

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO PORTA-VOZ DOS DIREITOS DOS LITIGANTES INDIVIDUAIS NA FORMAÇÃO DA TESE JURÍDICA VINCULANTE

THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE CLAIMS AND THE ROLE OF THE BRASILIAN PUBLIC DEFENDER AS THE REPRESENTATIVE INSTITUTION FOR THE VULNERABLE INDIVIDUAL LITIGANTS AFFECTED BY THE DECISION

Cintia Regina Guedes

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – Fesudeperj.
cintia.guedes@terra.com.br

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a situação dos litigantes individuais que serão afetados pela tese jurídica firmada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) à luz do direito ao contraditório, bem como o papel da Defensoria Pública como porta-voz destes litigantes que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: IRDR. Defensoria Pública. Litigantes individuais. *Amicus curiae*.

Abstract: This paper aims to analyze a new dispute resolution system created by the Brazilian Civil Procedure Code for the resolution of the repeated lawsuits, called "incident of resolution of repetitive claims", and the intervention possibility, in contradictory, of the individual litigants whose claims will be affected by the decision. The paper also analyse the role of the brasilian public defenders as the instrument of representing these vulnerable individual litigants.

Keywords: Repetitive claims. Public defenders. Individual lawsuits.

1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A (FALTA DE) PROTEÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS TITULARES DE DIREITOS INDIVIDUAIS QUE FICAM VINCULADOS À TESE DEFINIDA PELO TRIBUNAL

A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em março de 2016, consolidou uma tendência que vinha sendo introduzida no ordenamento nacional há algum tempo¹ de busca por instrumentos processuais destinados a solucionar, com maior celeridade, eficiência e racionalidade, as demandas

¹ Principalmente desde 2006, com a criação do julgamento da repercussão geral no STF por meio de recursos representativos da controvérsia (art. 543-B do CPC revogado, incluído pela Lei nº 11.418/2006) e da técnica de julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ (art. 543-C do CPC revogado, incluído pela Lei 11.672/2008).

repetitivas, principalmente por meio de técnicas voltadas à construção de decisões dotadas de efeito vinculante sobre os demais processos. Nessa linha de princípios, uma das grandes apostas do novo CPC é a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (doravante denominado apenas IRDR), incidente inspirado principalmente em técnicas desenvolvidas nos sistemas alemão e inglês,² e que visa à solução de demandas ou questões jurídicas repetitivas mediante um procedimento único (instaurado a partir da existência de uma multiplicidade de processos versando sobre a mesma questão jurídica), no qual é objetivamente definida, pelo tribunal competente, uma tese jurídica que será posteriormente aplicada aos demais processos que tratem da mesma questão.

Muito se tem falado acerca do importante papel da Defensoria Pública no referido incidente, especialmente quanto à legitimidade para sua instauração e para o pedido de revisão da tese, previstas, respectivamente, nos arts. 977, III, e 986 do CPC. Trata-se, sem dúvidas, de grande inovação no ordenamento jurídico, sendo a legitimidade da instituição um instrumento extremamente valioso e de inegável utilidade, em termos de celeridade, por possibilitar a rápida uniformização da jurisprudência e a obtenção de solução para as questões repetitivas acerca de temas de interesse dos assistidos da Defensoria, o que poderá implicar grande ganho de tempo nas demandas individuais.³ Não é essa forma de atuação da Defensoria, contudo, o foco do presente trabalho.

Para o que nos interessa neste artigo, releva considerar que o julgamento do IRDR pode afetar profundamente o direito de centenas e até milhares de jurisdicionados, cujos processos contenham questão idêntica à que venha a ser decidida no incidente, e em cujos processos a tese jurídica, depois de estabelecida, será pura e simplesmente “aplicada” (art. 985 do CPC), ou seja, incorporada como premissa jurídica inafastável no julgamento da lide individual, sendo cabível reclamação ao tribunal que firmou a tese em caso de sua não observância (art. 985, § 1º, do CPC).

Contudo, em que pese seu poder de afetar uma multiplicidade de processos (e o direito das partes nesses processos), a regulamentação legal do IRDR não contém previsão de um mecanismo efetivo de participação, em contraditório, dos titulares de direitos que serão atingidos pela decisão. Em outras palavras, todos aqueles que estejam discutindo, em processos individuais, questão “idêntica” àquela objeto do IRDR não têm assegurado um meio efetivo de apresentar seus argumentos no julgamento do incidente pelo tribunal de molde a influenciar o conteúdo da tese jurídica a ser adotada nesse julgamento.

² Especialmente a partir do *Musterverfahren* desenvolvido no direito alemão e do julgamento dos *group litigation order* inseridos nas *Civil Procedure Rules* inglesas editadas em 2010.

