

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Gabriela Oliveira Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-559-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

Apresentação

O XI Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado nos dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022, na cidade de Santiago no Chile, com a temática “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”. Após 2 anos de realização dos eventos em ambientes virtuais, finalmente, foi possível retomar à realização deste evento em formato presencial, fato que registramos com grande felicidade, não só por marcar o encerramento de um triste momento histórico, mas também pela grandiosidade dos debates realizados diante da interação pessoal entre Acadêmicos, Mestres e Doutores.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” proporcionaram valiosos debates e contribuições teóricas para a pesquisa do Direito Processual, ilustrando o estado da arte do pensamento jurídico-processual atual. A construção do Estado Democrático de Direito e as modificações sociais e tecnológicas da sociedade contemporânea exigem a revisitação de institutos processuais. E, por isso, a partir dos artigos apresentados, verifica-se a grande relevância do estudo da tecnologia alinhada ao Direito Processual, de modo a buscar, na atual sociedade da informação, uma evolução da atividade jurisdicional, em equilíbrio com o acesso à jurisdição e com o devido processo legal. Assim, foram abordadas temáticas como inteligência artificial, virtualização da jurisdição, políticas de informatização, *amicus curiae*, justiça restaurativa, teorias da decidibilidade, dentre outros.

Mesmo após decorridos 6 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, vê-se que algumas alterações nele trazidas são continuamente objeto de debate, com destaque para a questão dos precedentes e a atuação dos Tribunais Superiores, dentre outros. Nesse passo, foi objeto de destaque deste GT a preocupação dos processualistas com as novidades que emergem no cenário jurídico, seja por construções jurisprudenciais e doutrinárias, como é o caso do processo estrutural, seja por deliberações legislativas, como é o exemplo da desjudicialização da execução civil.

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” do XI Encontro Internacional do CONPEDI, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica.

Prof.^a Dr.^a Gabriela Oliveira Freitas

Universidade Fumec

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA ATUAÇÃO NO IRDR: ANÁLISE EMPÍRICA EM INCIDENTES VERSANDO SOBRE DIREITO DOS CONSUMIDORES.

PUBLIC MINISTRY AND ITS PERFORMANCE IN THE IRDR: EMPIRICAL ANALYSIS OF INCIDENTS DEALING WITH CONSUMER RIGHTS.

Victor Colucci Neto ¹

Maria Paula Costa Bertran Munoz ²

Resumo

Este artigo analisa a atuação do Ministério Público no IRDR, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Considerando a crítica doutrinária relacionada à possível inconstitucionalidade do incidente referente à falha na participação dos sujeitos ausentes que serão atingidos pela tese jurídica vinculante a ser formada, realizou-se pesquisa empírica consistente na análise de conteúdo de IRDR relacionados ao direito do consumidor. Foi considerado nesta análise o referencial teórico da tipologia das partes de Marc Galanter, segundo o qual os litigantes habituais têm maiores vantagens frente aos litigantes ocasionais, devido a sua organização, envolvimento em demandas similares e melhores aparatos jurídicos. Houve a constatação de tramitação e julgamento de processos com falhas no direito de participação de representantes dos interesses dos consumidores. A presença do Ministério Público não dispensa o debate plural a ser exercido por representantes dos diferentes interesses controvertidos sob julgamento. Verificou-se posturas diversas nos processos analisados quanto a defender ou não o interesse mais favorável aos consumidores. Em conclusão, ficou evidenciada a grande relevância do debate sobre a questão da participação e garantia do contraditório no IRDR, e a possibilidade de que as falhas observadas na tramitação de processos possam ser evitadas com a atuação do Ministério Público, que poderá denunciar desequilíbrios e requerer intimações de pessoas, partes e entidades para assegurar a tramitação com respeito à garantia constitucional do contraditório.

