JOÃO, 2017, p. 185).

A despeito do necessário controle da escolha da causa-piloto e da representatividade adequada no IRDR buscarem o mesmo fim, qual seja, a garantia do devido processo legal, entende-se que se tratam de atividades distintas exercidas em oportunidades diversas do incidente. Num momento inicial, a preocupação deve voltar-se para a seleção da causa-piloto que servirá de base para formação da tese no incidente. Por

²³ Neste sentido também o enunciado n. 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º”. Antonio do Passo Cabral também indica essa preferência ao analisar a técnica de julgamento de casos repetitivos sob o prisma do interesse público. Refere, ainda, que se vários processos coletivos estejam tramitando, deve-se preferir aqueles ajuizados por órgãos independentes e por defensores de direitos das comunidades de substituídos mais ampla em termos geográficos e quantitativos (*absent class members*). Assim, os processos ajuizados pelo Ministério Público e Defensoria Pública devem preferir aos ajuizados por associações; dentre os processos ajuizados por associações, deve-se preferir aquelas de âmbito nacional às associações locais. Cf. Cabral (2016, p. 60-61).

²⁴ Sobre o tema Marinoni (2015, p. 409): “Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. [...] Quer dizer que os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor”.

se tratar de fase prematura do julgamento, a importância de critérios de cunho objetivo, sendo salutar ao julgador socorrer-se da presun o de que determinados fatores levam a uma maior adequa o da legitimidade da parte para condu o do incidente ao encontro dos interesses do grupo, como esses propostos por Antonio do Passo Cabral.

No entanto, não se pode afirmar que apenas a aten o a esses requisitos possam, de fato, garantir uma boa condu o do incidente pela parte do caso selecionado. Ao lado da escolha da causa-piloto, a atua o do julgador realizando um controle do desempenho desse sujeito no curso do incidente garantir  (ou, pelo menos, reforçará) a efetiva representatividade adequada da coletividade. Defende-se que, a exemplo do que ocorre com as *class actions* norte-americanas, esse controle deve ser exercido durante toda a tramita o do incidente, desde sua instaura o com a sele o da causa-piloto, até a fixa o da tese. Nesse cenário, parece salutar que os critérios observados pelo julgador quando dessa análise tenham um maior teor de subjetividade, considerando, assim, as peculiaridades do direito ali debatido *vis a vis* a atua o da parte da causa-piloto, o que pode ensejar maior ou menor rigor.

Sobre o controle judicial da representatividade adequada, lembra-se que para as a es coletivas há a possibilidade de aferi o pelo julgador nos casos do art. 5 ,   4  da Lei n. 7.347/85 e art. 82,   1  da Lei n. 8.078/90, impondo a verifica o da chamada pertinência temática das associa es quando do ajuizamento das a es coletivas, que poderia ser aplicado analogicamente aos julgamentos de casos repetitivos, partindo-se da premissa já exposta de que são espécie do g nero processo coletivo. Nota-se também que o art. 138 do Código de Processo Civil impõe a observância da representatividade adequada do *amicus curiae* a ser averiguada pelo juiz no caso concreto, quando houver relevância da matéria, especificidade temática do objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia, a fim de efetivar o contraditório e qualificar a decisão judicial. Por tal motivo, admitindo-se tal aferi o do *amicus curiae* “mais razão ainda tem-se para exigir tal controle das partes representativas que efetivamente participarão na defesa dos interesses discutidos de forma pulverizada nos processos repetitivos”. (CAVALCANTI, 2015a, p. 45). Assim, caberia ao magistrado verificar se os advogados e as partes têm condi es técnicas, morais, financeiras, entre outras, de agir em juízo na defesa de posi es jurídicas relacionadas e debatidas nos julgamentos de casos repetitivos, além de examinar se a causa-piloto eleita abrange adequadamente a controvérsia repetitiva. (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p. 232).

Em um movimento acad mico mais vanguardista, defende-se a implementa o legislativa da utiliza o de critérios como os existentes no ordenamento jurídico estrangeiro tanto para a sele o de causa-piloto, quanto para certificar a representatividade da parte nos julgamentos de casos repetitivos pelo órgão judicial. Percebe-se que essa preocupa o em processos que atingem a coletividade não   recente.