³ Vale destacar que a legitimidade da Defensoria para instauração do IRDR não concorre ou diminui sua legitimidade para a propositura de ações coletivas, pois os institutos têm espaços de atuação diferentes, bastando lembrar que o IRDR pode ser instaurado para a solução de questões meramente processuais que venham encontrando decisões divergentes no âmbito do mesmo tribunal (como aquelas envolvendo competência, legitimidade das partes para determinadas demandas e possibilidade de uso de mecanismos coercitivos contra os estes estatais, apenas para citar alguns exemplos de IRDR que já foram suscitados no Estado do Rio de Janeiro). Além disso, questões previdenciárias e tributárias que não podem ser demandadas por meio de ações coletivas, por força do disposto no art. 1º da Lei nº 7.347/85, podem ser submetidas ao Judiciário, com força vinculante, por meio do IRDR.

Note-se, contudo, que qualquer tese definida por meio do julgamento de um IRDR irá afetar uma quantidade grande de pessoas (pois a existência de uma “efetiva repetição de processos” é um dos seus pressupostos de admissibilidade – art. 976, I, do CPC), sendo certo que é justamente a potencialidade de intervenção de uma enorme massa de pessoas o que, na prática, inviabiliza a efetiva participação de todas essas pessoas de forma individualizada. Ademais, ao menos dois outros pontos dificultam a participação: o primeiro decorre da norma do art. 983 do CPC, que determina que a manifestação dos interessados deve se dar no prazo comum de 15 dias depois da decisão de admissibilidade do IRDR, quando é certo que os litigantes individuais não serão intimados dessa decisão, provavelmente só passando a dela ter conhecimento após a suspensão de seus processos, quando já se terá encerrado o prazo para manifestação.⁴ O segundo decorre da norma do art. 984, II, que estabelece o prazo de “30 minutos, dividido entre todos” para a sustentação oral de todos os (muitos) interessados, o que claramente inviabiliza o direito de as pessoas, individualmente consideradas, exporem seus argumentos perante o tribunal no dia do julgamento.⁵

Não se desconhece a previsão contida no art. 983 de participação obrigatória do órgão do Ministério Público no julgamento do IRDR, assim como de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, mas nenhum destes se destina à representação dos terceiros atingidos pela decisão. A participação do *Parquet* se dá a título de fiscal da ordem jurídica,⁶ ou seja, como uma presença imparcial, cuja função constitucional não é defender nenhum dos interesses em jogo, mas velar pela pluralidade do debate em razão da relevância social da questão e de sua repercussão sobre os demais processos individuais. Quanto às demais pessoas mencionadas no art. 983, assim como aqueles que

⁴ Nota-se aqui mais uma dificuldade dos litigantes individuais, especialmente os hipossuficientes, em comparação aos litigantes habituais e aos não hipossuficientes, e que precisa ser equacionada pela Defensoria Pública enquanto instituição permanente e organizada voltada à defesa dessas pessoas. Enquanto os litigantes habituais e os grandes escritórios tendem a ter conhecimento da instauração do incidente imediatamente, e até mesmo antes do seu juízo de admissibilidade (por serem parte única do(s) processo(s) que foi(foram) selecionados(s) como representantes da controvérsia, ou por manterem estrutura permanente de captura de informações sobre estas causas (vez que o art. 979 do CPC determina que a elas se deve dar publicidade, especialmente pelo sítio eletrônico do CNJ), o litigante individual não tem estrutura jurídica permanentemente preparada para acompanhar esse tipo de informação e, por isso, raramente terá conhecimento da instauração do IRDR e do conteúdo das teses e argumentos em jogo (favoráveis e contrários aos seus), diminuindo muito sua possibilidade de participação.

⁵ A violação do contraditório não passou despercebida à doutrina, sendo certo que Luiz Guilherme Marinoni, em leitura crítica do incidente de resolução de demandas repetitivas, conclui que a única forma de salvar institutos como o IRDR da inconstitucionalidade por violação ao contraditório e ao direito de ação é garantir a representação das pessoas que serão atingidas por uma decisão no julgamento do IRDR, por ele chamadas de sujeitos processuais “sem rosto e sem voz”. Mais do que a mera “participação democrática”, elas precisam ver seus interesses tutelados no julgamento que fixa a tese jurídica. Em suas palavras: “uma técnica de resolução de casos múltiplos não pode considerar situações jurídicas de massa para privilegiar o encontro de uma decisão sem a participação dos membros do grupo afetado. Isso constituiria uma ilegítima priorização da otimização da prestação jurisdicional sobre o direito fundamental de participar do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 32).