Palavras-chave: Irdr, Participação, Contraditório, Consumidor, Ministério público

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the performance of the Public Ministry in the IRDR, Incident of Resolution of Repetitive Demands. Considering the doctrinal criticism related to the possible unconstitutionality of the incident referring to the failure to participate of absent subjects who will be affected by the binding legal thesis to be formed, empirical research was carried out consistent in the analysis of IRDR content related to consumer law. In this analysis, the theoretical framework of Marc Galanter's typology of parties was considered, according to

¹ Mestre pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

² Professora Livre-Docente da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2018 Fulbright Chair in Democracy and Human Development, 2019-2020 Associate Visiting Professor na Stanford Law School;

which habitual litigants have greater advantages over occasional litigants, due to their organization, involvement in similar demands and better legal apparatus. There was a verification of the processing and judgment of cases with flaws in the right of participation of representatives of consumer interests. The presence of the Public Ministry does not exempt the plural debate to be exercised by representatives of the different disputed interests under trial. There were different postures in the analyzed processes as to whether or not to defend the most favorable interest to consumers. In conclusion, the great relevance of the debate on the issue of participation and guarantee of the adversary in the IRDR was evidenced, and the possibility that the failures observed in the processing of cases can be avoided with the action of the Public Ministry, which can denounce imbalances and request subpoenas of people, parties and entities to ensure the processing with respect to the constitutional guarantee of the adversary system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ird, Participation, Contradictory, Consumer, Public ministry

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe como uma inovação a figura do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o IRDR. Ao lado dos Recursos Especiais e Extraordinários, compõe o microssistema de julgamento de casos repetitivos¹, um verdadeiro sistema de criação de precedentes vinculantes no direito brasileiro².

Como se sabe o IRDR poderá ser instaurado na hipótese de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com a presença de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica³. Com o julgamento do incidente é criada uma tese jurídica que, conforme previsão expressa do Código de Processo Civil⁴, será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

A doutrina indica possíveis inconstitucionalidades no IRDR. Uma delas, de grande relevância se refere a um suposto vício no contraditório e participação dos sujeitos distantes da tramitação do incidente, que serão atingidos pela eficácia vinculante da tese jurídica formada no IRDR, seja essa tese favorável ou contrária aos interesses do sujeito atingido.

Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti, discorreram sobre possíveis inconstitucionalidades do IRDR. Ressalvaram considerar o incidente como um eficaz mecanismo processual para resolução de conflitos massificados, mas que não seria possível fechar os olhos para inconstitucionalidades (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015). Dentre as

¹ Essa interpretação decorre do Art. 928 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual

² Neste sentido, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.846.109 - Sp (2019/0216474-5) asseverou que “embora situados em espaços topologicamente distintos e de ter havido previsão específica do procedimento de distinção em IRDR no PLC 8.046/2010, posteriormente retirada no Senado Federal, os recursos especiais e extraordinários repetitivos e o IRDR compõem, na forma do art. 928, I e II, do novo CPC, um microssistema de julgamento de questões repetitivas, devendo o intérprete promover, sempre que possível, a integração entre os dois mecanismos que pertencem ao mesmo sistema de formação de precedentes vinculantes.”.

³ Essa definição está no Art. 976, I e II do Código de Processo Civil, que traz o regramento do IRDR nos artigos 976 ao 988.

⁴ Artigo 985, do Código de Processo Civil.

hipóteses, os autores discorrem sobre a violação à garantia do contraditório⁵. Esta suposta inconstitucionalidade é diretamente relacionada à presente pesquisa.

Afirmam os autores que o IRDR enseja uma aplicação obrigatória da tese jurídica, seja ela favorável ou desfavorável, mas, em contrapartida, seu regramento legal não regulamentou a forma de controle da representatividade dos grupos interessados que ficam ausentes da tramitação processual do incidente. Que as partes interessadas do processo paradigma, nem sempre terão condições de realizar uma participação representativa, bem como, não há qualquer controle sobre a representatividade do processo paradigma ou causa-piloto para debate da questão jurídica controvertida a ser julgada.