Isso fica claro ao analisar as propostas de Código de Processo Civil Coletivo existentes: todas elas trazem requisitos que deverão ser observados pelo julgador, no caso em concreto, para o controle da representatividade adequada da coletividade. Dentre tais critérios cabe destacar a credibilidade, prestígio, experiência, capacidade financeira e conduta do legitimado em processos anteriores, o que se observa no art. 20 do Projeto da USP (2005),²⁵ no art. 8º do Projeto da UERJ/Unesa (2005),²⁶ no art. 2º do Código Modelo Iberoamericano (2004)²⁷ e no art. 3º do Código Modelo de Antonio Gidi (2003),²⁸ este último ainda incluindo a adequação para o advogado da parte, como ocorre nas *class actions*.

7. Contribuições dos Projetos de Lei da Nova Ação Civil Pública para a escolha da causa-piloto do IRDR

Seguindo essa lógica e atentos à necessidade de controle judicial da representatividade, os Projetos de Lei n. 4.441/2020 e 4.778/2020, que buscam disciplinar o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública,²⁹ reforçam a importância da aferição da representatividade adequada pelo julgador ante as peculiaridades do caso concreto, porém, limitadas *a priori* às associações (art. 6º, § 2º e art. 5º, respectivamente).³⁰ Todavia,

²⁵ Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I- qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a- a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b- seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c- sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

²⁶ Art. 8º. Requisitos específico da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I- a adequada representatividade do legitimado; § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado.

²⁷ Art. 2º. Requisitos da ação coletiva. São requisitos da demanda coletiva: I- adequada representatividade do legitimado; [...] § 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a- a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b- seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c- sua conduta em outros processos coletivos.

²⁸ Art. 3º. Requisitos da ação coletiva. 3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: [...] II- o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros. 3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado entre outros fatores: 3.1.1. a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2. o histórico na proteção judicial dos interesses do grupo; 3.1.3. a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4. a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5. o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

²⁹ Repisa-se que as disposições dos Projetos de Lei podem ser aplicadas igualmente nos julgamentos de casos repetitivos, sobretudo no IRDR, em razão de ambos serem espécies do gênero processo coletivo.

³⁰ Dentre os requisitos apontados pelos Projetos de Lei para demonstração da representatividade adequada, destaca-se: *i)* o número de associados; *ii)* a capacidade financeira, inclusive para arcar com despesas processuais da ação coletiva; *iii)* o rol de casos, que deve ser apresentado, de que a associação participou, judicial ou extrajudicialmente; *iv)* quadro de especialistas no tema do objeto protegido pela ação, que deve

o Projeto de Lei n. 1.641/2021, com o mesmo escopo dos demais, determina expressamente o controle “da prote o adequada do grupo ou do interesse protegido” pelo juiz, estabelecendo critérios exemplificativos, que devem ser observados independentemente do legitimado autor da a o coletiva.³¹ Corretamente, exige-se uma aferi o do juiz sobre a representa o adequada do grupo e de seus interesses em todos os casos e durante toda a tramita o da a o coletiva.

O art. 7 ,   2  do Projeto de Lei n. 1.641/2021 traz alguns requisitos que o julgador deve avaliar para conferir a adequa o do legitimado ao caso concreto, quais sejam, *i)* credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; *ii)* seu histórico de prote o judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos em voga; *iii)* sua conduta em outros processos coletivos; *iv)* a pertinência entre os interesses tutelados pelo legitimado e o objeto da demanda; e *v)* o tempo mínimo de institui o da associa o de um ano e a representatividade desta perante o grupo, categoria ou classe.³² O   1  do mesmo artigo ainda traz a necessidade de que “a finalidade institucional da entidade tenha aderência   situa o litigiosa ou ao grupo lesado”,³³ em um diálogo e complemento dos requisitos expostos nos incisos IV e V do   2 . Esse rol pode ser utilizado, no que couber, para a escolha da causa-piloto no IRDR, sem prejuízo de outros critérios pertinentes ao caso concreto, atento também ao caráter exemplificativo do artigo.