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 611.

podem participar das audiências públicas em razão de seu conhecimento especializado no tema (art. 983, § 1º, do CPC), a doutrina considera que sua participação deve ocorrer com o escopo isento de fornecer informações, dados e argumentos que auxiliem o tribunal na tomada de decisão, buscando pluralizar o debate com a apresentação de visões técnicas e/ou especializadas acerca do tema a ser decidido. Costuma-se exemplificar com a participação das autarquias fiscalizadoras, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), as entidades científicas, os conselhos profissionais etc.

Nenhuma dessas participações tem por finalidade, efetivamente, apresentar os argumentos em defesa das pessoas que serão afetadas pela decisão, representando seus interesses em juízo, e permitindo que elas possam, realmente, influenciar a decisão e a fixação da tese jurídica. Em outras palavras, o direito ao contraditório, tão caro aos processualistas e ao próprio Estado democrático de direito,⁷ resta claramente diminuído (e por vezes quicá suprimido) no julgamento do IRDR, pois justamente os destinatários da decisão e da tese jurídica definida não têm oportunidade real de exercer influência sobre a convicção dos julgadores, sendo, na realidade, excluídos do processo de tomada de decisão.⁸

Deve ser destacado, ainda, que aqueles que são partes em processos em que se discute a mesma questão submetida a julgamento em um IRDR não têm sequer a possibilidade de requerer a exclusão de seu processo da suspensão processual (e, conseqüentemente, da vinculação à tese), como ocorre

⁷ No atual estágio evolutivo do processo civil e das garantias constitucionais, o contraditório não pode mais ser visto como uma garantia estática ou formal, a ser oportunizado apenas no momento inicial do processo, com a chamada do réu para se defender. Hoje, o conteúdo do contraditório participativo implica exigência de se garantir às partes meios adequados de participação e de colaboração no curso de todo o processo, assim como “a possibilidade de influir, com a sua atividade defensiva, na formação do convencimento do juiz (e, até mesmo, sobre o iter formativo) na decisão jurisdicional” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. 5. ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2011. p. 75). Tradução livre. Trata-se de encarar o processo como instrumento de concretização das garantias constitucionais, o que somente pode se efetivar se a solução da causa passar a ser efetivamente discutida e construída, através de um diálogo humano, entre as partes e o órgão judicial. Como afirma Leonardo Greco em relação ao contraditório: “Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecutoratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. Ora, de nenhuma valia para a concretização desse objetivo terá toda a atividade dialética das partes se o juiz não revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas pelos litigantes estão sendo avaliadas pelo seu entendimento” (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In _____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556).

⁸ Essa ausência de participação dos afetados pela decisão no julgamento do IRDR constitui clara contradição com o próprio arcabouço principiológico do novo CPC, pois o código tem grande preocupação com a efetividade do contraditório, adotando claramente um modelo de processo colaborativo, em que, em vários dispositivos, se assegura o direito das partes de influenciarem a decisão judicial. Apenas a título de exemplo, se pode destacar as normas constantes dos arts. 9º e 10 do CPC, que impõem a intimação das partes para se manifestar antes de qualquer decisão judicial, ainda que se trata de matéria puramente de direito, e de matéria que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, proibindo expressamente as chamadas decisões de terceira via.

com as ações coletivas,⁹ sendo-lhes imposta pela lei a suspensão processual e a posterior submissão à tese vinculante, o que aumenta a necessidade de ser viabilizada a sua participação na discussão da questão.

O presente estudo busca, portanto, propor uma nova leitura de alguns institutos já existentes no novo CPC, em especial o IRDR e a figura do *amicus curiae*, tendo por escopo conciliar a celeridade e a concentração decisória do IRDR com a garantia do contraditório, criando condições de assegurar a toda uma massa de jurisdicionados “sem voz” o direito a levar seus argumentos e seus pontos de vista ao órgão judicial competente para o julgamento do IRDR e de instaurar nesse julgamento um diálogo verdadeiro que permita que a construção da tese jurídica leve em consideração a visão dos vulneráveis a serem por ela atingidos.

2. A NECESSIDADE E A ESSENCIALIDADE DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO REPRESENTANTE DOS LITIGANTES INDIVIDUAIS NO IRDR

Hoje já se encontra assentado no pensamento institucional e na regulamentação normativa da atuação da Defensoria Pública que esta deve se dar tanto em prol dos vulneráveis econômicos (comumente denominados “hiposuficientes financeiros”) quanto em prol daqueles grupos de pessoas a quem a Constituição Federal (CF/88) e a legislação ordinária determinam que seja dada especial proteção, em razão do reconhecimento de sua situação pessoal de vulnerabilidade, como as crianças e adolescentes (art. 227 da CF/88 e Lei nº 8.069/90), as pessoas portadoras de necessidades especiais (arts. 23, II, e 37, VIII, da CF/88 e Lei nº 13.146/2015), o consumidor (art. 170, V, da CF/88 e Lei nº 8.079/90), o idoso (art. 230 da CF e Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003) e a mulher vítima de violência (Lei nº 11.340/2006), haja vista o disposto no art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela LC nº 132/2009, além de outros grupos sociais vulneráveis, entre os quais podem ser incluídos os indígenas, os quilombolas, as vítimas de preconceito de raça ou orientação sexual e, de modo geral, todas as vítimas de grave violação de direitos humanos.¹⁰