Nesta análise sobre possíveis inconstitucionalidades, Marinoni afirma ser ilegítima e inconstitucional a opção por quem viola direitos de massa. Diz que o IRDR privilegiaria estas violações ante a ausência de previsão na lei sobre a participação dos interessados e a eficácia vinculante, mesmo desfavorável, aos interessados (MARINONI, 2016, p. 43-45).

Estas ponderações doutrinárias motivaram o interesse de se realizar uma pesquisa empírica acerca da participação dos sujeitos nos incidentes julgados nos Tribunais de Justiça brasileiros, cujo recorte e metodologia adiante serão indicados.

Realizou-se uma pesquisa empírica mais ampla⁶, análise sobre a participação dos consumidores nos IRDRs. Neste artigo, todavia, se apresenta qual foi a postura do Ministério Público nos processos analisados, com vistas a apurar se estas atuações puderam, ou não, mitigar ou influenciar de alguma forma as eventuais situações de supostas inconstitucionalidades decorrentes de falhas na participação dos sujeitos ausentes de atuação direta no incidente. Tratou-se de análise preponderantemente quantitativa, em que pese uma verificação qualitativa tenha ocorrido, conforme será exposto no desenvolvimento do artigo.

A mencionada pesquisa empírica cujos dados são expostos neste artigo analisou a participação dos consumidores nos IRDRs admitidos no período entre 18/03/2016 até 01/12/2020. A opção de se limitar a análise aos incidentes que versavam sobre o direito do consumidor ocorreu por se tratar de um ramo do direito marcado por demandas de massa, e por

⁵ Essa alegação de inconstitucionalidade tem por fundamento o inc. LIV do art. 5.º da Constituição da República, que prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e o inc. LV do mesmo dispositivo, segundo o qual “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”.

⁶ COLUCCI NETO, Victor. **Participação dos consumidores nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**: uma análise empírica. 2021. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021. doi:10.11606/D.107.2021.tde-15082022-124130. Acesso em: 2022-09-03.

partes em posições de forças muitas vezes não equilibradas, os consumidores e os fornecedores, o que propiciaria uma análise sobre existir equilíbrio participativo no IRDR.

A pesquisa tomou por base o referencial de Marc Galanter e sua tipologia das partes, diferenciadas entre os “litigantes habituais”, os fornecedores, e os “litigantes ocasionais”, os consumidores (GALANTER, 1974).

Tratou-se de uma análise de conteúdo⁷ dos processos judiciais de IRDR, com análise quantitativa para compreender a realidade da participação dos consumidores. A seleção dos processos analisados teve início com uma pesquisa exploratória nos processos com tramitação judicial eletrônica nos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça brasileiros, valendo-se primordialmente do NUGEP e da base de dados do IRDR existente na página eletrônica de cada Tribunal⁸. Aplicados os filtros definidos para a pesquisa, detalhadamente expostos na dissertação mencionada, foi apurado que no lapso temporal considerado, dentre os 27 Tribunais de Justiça brasileiros em 15 (quinze)⁹ deles existiam IRDRs sobre o direito do consumidor admitidos ou julgados, com um total inicial de 42¹⁰ processos selecionados, número que foi reduzido para 34 (trinta e quatro) processos ao final para fins de análise de conteúdo.

O levantamento de dados em autos de processos judiciais é uma vertente da técnica “pesquisa documental”, utilizada e desenvolvida principalmente em pesquisas das áreas de história e ciências sociais. Ela reproduz o potencial e as limitações inerentes a essa técnica, com as peculiaridades típicas da área do direito e da produção de conhecimento jurídico. Por um lado, a fonte é abundante e relativamente acessível; por outro, a forma pela qual os dados se apresentam e sua função na pesquisa exigem conhecimento e técnicas especiais para coleta e análise das informações. O pesquisador segue um caminho refletido e técnico para fins de buscar o achado da pesquisa, o dado revelado a partir do dado registrado no processo judicial (SILVA, 2017, p. 277 e p. 307).