Interessante observar que a leitura dos    5  e 6  do art. 7  do Projeto de Lei n. 1.641/2021, incluem a demonstra o da adequa o do legitimado para a condu o do processo como requisito da peti o inicial, sujeito   eventual emenda ou complementa o em caso de ausência. Mesmo que o legitimado cumpra tal requisito não lhe   garantida a certifica o da adequa o em toda a demanda. O   4  do mesmo artigo determina que o controle jurisdicional da adequa o da representatividade seja feito durante todo o

existir na associa o, quando da propositura da a o; *v)* laudo indicativo do número de pessoas atingidas pelo alegado dano, apresentado com a propositura da a o; e *vi)* o tempo de constitui o e o grau de representatividade perante o grupo.

³¹ Embora a reda o do referido projeto de lei faça alguma confusão entre ‘legitimidade adequada’ e ‘representatividade adequada’,   pertinente aqui o regramento que ele traz nesse ponto. Aprofundar a reflexão do significado desses termos fugiria do escopo deste artigo e merece análise própria.

³² O   3  do mesmo artigo prevê a possibilidade de dispensa da conferência da adequa o do legitimado ante o cumprimento dos requisitos do   2  quando houver “manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão, urgência característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido e a legitima o adequada possa ser aferida por outros critérios aplicáveis ao caso”. A parte inicial do dispositivo parece ampliar a dispensa prevista no art. 5 ,   4  da Lei n. 7.347/85 (Lei da A o Civil Pública) em rela o especificamente ao requisito da pr -constitui o das associa es, ao passo que a parte final reforça o caráter exemplificativo do rol legal. Não obstante, o   4  do mesmo artigo determina que o juiz faça o controle da adequa o da legitimidade durante todo o processo, de modo que se pode pensar, no caso de aplica o do   3 , em uma espécie de “controle diferido” e não em uma total ausência de controle pelo órgão judicial, como poderia parecer *a priori*.

³³ Idêntica previsão   encontrada no art. 6,   1  do Projeto de Lei n. 4.441/2020.

processo, “levando em consideração a qualidade da atuação do autor e a sua aderência aos interesses protegidos”.³⁴ Assim, caso o juiz perceba no curso da ação que o legitimado distanciou-se dos interesses coletivos ali tutelados ou que não mantenha a qualidade esperada para a boa condução do caso, poderá ele promover “a sucessão processual, dando ciência ao grupo e intimando o Ministério Público, a Defensoria Pública ou outros legitimados para assumirem a condução do processo” (PL n. 1.641/2021, art. 7º, § 7º).³⁵ Tem-se, aqui, o efetivo controle da representatividade adequada, que pode considerar os elementos particulares do processo *sub judice*, além daqueles expressamente referidos no art. 7º, § 2º.

Essa sistemática seria muito pertinente na instauração do IRDR, sobretudo quando o incidente seja suscitado pela parte. Aplicando a lógica do Projeto de Lei aos repetitivos, caberá à parte que suscita o incidente demonstrar os motivos pelos quais ela representará adequadamente o interesse de todos aqueles cujas demandas restarão sobrestadas aguardando o destino da tese vinculante e, portanto, que deva ser selecionada como causa-piloto. O mesmo se aplicaria ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando autores do pedido de instauração do incidente. O suscitante deverá demonstrar o atendimento dos critérios exemplificativos já mencionados, bem como chamar atenção para outras características não previstas expressamente, por exemplo, a capacidade financeira e técnica do advogado da parte, requisito “emprestado” da *class action* norte-americana. Sendo o incidente suscitado pelo próprio órgão jurisdicional, deveria ele fundamentar a escolha da causa-piloto com a mesma demonstração exigida dos demais legitimados, comportamento reforçado pelo comando do art. 489 do Código de Processo Civil e art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Não obstante a manifestação inicial do suscitante (seja parte, juiz ou qualquer outro legitimado), o julgador teria mais que a possibilidade, mas o dever de assegurar em todo o trâmite do IRDR a representatividade adequada da coletividade no incidente, procedendo a substituição da causa-piloto caso não satisfeita essa premissa,

³⁴ Idêntica previsão é encontrada no art. 6, § 4º do Projeto de Lei n. 4.441/2020. O art. 5º, § 4º do Projeto de Lei n. 4.778/2020 dispõe, de forma semelhante, que “a qualquer momento do processo, o juiz poderá manifestar-se a respeito da ausência da representatividade adequada, por não terem sido preenchidos os requisitos ou como decorrência de sua conduta no processo”.