Ademais, também constitui função da Defensoria Pública o exercício da defesa processual daqueles considerados organizacionalmente vulneráveis, função já reconhecida pela Lei nº 11.448/2007 (ao conferir à instituição legitimidade para a propositura da ação civil pública) e que vem reforçada no novo CPC, especialmente com a norma do art. 139, X, e a já mencionada legitimidade para a propositura do IRDR e para a formulação do pedido de superação da tese (arts. 977, III, e 986 do CPC).

⁹ Nas ações coletivas, é assegurado pelo art. 104 da Lei 8.078/90 ao litigante individual a possibilidade de exclusão da sua demanda do resultado final da ação coletiva, podendo este requerer o prosseguimento da sua ação, exercendo, assim, seu direito de autoexclusão (*opt out*), o que o coloca, à luz da garantia do contraditório e do acesso à justiça, em situação processual melhor que a dos litigantes que serão atingidos pela decisão proferida no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁰ Para um melhor exame do tema, que não cabe neste trabalho: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 426 e seguintes.

Desde a conhecida obra de Mauro Cappelletti,¹¹ resultante do Projeto de Florença, a Defensoria Pública é a única instituição responsável por viabilizar, para a maior parte da população brasileira, a promessa constitucional de acesso à justiça. Contudo, no atual Estado democrático de direito, com o avançado nível de desenvolvimento das garantias fundamentais e as exigências de participação da população nas decisões fundamentais da sociedade, o acesso à justiça não pode mais ser compreendido apenas como o direito de propor uma demanda em juízo, mas sim como o direito de obter do Poder Judiciário uma decisão justa, resultado de um processo que tenha respeitado todas as garantias constitucionais e processuais, em especial o contraditório, entendido como o direito de influenciar de modo eficaz todas as decisões que possam afetar o direito do jurisdicionado.¹²

Ademais, a própria LC nº 80/94 estabelece, no inciso IV do art. 3º-A, como um dos objetivos fundamentais da instituição, a “garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”.

Portanto, sendo a Defensoria Pública a instituição voltada a garantir aos vulneráveis o direito de acesso à justiça, incumbe-lhe assegurar que esse direito não se resume ao ingresso em juízo, sendo papel essencial da instituição efetivamente garantir a todos os vulneráveis o direito ao contraditório e à participação processual, entendidos como o direito de ter seus argumentos expostos e considerados pelas Cortes no processo de formação das teses jurídicas repetitivas que serão posteriormente aplicadas aos seus processos individuais.

Dessa forma, não sendo possível que todos os litigantes vulneráveis possam estar presentes, individualmente, no julgamento de um IRDR, incumbe à Defensoria Pública enquanto instituição, viabilizar a sua participação e a representação coletiva de seus interesses no incidente, fornecendo ao tribunal a visão da questão jurídica sob a ótica dos direitos dos mais vulneráveis, ou seja, levando os argumentos favoráveis à tese que beneficia os vulneráveis, mostrando ao tribunal, ainda, as repercussões e consequências que a sua decisão terá na vida dessas pessoas. Em resumo, incumbe ao defensor público ser o porta-voz daqueles que não têm voz nos julgamentos coletivizados, atuando também para compensar o déficit de isonomia existente entre o litigante habitual e os litigantes eventuais (desorganizados), diminuindo a “assimetria estrutural favorável ao litigante habitual”.¹³

3. O INSTRUMENTO ADEQUADO PARA GARANTIR ESSA REPRESENTAÇÃO

Nos primeiros tópicos deste trabalho, foram estabelecidas como premissas a necessidade de que os titulares de direitos individuais que serão afe-

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹² Para aprofundamento do tema, pode-se consultar: COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*. Lima: Raguel, 2016. p. 151/223; do mesmo autor: *Garanzie minime del giusto processo civile negli ordinamento ispano-latino americani*. In *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Ed. G. Giappichelli, 2004, p. 389-421.

¹³ A expressão é de Edilson Vitorelli (*O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016. p. 448), citada também por Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 42).

tados pela tese jurídica definida no IRDR precisam ter resguardado seu direito ao contraditório, bem como a possibilidade de que essas pessoas, quando integrantes de um grupo vulnerável, venham a ser representadas pela Defensoria Pública. Resta-nos examinar, por fim, qual seria o instrumento processual adequado, dentro da regulamentação legal, para viabilizar a presença da Defensoria Pública nos julgamentos do IRDR.