Na análise realizada na pesquisa foi verificado se a participação das partes era viabilizada mediante a ciência dos atos processuais, a concessão de oportunidade de manifestações e a existência e autoria das manifestações existentes ao longo da tramitação processual. Tratou-se de uma análise sobre a existência da participação formal, sem conferência

⁷ Essa análise de conteúdo dos 34 (trinta e quatro) processos judiciais que observou sobre equilíbrio de participação nos IRDRs, tomou por base a regulamentação constitucional e legal do contraditório, Constituição Federal, art. 5º, LV e Código de Processo Civil, Art. 9º e 10.

⁸ Como justificado no Capítulo 3 da dissertação mencionada, além do site dos Tribunais, também foram pesquisadas as bases do CNJ e a base do Observatório Brasileiro de IRDR da FDRP/USP.

⁹ Amapá, Amazonas, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

¹⁰ Esta quantidade de processos consiste no primeiro resultado da pesquisa exploratória, antes de serem excluídos os processos com tramitação no formato físico.

do teor e da qualidade técnica das peças e sem pretender medir eventual grau de influência no resultado do julgamento.

Os resultados e achados obtidos com a análise empírica foram detalhadamente expostos na dissertação do mestrado, em quatro agrupamentos de processos: no primeiro grupo se apresentou os 09 (nove) processos com evidências de desrespeito ao direito de participação dos consumidores; no segundo grupo os 04 (quatro) processos nos quais não existiu participação do consumidor, mas o resultado foi favorável ao direito do consumidor; no terceiro grupo os 09 (nove) processos nos quais houve equilíbrio entre manifestações dos consumidores e dos fornecedores; no quarto grupo os 12 (doze) processos nos quais ainda não havia julgamento de mérito até a data da análise.

Não foi preciso chegar ao aprofundamento de se realizar análise qualitativa de eventuais manifestações e peças existentes nos autos, para se concluir pela relevância de se observar o equilíbrio na manifestação das partes. Como pode ser observado, em muitos processos de IRDR existiu a fixação da tese jurídica sem que tivesse sido oportunizado a ambos os polos com interesses na questão o exercício da garantia ao contraditório. Inexistiu uma participação equilibrada na formação da tese jurídica resultante do julgamento do IRDR.

O respeito ao contraditório poderia estar minimamente atendido com uma equilibrada concessão de oportunidade para a formal participação processual. Mas, o que se viu foi que certos processos não contaram com intimações nos termos do art. 983 do CPC, ou em alguns, que as intimações específicas foram direcionadas apenas para representantes dos litigantes habituais.

Neste artigo será apresentado, de forma resumida, como se posicionou o Ministério Público nestes 34 processos, com vistas a uma conclusão sobre sua atuação referente a problemática da participação dos sujeitos ausentes. Pretende-se apresentar se houve defesa da tese favorável ao interesse do consumidor ou do fornecedor, ou parcial de cada interesse, se existiu julgamento sem observância da participação do Ministério Público, se houve posição processual contraditória, e eventual posição expressamente contrária à tese defendida pelo consumidor.

Ao final, pretende-se concluir se a previsão legal de atuação obrigatória do Ministério Público tem relevância para fins de superação das inconstitucionalidades indicadas pela doutrina brasileira, no que tange aos defeitos na participação dos sujeitos ausentes que são atingidos pela eficácia vinculante da tese jurídica firmada no incidente. Além disso, é intenção deste artigo estimular o debate e a reflexão sobre a importância da atuação do Ministério Público nesta questão da análise sobre o respeito à participação e às garantias constitucionais

decorrentes, tendo em vista suas atribuições de zelar pelo adequado respeito das leis e da Constituição Federal.

ACHADOS DA PESQUISA EMPÍRICA REFERENTES A FALHAS NA PARTICIPAÇÃO

Como explicado na introdução, o presente artigo traz reflexões relacionadas à análise de conteúdo de 34 (trinta e quatro) processos de IRDR, com vistas a analisar sobre a participação das partes nos incidentes. Menciona-se que na dissertação já mencionada, houve a exposição detalhada da análise do conteúdo de todos estes processos com enfoque no detalhamento sobre a participação.