³⁵ Vale referir que o § 8º do mesmo artigo prevê que “a decisão sobre a adequação da legitimação é impugnável por meio de agravo de instrumento, salvo se extinguir o processo, quando será impugnável por apelação”. O art. 6, §§ 3º e 5º do Projeto de Lei n. 4.441/2020 trazem idêntica redação aos §§ 7º e 8º do art. 7º do Projeto de Lei n. 1.641/2021, respectivamente. Já o Projeto de Lei n. 4.778/2020 traz previsão semelhante em relação ao prosseguimento da ação em caso de ausência da representação adequada, mas mantém a lógica recursal dos demais PLs, que se afina também com o CPC vigente: “art. 5º [...] § 5º Em caso de desistência infundada, abandono da ação ou ausência de representatividade adequada da associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa”; “art. 5º [...] § 3º A decisão sobre representatividade adequada é recorrível, por meio de agravo de instrumento, salvo se extinguir o processo”.

no mesmo sentido que determina o Projeto de Lei n. 1.641/2021 para as a es civis públicas. Nesse caso   interessante perceber que haverá uma nova sele o da causa-piloto, a exemplo daquela feita no início do procedimento. Por certo que ela deverá atentar-se àqueles cr terios objetivos que, como dito, trazem um grau de presun o de sua adequa o. No entanto, estando o incidente em fase mais madura, o julgador certamente terá maiores subsídios para uma melhor escolha, o que reforça a necessidade de um caráter exemplificativo de tais cr terios. Fica claro, então, que embora sejam atividades distintas, a escolha da causa-piloto e o controle da representatividade adequada se complementam e interagem entre si, buscando atender ao devido processo legal e efetivar o contraditório.

Nota importante a ser feita   a disposi o do art. 6 , parágrafo único do Projeto de Lei n. 1.641/2021 que incorpora as manifesta es doutrinárias ao expressar que “a a o coletiva presume-se representativa da controvérsia, devendo ser escolhida, se necessário conjuntamente com outras a es individuais, para a defini o de tese no julgamento de casos repetitivos”.³⁶ O dispositivo demonstra a preocupa o latente com a adequada escolha da causa-piloto, como exposto no presente estudo. A necessidade do controle judicial da representatividade adequada das partes nos processos coletivos, ganha cada vez mais aten o dos juristas contemporâneos, na busca de meios para garantir a efetiva defesa dos interesses da coletividade ali tutelada.

Particularmente, o silêncio legal sobre a escolha da causa-piloto no IRDR e a ausência de manifesta o sobre tal aspecto nas decisões de admissão do incidente, redobra a preocupa o no tema, mormente quando se considera a eficácia vinculante da tese nele fixada. Felizmente, a doutrina vem buscando meios de atender as garantias processuais no trâmite do incidente, a partir de uma leitura constitucional do regramento posto para o IRDR, estabelecendo requisitos que auxiliem o julgador a melhor selecionar a causa-piloto e controlar a adequa o das partes ao objeto do julgamento. No mesmo sentido   o movimento legislativo que busca a reforma e aperfei amento da tutela coletiva por meio de uma nova disciplina   a o civil pública. Os cr terios estabelecidos nos Projetos de Lei supracitados podem (e devem) ser aplicados nos julgamentos de casos repetitivos, sobretudo no IRDR, trazendo, assim, balizadores mais firmes em rela o   escolha da causa-piloto e aferi o da representatividade adequada das partes no curso do incidente.

³⁶ No mesmo sentido, o art. 5, parágrafo único do Projeto de Lei n. 4.441/2020: “a a o civil pública será preferencialmente selecionada como caso representativo da controvérsia em incidente de julgamento de casos repetitivos”. Também o art. 3 , Projeto de Lei n. 4.778/2020: “A a o coletiva tem prioridade no processamento e na afeta o, como caso paradigma, nos processamentos de Incidente de Resolu o de Demandas Repetitivas e nos Recursos Repetitivos”.