Como já mencionado, no item que trata do julgamento do IRDR, não há previsão legal de qualquer instrumento para o exercício do contraditório por parte dos titulares de direitos que serão atingidos pela decisão, sendo necessário um exame sistemático da legislação para se buscar o melhor instrumento para tanto, seja pelo enquadramento em um dos mecanismos de intervenção de terceiros já previstos na legislação processual, seja pela construção de mecanismo novo.

Aluísio Mendes e Sofia Temer,¹⁴ em artigo sobre o tema, defenderam entendimento de que, em razão do contraditório, as partes nos processos que serão afetados pela definição da tese precisam ter resguardado seu direito de intervir no julgamento do incidente, como *intervenientes*, ainda que não se enquadrem em nenhuma das figuras de intervenção conhecidas. Esta última, em seu livro, afirma que todos os sujeitos que serão afetados pela tese vinculativa são potencialmente intervenientes, sendo esta intervenção delimitada, contudo, pela possibilidade de apresentação de novos argumentos que possam contribuir para a ampliação do debate, o que traduziria a utilidade da intervenção. Não especifica, todavia, de que tipo de intervenção se trata ou que posição esses terceiros passariam a ter no julgamento do IRDR, afirmando, porém, que não poderiam ser considerados *amici curiae* em razão de apresentarem interesse jurídico no resultado do julgamento, o que não ocorreria com os *amici*, que teriam interesse apenas institucional.¹⁵

Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶ sustentam que as partes dos processos suspensos teriam interesse jurídico no julgamento do incidente, razão pela qual poderiam intervir no julgamento da tese jurídica e atuar como *assistentes* de uma das partes no julgamento do caso concreto (causa-piloto), afirmando, contudo, que tal intervenção somente seria admitida se o interessado possuir argumentos novos para ajudar no debate da questão jurídica.

Ticiano Alves e Silva,¹⁷ tratando de tema bastante semelhante ao abordado no presente estudo (a intervenção daqueles que são partes em processos sobrestados em razão da afetação de um recurso especial repetitivo ou de um recurso extraordinário em que será analisada a repercussão geral), conclui que nenhum dos institutos de intervenção de terceiros é adequado para viabilizar essa manifestação e defende que ela se dê através de uma “intervenção do sobrestado”, que constituiria “modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros”.

¹⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243/2015, p. 282-331.

¹⁵ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 184-186.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 607-608.

¹⁷ SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182/2010, p. 234-257.

Embora os terceiros cujos processos foram sobrestados tenham efetivamente direito a influenciar a decisão a ser tomada no julgamento do incidente, não se olvida que não se faz possível a participação ampla e individualizada de todos estes sujeitos processuais, pois, diante da quantidade de pessoas, tal participação inviabilizaria o próprio procedimento de julgamento do incidente. Ademais, sendo o IRDR uma técnica de formação concentrada de precedentes¹⁸ que tem por objetivo racionalizar a prestação jurisdicional, forte nos princípios da celeridade e da economia processual, a permissão de que todas as pessoas interessadas possam intervir, uma a uma, no seu procedimento, faz cair por terra qualquer possibilidade de atingir seus escopos. Necessário buscar, portanto, um mecanismo de representação de toda essa massa de sujeitos processuais que possa viabilizar sua participação, materializando seu interesse na construção da tese.

Tratando das ações coletivas, a doutrina já assentou o entendimento de que o direito ao exercício do contraditório (entendido como a efetiva possibilidade de influenciar a decisão a ser tomada) por parte daqueles que serão afetados por uma decisão não pressupõe apenas a participação direta no processo, mas pode se dar pela representação adequada, por aquele escolhido como o porta-voz dos interesses do grupo ou classe que será afetado. O mesmo entendimento pode ser aplicado aos julgamentos concentrados, como ocorre com o IRDR. Faz-se necessário, portanto, identificar o representante realmente adequado e o instrumento que viabilize esta representação.