Neste artigo, todavia, entende-se não ser oportuno trazer todo detalhamento da análise dos 34 (trinta e quatro) processos. Mas é feita a referência ao trabalho anterior para fins de demonstrar a importância da reflexão sobre mecanismos que estimulem uma maior atenção para as garantias constitucionais na tramitação dos IRDRs.

Isso porque, a análise destes processos identificou situações nas quais sequer o *caput* do art. 983¹¹ do CPC foi respeitado, pois, nem sequer foi proferido despacho judicial com genérica determinação para manifestação de eventuais interessados. Houve processos nos quais existiu decisão para intimação específica apenas de representantes dos interesses do litigante habitual, sem intimação de nenhuma entidade que pudesse formular defesa do interesse dos consumidores. E nestes casos, mesmo assim, houve fixação de tese jurídica de observância obrigatória e geral na competência do respectivo tribunal.

A título ilustrativo, convém mencionar alguns achados da pesquisa empírica relacionados ao desrespeito ao direito de participação. No TJAM, IRDR 0005477-60.2016.8.04.0000 houve decisão específica para intimação de representantes dos litigantes habituais. Nenhuma entidade de defesa dos consumidores foi intimada ou ingressou nos autos, não houve defesa dos consumidores neste processo. Resultado do julgamento não favorável aos consumidores, pendente Recurso Especial, apenas do litigante habitual.

¹¹ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Já no IRDR 0630366-67.2019.8.06.0000, do TJCE, houve decisão judicial para intimação da FEBRABAN, pelo interesse do litigante habitual. Mas nenhuma entidade do consumidor foi expressamente intimada. BRASILCON e Defensoria Pública ingressaram espontaneamente, mas em fase mais avançada do processo. ANNEP e IBDP foram intimadas, mas não se manifestaram nos autos.

No TJDF, o IRDR n. 0051570-97.2016.8.07.0000 representou um completo desrespeito ao art. 983 do CPC. Não existiu determinação para intimação e concessão de vista dos autos para absolutamente nenhuma parte ou interessado. Após a admissão do IRDR e manifestação do Ministério Público, já se passou diretamente para a fase de julgamento do mérito. No TJ, o julgamento foi favorável aos consumidores, mas no STJ, afetado ao Rito dos Repetitivos (Tema 1102), houve reversão do julgado. Tese fixada contra o interesse dos consumidores, não existiu participação de nenhum consumidor ou entidade representativa, passou a ter eficácia vinculante em âmbito nacional.

No TJGO, IRDR n. 5122954-26.2015.8.09.0061, foi observado um completo desrespeito do CPC pelo Judiciário e pelo Ministério Público: admitido o IRDR para processamento, não foram adotadas as providências de intimação das partes, interessados, Ministério Público (Art. 983, CPC). Duas petições de partes interessadas pessoas físicas requereram a intimação do Conselho Federal de Farmácia, pedido que nunca foi apreciado e que não constou no Relatório do julgamento. Uma das interessadas ingressou com recurso alegando essa omissão, mas fez recurso intempestivo. O Ministério Público ingressou nos autos para dizer que a nulidade da sua não intimação estava suprida com seu comparecimento, mas que comparecia para dizer que não tinha interesse algum em manifestar-se no processo, argumentando que no processo as partes eram maiores e capazes, que não se referia o mérito as circunstâncias elencadas no artigo 178 do Código de Processo Civil.

Também no TJGO, verificou-se no IRDR n. 5145872-42.2017.8.09.0000 a Não intimação específica de nenhuma entidade referente aos dois polos distintos da controvérsia em debate. Em fase mais adiantada (evento 123), foi enviado ofício ao BACEN para que este informasse a cargo de qual liquidante estaria sendo executada a liquidação extrajudicial do Banco Rural S/A (parte no processo adotado como causa-piloto). A FEBRABAN foi admitida como *amicus curiae*. Consta certificado nos autos não manifestação do autor do processo paradigma. Não há manifestação em prol dos consumidores. Pelo litigante habitual, manifestações: Banco Itaú; Banco do Brasil; Banco Bradesco; Febraban (único que pediu ingresso como *amicus curiae*); Banco Rural - em liquidação extrajudicial.