8. Conclusão

Diante da vinculatividade das decisões proferidas no IRDR, entende-se que o direito fundamental ao contraditório e ao devido processo legal apenas serão respeitados se presente a representação adequada do grupo cujos direitos são objeto do incidente. Para tanto, a escolha da causa-piloto e das partes no processo afetado é fundamental, tendo em vista o lugar de protagonismo que a lei os concedeu, cabendo, atualmente, à doutrina e à jurisprudência a busca e implementação de critérios e requisitos para a certificação da representação adequada nos julgamentos de casos repetitivos, frente ao silêncio do legislador.

Defende-se, assim, a possibilidade do controle judicial da representação adequada *de lege lata*, frente à mitigação prevista às associações nas ações coletivas, trazida pelo art. 5º, § 4º da Lei n. 7.347/85 e art. 82, § 1º da Lei n. 8.078/90, bem como a partir da interpretação do art. 138 do Código de Processo Civil, que impõe a observância da representatividade adequada do *amicus curiae* pelo juiz no caso concreto. Ademais, a própria leitura constitucional do incidente permite a atuação ativa do juiz, que tem o dever de zelar pela efetivação do contraditório e atenção ao devido processo legal. Os critérios apontados pela doutrina se encaixam sobremaneira nesse dever e podem ser implementados pela *práxis* forense de imediato.

De lege ferenda, entende-se que mais adequado seria a instituição de critérios mais claros para a escolha da causa-piloto do incidente, exemplo do que ocorre nos procedimentos alemão e norte-americano, o que também foi sugerido pelos anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo e pelos Projetos de Lei da Nova Ação Civil Pública, aplicáveis ao IRDR por entendê-lo como espécie do gênero processo coletivo. Outro dispositivo importante contido nos Projetos de Lei analisados é a preferência da escolha de ação coletiva em detrimento de ações individuais, como causa-piloto dos julgamentos de casos repetitivos, em consonância com posicionamento de grande parte da doutrina no tema. Ainda, se mostra interessante a concessão de legitimidade para propositura do incidente aos legitimados para tutela coletiva, explicitados no art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 da Lei n. 8.078/90, em detrimento da legitimidade hoje vigente.

São Paulo, setembro de 2021.

Referências

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 1.641, de 29 de abril de 2021*. Disciplina a ação civil pública. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406. Acesso em: 29 jun 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 4.441, de 2 de setembro de 2020*. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 4.778, de 1º de outubro de 2020*. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020. Acesso em: 10 jul. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016. (Grandes temas do Novo CPC; 10).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 333/360, maio 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution. *Buffalo Law Review*, Amherst, v. 25, n. 3, p. 643-690, 1976. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1998&context=buffalolawreview>. Acesso em: 4 jun. 2021.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, ano 4, v. 7, n. 1, p. 30-47. jul./dez. 2015a.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015b.

DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos extraordinarios em el derecho procesal brasileño. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, n. 44, p. 223-249, jul./dic. 2016.

DIAS, Handel Martins; JOÃO, Alexandre Lipp. A tutela de situações jurídicas coletivas no direito brasileiro: uma comparação entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas instituído pelo novo código de processo civil. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. (dir.). *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*. Bogotá. Universidad Libre, 2017. p. 173-188. (Colección del Instituto de Posgrados; 1).

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 4: processo coletivo.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, Hoboken, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (ed.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolu o de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolu o de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolu o de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 399-419, nov. 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colabora o no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e  ticos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A o es coletivas e meios de resolu o de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolu o de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 283-332, maio 2015.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus curiae no código de processo civil de 2015: suas duas funo es*. Londrina: Thoth, 2021.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo: com capítulo sobre tecnologia, inteligência artificial e processo: por uma virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Teoria geral dos casos repetitivos*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolu o de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificao es conceptuais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

ZUFELATO, Camilo. (coord.). *I Relatório de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP*. Ribeirão Preto, nov. 2019. Disponível em: http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/12/1_Relat%C3%B3rio_Observat%C3%B3rio_IRDR_USP_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.