À falta de previsão específica e diante da dificuldade de enquadramento dessa nova forma de atuação nos tradicionais e rígidos institutos legais de intervenção de terceiros, parece-nos que a figura processual que mais se adéqua à hipótese é a do *amicus curiae*, não considerado em sua concepção clássica, de sujeito imparcial e auxiliar do juízo, mas, tal como vem sendo admitido hoje no direito norte-americano, como um *litigant amici*.¹⁹

Segundo aponta a doutrina, o *amicus curiae*, em sua origem, foi concebido no direito inglês como figura processual que, não sendo parte em um processo, nele intervinha apenas para prestar informações à Corte em assuntos que não fossem de domínio dos julgadores, mas sempre como um *disinterested bystander*, ou seja, um terceiro sem interesse nenhum na solução da controvérsia. Posteriormente, o *amicus curiae* desenvolveu-se sobremaneira no direito norte-americano, especialmente durante o último século, evoluindo principalmente no caminho do progressivo abandono da sua neutralidade para assumir (ainda que inicialmente por iniciativa dos próprios tribunais norte-americanos), um papel diverso, de garantia de participação de pessoas, instituições ou órgãos públicos que seriam, ainda que indiretamente, afetados pela decisão, *sempre que a falta de sua participação no processo pudesse causar grave injustiça*.²⁰

¹⁸ A expressão é utilizada por Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 03. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

¹⁹ Destaca-se que o CPC reforça a posição do *amicus curiae* como sujeito parcial do processo, ao regulamentar sua atuação como uma forma de intervenção de terceiros, e não entre os auxiliares do juízo.

²⁰ LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41: 1243. p. 1290 e seguintes.

Então, a partir de uma instituição “neutra”, desenvolveu-se a figura dos *litigant amici*, tanto públicos quanto privados, representados por aqueles que, embora não tendo interesse jurídico próprio (como teria um “assistente processual” no direito brasileiro), intervêm no processo em curso tanto para fornecer informações à corte quanto para defender algum interesse institucional de um grupo de pessoas, organizadas ou não (interesse não pessoal), afetado pela demanda.²¹ Seus poderes processuais passaram a ser estabelecidos, caso a caso, pelos tribunais, principalmente em razão da natureza pública ou privada dos interesses defendidos, não havendo uniformidade quanto ao tema na jurisprudência americana.²²

O que se percebe pelo estudo do tema no direito norte-americano é que, na falta de um instrumento processual ou de uma regulamentação para que se pudesse admitir a participação dos terceiros não representados nos processos de maior repercussão social, a jurisprudência das cortes federais foi desenvolvendo informalmente a figura do *amicus curiae* também com essa função, sendo certo que a ausência de definição prévia de limites rígidos para sua atuação, impostos por lei ou pelos tribunais, certamente contribuiu muito para tanto.²³

Dessa forma, embora o *amicus curiae* tenha surgido como figura imparcial (“amigo da corte”), atingiu grande desenvolvimento prático nos sistemas que adotam o modelo de *stare decisis* típico dos países de *common law*, pois,

²¹ São considerados “[...] the litigating amicus, an entity that lies somewhere between a real party in interest and the conventional *amicus curiae*.” LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41: 1243, p. 1290.

²² Hoje, no direito norte-americano, há dois regimes diferentes para os *amici* governamentais e para os *amici* privados, pois como os primeiros defendem interesses estatais (que são, em tese, de toda a coletividade), têm maior poder de atuar em juízo, praticamente com os mesmos poderes das partes (podem executar as decisões, arrolar e inquirir as testemunhas, trazer provas, etc.), pois os tribunais reconhecem a necessidade e os benefícios da participação dos órgãos estatais (locais ou federais) nos julgamentos, principalmente em casos de políticas públicas. Já os *litigant amici* de natureza privada têm atuação em juízo mais limitada. Eles podem levar informação à Corte, destacar questões que tenham sido negligenciadas pelas partes, complementar o cenário factual, e apontar eventuais consequências e implicações das decisões a serem tomadas. Mas comumente não podem fazer pedidos, executar acordos ou sentenças. A admissão de *amicus*, embora tenha alguma regulamentação legal, segue muito mais critérios pragmáticos, sendo analisada a utilidade de sua intervenção quanto às informações que possa prestar. Desde 1938 há previsão legal nas *Federal Rules*, exigindo que ele traga novas informações ou novas questões ainda não suficientemente esclarecidas, como condição para ser admitido. Há, ainda, exigência de que o *amicus* informe expressamente, em nome da transparência, quais os interessados que o apoiam, ainda que economicamente. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

²³ Elisabeta Silvestri afirma que a sobrevivência e a ampla admissibilidade da figura do *amicus curiae* nos EUA, apesar da existência de instrumentos específicos para a intervenção de terceiros em causas pendentes se deve principalmente à impossibilidade de se prever todas as hipóteses em que há interesse de um terceiro de participar de um processo, assim como à impossibilidade de se incluir nos requisitos preestabelecidos pelas figuras de intervenção todas as situações em que um terceiro tenha interesse autônomo e distinto daquele das partes. Dessa forma, a grande flexibilidade própria da construção norte-americana, permitindo a adaptação da atuação do *amicus* a cada caso concreto, é que explicaria seu sucesso. SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017.