No TJPR, constatou-se no IRDR 0002451-50.2018.8.16.0000, que não houve a intimação de nenhuma entidade representativa dos interesses dos consumidores; houve ordem judicial para intimação das partes pessoas físicas, e instituições financeiras partes no processo paradigma, Banco Votorantim S/A, Banco Cetelem S/A e Banco BMG.

No TJSP, no IRDR 2121567-08.2016.8.26.0000, Determinou-se expressamente intimação da autoridade monetária Banco Central do Brasil / Conselho Monetário Nacional. Não houve nenhuma ordem para intimação de entidades vocacionadas à defesa dos consumidores, bem como nenhuma entidade ingressou nos autos espontaneamente para esta finalidade. Ingresso espontâneo, sem intimação, se deu apenas para a defesa das instituições financeiras, com ingresso do Banco do Brasil S/A e da FEBRABAN. Tese jurídica desfavorável ao consumidor bancário transitou em julgado sem recurso. E neste mesmo Tribunal, o IRDR n. 2059683-75.2016.8.26.0000 TJSP e REsp 1.797.489, verificado que neste caso, existiu intimação específica apenas para autoridade monetária Banco Central do Brasil / Conselho Monetário Nacional. A pessoa física suscitante do IRDR pediu a intimação do PROCON/SP, IDEC e do DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, mas este pedido nunca foi apreciado. As relevantes manifestações em prol do direito dos consumidores foram formuladas por partes pessoas físicas do processo paradigma e terceiros interessados. Na sessão de julgamento houve sustentação oral pelas partes dos casos paradigmas.

O respeito ao contraditório poderia estar minimamente atendido com uma equilibrada concessão de oportunidade para a formal participação processual. Mas, o que se viu foi que certos processos não contaram com intimações nos termos do art. 983 do CPC, ou em alguns, que as intimações específicas foram direcionadas apenas para representantes dos litigantes habituais.

A participação dos interessados sobrestados deverá ser guiada, principalmente, pela ideia de apresentação de novos argumentos em contribuição para o debate e julgamento. Não se defende a mera repetição de argumentos em peças de autorias distintas. Essa ideia seria uma ressignificação do requisito de utilidade que é um dos aspectos do interesse de agir, passando para uma dimensão objetiva do conceito. Neste sentido da utilidade, admite-se manifestação não apenas dos sujeitos sobrestados, mas também de *amicus curiae*, Ministério Público, e outros (TEMER, 2018, p. 192).

Ademais, para tratar do interesse dos sobrestados, não se admite também a transposição da ideia de substituição processual presente nas ações coletivas. No IRDR não existe uma defesa de posição dos autores ou réus sobrestados nos processos repetitivos, por aquela parte

presente no incidente, permanecendo aos sobrestados a faculdade de manifestação (TEMER, 2018, 195).

Democracia no processo recebe o nome de contraditório, segundo Fredie Didier Jr. Ele explica que democracia é participação, logo, um processo no qual não seja assegurado o direito de participação não pode ser considerado democrático. A garantia do contraditório tem duas facetas, uma formal e a outra substancial. A faceta formal do contraditório é o direito à participação. Participação seria um mínimo que o senso comum compreende como contraditório. E o aspecto substancial do contraditório consiste na possibilidade de influenciar a decisão (DIDIER JR., 2009, p. 57).

Edilson Vitorelli, a partir de análise histórica da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Inglaterra, apresenta que o conceito devido processo legal se desenvolveu a partir do conceito de participação. Destaca sobre o direito de ser ouvido, sobre ter o direito de se manifestar perante uma autoridade antes que ela julgue uma causa de seu interesse, o que seria inerente ao senso de justiça que vai além do próprio ordenamento positivo (VITORELLI, 2016, p. 148).

Camilo Zufelato refere-se ao contraditório como o grande signo das garantias processuais, esclarecendo a íntima relação com o devido processo legal e com a ideia de direito a um processo justo. Explica ainda que há quem afirme que o contraditório transcende os aspectos processuais técnicos jurídicos, constituindo-se em um princípio de organização do Estado (ZUFELATO, 2019, p. 41-44).

Susana Henriques da Costa e Andrea Pimentel de Miranda, falam da centralidade desta discussão no IRDR, e anunciam a participação como critério indispensável para a legitimação democrática do exercício da atividade jurisdicional (COSTA, MIRANDA, 2020, p. 159).

A garantia constitucional do contraditório foi prestigiada no CPC/2015, com a positivação na condição de uma das “normas fundamentais do processo civil”, cujo teor é extraído dos Artigos 6º, 7º, 9º, 10 e 11 do CPC/2015.

A importância do respeito ao contraditório e à participação se agiganta nesta modalidade de processo que tem por finalidade fixar uma tese jurídica com eficácia normativa geral, *pro et contra*, aos processos pendentes e futuros.

Uma decisão-surpresa, sem contraditório, é desestimulada e considerada nula no processo civil. No julgamento de casos repetitivos, não deve ser admissível que as partes dos processos sobrestados e os terceiros interessados na formação da tese fiquem sujeitos à eficácia vinculante sem que sejam adequadamente representados no processo (TAVARES, 2021, p. 474).

Por mais que existem divergências quanto a natureza da intervenção dos terceiros sobrestados no IRDR, é indiscutível que possuam interesse, haja vista que o processo julgará tese jurídica que também é do seu interesse (TEMER, 2018, 190). Sendo assim, é imprescindível a fiscalização judicial da participação para se obter um processo em conformidade com a lei e a Constituição Federal.

Pensando especificamente nos incidentes envolvendo relações de consumo, que foram objetos da pesquisa empírica mencionada como inspiração deste texto e, precisamente ponderando que: a tese jurídica vai abranger fornecedores e consumidores em geral; não existe ao sobrestado a faculdade de “auto exclusão”; é muito provável que os fornecedores estarão bem representados, bem como ingresso de entidades interessadas em apoio ao mesmo interesse; possibilidade de deficiência ou inexistência de defesa do interesse dos consumidores. Neste cenário, cabe ao Relator do processo providências para evitar o desequilíbrio na participação.

À luz do referencial teórico da tipologia das partes bem como da desigualdade no acesso à justiça, é que se presume e se cogita para fins de argumentação que este desequilíbrio de participação seja presente nos incidentes versando sobre relações consumeristas. Inclusive, que pode ocorrer situação de praticamente inexistência de participação dos consumidores, litigantes ocasionais, não apenas desequilíbrio com relação ao interesse contrário.

O Código de Defesa do Consumidor preceitua que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)¹², é composto pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor. Dentre os direitos básicos do consumidor previstos na lei consta o acesso aos órgãos do judiciário para prevenir ou reparar danos individuais, coletivos ou difusos, bem como a facilitação da defesa dos seus direitos.

O PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor) é um órgão público que orienta consumidores, e possui competência de fiscalização e sanção. Existem também diversas associações civis de defesa dos consumidores. São exemplos IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – PRO TESTE, com orientação para o consumo e atuação judiciária, notadamente com propositura de ações civis públicas (GABAY; CUNHA, 2012, 108-110). Menciona-se também o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), associação criada em 1992 com projeção nacional e internacional. Logo, aqui estão alguns poucos exemplos de entidades, órgãos e associações que podem ser expressamente intimadas pelo Judiciário com fins de ampliação do

¹² Art. 105, do Código de Defesa do Consumidor.

debate sobre direito dos consumidores no IRDR, que não pode ser exercido apenas pelos litigantes habituais.