em razão da vinculação dos juízes aos precedentes, a decisão tomada em um processo judicial pode afetar a vida de dezenas e até de milhares de pessoas.²⁴

Tal situação também tende a ocorrer no direito brasileiro, pois nosso sistema processual vem se inspirando cada vez mais no sistema dos países do *common law*, já adotando claramente instrumentos como o *overruling* (superação) e o *distinguishing* (distinção), em razão da força vinculante de algumas decisões judiciais. Ademais, desde o advento do novo CPC, a figura do *amicus curiae* não somente passa a ter previsão legal expressa, como passa a ser possível sua atuação em qualquer tipo de demanda (desde que presente a “relevância da matéria” ou a “repercussão social da controvérsia”), havendo previsão, no art. 138, de uma verdadeira cláusula geral de atuação do *amicus curiae*.

No que pertine à sua atuação no processo de instrução e julgamento do IRDR, o art. 983 do CPC constitui cláusula aberta que permite a participação tanto dos que pretendam apenas contribuir com o juízo (denominadas pelo § 1º “pessoas com experiência e conhecimento da matéria” e que se enquadram no tradicional conceito de *amicus curiae* imparcial), como de “pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, como consta do *caput*. Esta última previsão traz para o julgamento do IRDR a figura conhecida no direito norte-americano como *litigant amicus curiae*, cuja atuação visa exatamente assegurar a possibilidade de participação, ainda que por meio da sua representação por um órgão ou entidade, daqueles que têm *interesse* em influenciar a decisão a favor de uma tese jurídica que repercutirá sobre os seus processos individuais.

Embora a qualificação do tipo de “interesse” que justifica a intervenção desse terceiro em um processo constitua matéria bastante controvertida,²⁵ dúvidas não há de que o velho conceito de interesse jurídico, tal como construído para justificar a intervenção do assistente em processos individuais, não se adéqua às atuais necessidades do processo, em especial à necessidade de justificar a intervenção dos interessados nos mecanismos de construção de de-

²⁴ “De fato, o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam”. (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter des öffentlichen interessen*. *Revista de Processo*, v. 117/2004, p. 9-41, set-out 2004.)

²⁵ A doutrina costuma utilizar a terminologia “institucional” para definir o interesse que motiva a intervenção do *amicus curiae*, como o faz BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459/467). Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno, ressaltando estes últimos seu caráter de independência em relação ao interesse das partes no processo (CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*. Edição eletrônica. v. 192, fev. 2011). Há, contudo, quem defina esse interesse como interesse público, como o fez Carlos Gustavo Del Prá em um dos seus textos sobre o assunto, o qual, seguindo orientação de Gilmar Mendes, sustentou que o interesse que justifica a atuação do *amicus curiae* nos processos objetivos é o “interesse público de controle”, sendo esse interesse que diferencia a atuação do *amicus* da atuação do assistente, que deve ter sempre um “interesse jurídico subjetivo”. (Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Assuntos atuais e polêmicos sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.)

cisões vinculantes. Como afirma Cassio Scarpinella,²⁶ o conceito de interesse jurídico precisa ser reconstruído a fim de que possa se adaptar às novas formas de intervenção de terceiros exigidas pelo contraditório, em especial ao direito de manifestação dos litigantes nos mecanismos de julgamento concentrados de litígios.

Destarte, tal como ocorreu no direito norte-americano, cabe à doutrina e à jurisprudência brasileiras a construção do perfil do *amicus curiae*, definindo, principalmente, os interesses que justificam sua atuação, assim como os poderes processuais que ele pode exercer em cada caso, de molde a adequar o instituto, recém-positivado na legislação processual, às situações em que se apresente necessária a intervenção de terceiros em um processo sem que haja previsão de mecanismo específico para tanto.²⁷

CONCLUSÃO

Em que pese sermos um país cujo sistema jurídico sempre foi considerado pertencente ao modelo de *civil law*, a nova legislação processual nos aproxima cada vez mais de um modelo de *comon law*, especialmente em razão da criação e do fortalecimento de instrumentos e mecanismos de julgamentos destinados à produção centralizada de decisões judiciais vinculantes por parte dos tribunais, cuja observância irrestrita é claramente imposta aos juízes e jurisdicionados. Diante desse panorama, cabe à Defensoria Pública buscar mecanismos que possibilitem sua atuação efetiva nesses julgamentos com vistas a resguardar os direitos das camadas mais vulneráveis da população.

Por ser uma instituição com capilaridade, que atua tanto nas demandas individuais quanto nas coletivas, a Defensoria tem condições de litigar de forma estratégica, seja selecionando os melhores casos para serem levados aos tribunais (quando atua deflagrando o incidente ou colaborando na escolha do recurso paradigma a ser julgado pelos tribunais superiores), seja colhendo as informações e selecionando os melhores argumentos para a preparação do *brief* a ser apresentado na defesa dos vulneráveis que serão atingidos pela repercussão do julgamento, quando não deflagrado por ela.²⁸ Incumbe à instituição,

²⁶ "Transforma-se, assim, o conceito de interesse jurídico para melhor atender e tutelar outras situações jurídicas, não cobertas por outras figuras conhecidas pelo nosso direito processual civil". BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 463.

²⁷ "Aspetto, va rilevato che ammettere la partecipazione al processo di amici curiae potrebbe costituire un valido método per dare voce a quegli interessi superindividuali che nel nostro ordinamento restano esclusi". SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017. Em tradução livre: "[...] admitir a participação no processo de *amici curiae* poderia constituir um método válido de dar voz a aqueles interesses supraindividuais que no nosso ordenamento são excluídos (salvo raras exceções) de qualquer forma de tutela jurisdicional".

²⁸ "Destaque-se que, não obstante a existência de outras instituições com atribuição para representar e defender os direitos do cidadão, a Defensoria encontra-se em um local privilegiado no sistema de Justiça, pois possui contato direto com a população, especialmente em decorrência da representação dos direitos individuais em sentido amplo, o que permite com maior facilidade a identificação dos problemas jurídicos que assolam a população, antes que eles se tornem litígios de massa, e comprometam a prestação jurisdicional." (CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Observações sobre a legitimidade da Defensoria Pública no incidente de resolução de demandas repetitivas*. Coleção Repercussão do novo CPC: Defensoria Pública. Coordenador José Augusto Garcia de Sousa. Salvador: Juspodivim, 2015, p. 115).

portanto, usar a experiência acumulada com a análise dos casos individuais, em sua múltipla complexidade fática, e o conhecimento das consequências das decisões sobre a vida cotidiana da população, para que essa participação se dê da forma mais ampla e democrática possível, trazendo todos os argumentos possíveis em prol da tese que se quer que seja acolhida.

Para tanto, é essencial que as Defensorias Públicas percebam a necessidade de participar da instrução e dos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, neles atuando como porta-voz dos direitos das pessoas que integram as classes mais vulneráveis em razão do ponto de vista econômico ou de alguma característica que torne necessária uma especial proteção. Tal participação é tão importante quanto a atuação nas demandas individuais, pois, a partir da entrada em vigor do novo CPC, há grande tendência de que todas as questões repetitivas passem a ser decididas por meio do julgamento de IRDR, sendo, então, proferidas decisões e escolhidas as teses jurídicas que vincularão todos os juízes subordinados hierarquicamente ao tribunal. Destarte, sendo a Defensoria a responsável pelo patrocínio de boa parte das demandas em curso no Judiciário brasileiro (situação que tende a se agravar em razão da crise econômica que a cada dia empobrece ainda mais a população), ela precisa influenciar o julgamento dessas questões, sob pena de, se omitindo, permitir que as questões que atingem, em grande escala, o público potencial da instituição sejam decididas de forma autoritária, com uma visão estreita do tema, sem que esse público tenha sequer a possibilidade de apresentar seu ponto de vista e ser representado no processo decisório das questões que irão atingir diretamente sua situação jurídica.

Essa nova forma de atuação passa pela definição de órgãos dentro da estrutura organizacional de cada Defensoria que possam centralizar a litigância estratégica da instituição, tanto recebendo afluxo de informações de todos os defensores quanto identificando, sob a ótica das funções institucionais, as teses jurídicas e os grupos de pessoas que devem receber atenção especial. Essa atuação deve ser sempre proativa, assim como fazem os grandes litigantes (litigantes habituais), identificando as questões relevantes para os interesses dos vulneráveis logo que submetidas a um julgamento por meio de IRDR. Ademais, é necessária também a conscientização de todos os defensores, em cada demanda individual, da importância do papel da Defensoria e das questões que mereçam ser defendidas pela instituição por meio de instrumentos de resolução concentrada de conflitos.

REFERÊNCIAS

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

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses. *Revista de Processo*, v. 117, p. 9-41, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. 5. ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*. Lima: Raguel, 2016.

_____. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Ed. G. Giappichelli, 2004.

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

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GOLDMAN, Brian P. Should the Supreme Court inviting amici curiae to defend abandoned lower court decisions? *Stanford Law Review*, v. 63, issue 4, 2011.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In _____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

KOCHEVAR, Steven. Amici curiae in civil law jurisdiction. *The Yale Law Journal*, 122:1653, 2013.

LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *The American University Law Review*, v. 41: 1243.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Decisão de questão idêntica X precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 282-331, 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. (Org.). *CPC/2015*. Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182, p. 234-257, 2010.

SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017.

SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.