O entendimento aqui defendido, apoia-se na ideia de que a participação da classe ou grupo dos consumidores no IRDR seria, portanto, consagrada assegurando-se ao menos a faceta formal da participação, com a concessão de ciência e possibilidade de ingresso e manifestação nos autos. Providências específicas por parte da autoridade judicial para assegurar a constitucionalidade do processo.

Neste tipo de processo é impossível a participação direta de todos os consumidores brasileiros. Isto é algo que nenhuma lógica cogita, afinal a garantia do contraditório deve ser compatibilizada com a duração razoável do processo, e até mesmo, com a noção de que a pessoalidade inviabilizaria o processo.

Entende-se, portanto, que a constitucionalidade do IRDR no quesito participação e contraditório poderá ser objeto de fiscalização por parte do Ministério Público, que deverá provocar o Judiciário ao constatar o desequilíbrio ou ausência de participação formal nos incidentes, antes que o IRDR siga para julgamento.

MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA ATUAÇÃO JUDICIAL

O Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, com atribuição de atuação na defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis da sociedade, e da fiel observância da Constituição e das leis¹³.

No processo civil brasileiro, o Ministério Público poderá ter duas formas de atuação. Uma é em conformidade com suas atribuições definidas pela Constituição Federal¹⁴, em atuação como parte autora ou ré, como por exemplo, na propositura de ações civis públicas no interesse do patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. A Constituição prevê, a atuação do Ministério Público conforme previsão legal infraconstitucional, relacionada com suas finalidades institucionais.

Neste sentido, previu o Código de Processo Civil¹⁵ a necessidade de intimação do Ministério Público para intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou

¹³ Essa definição decorre da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que traça as normas gerais que deverão ser observadas pelos Estados na regulamentação da organização do Ministério Público.

¹⁴ Art. 127 e 129, IX, da Constituição Federal, e previsão do Art. 177 do Código de Processo Civil.

¹⁵ Interpretação decorrente do Art. 178 do Código de Processo Civil.

na Constituição Federal, e nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz, litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Existem diversas hipóteses previstas em Lei e na Constituição Federal que ensejam a atuação judicial do Ministério Público. A atuação no IRDR, é uma destas hipóteses, por força do art. 976, §2º do CPC, que será abordada no tópico seguinte.

A ausência da intimação do Ministério Público, em casos em que se exija a sua intervenção, acarretará a nulidade¹⁶ do processo. Mas, a eventual nulidade será decretada após a intimação do membro do Ministério Público para se manifestar sobre a existência ou não de prejuízo.

O Ministério Público é um dos legitimados para propositura do IRDR, Art. 977, III, do CPC, bem como, caso não seja o requerente, intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono, Art. 976, §2º, do CPC. Após a admissão do IRDR pelo Tribunal, o Ministério Público será intimado para manifestar-se no prazo de 15 dias, Art. 982, III, do CPC, bem como manifestar-se-á no mesmo prazo, após a oitiva das partes, interessados, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, conforme Art. 983, *caput*, do CPC.

O legislador se preocupou com a pluralização do debate no IRDR, ao prever a possibilidade de manifestação de interessados, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Tratou-se de previsão fundamental para assegurar a legitimidade democrática do incidente sob a perspectiva do contraditório, para que não se transforme em instrumento autoritário de formação de precedentes sem oportunidade do interessado influir na decisão (ROQUE, 2017).

O Ministério Público, na condição de fiscal da adequada aplicação da lei deve se empenhar em colaborar para evitar que um processo de IRDR vá à julgamento com ausência ou grave desequilíbrio de participação. Essa conferência é plenamente realizável, já que ele deve atuar obrigatoriamente em todos os processos de IRDR, e tem a prerrogativa de manifestar-se em último lugar, após todas as outras manifestações do Art. 983, conforme previsão neste próprio artigo do CPC.

¹⁶ Art. 279, *caput* e §§1º e 2º do Código de Processo Civil

ACHADOS DA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE ATUAÇÃO DO MP NOS IRDRs

Na análise dos processos objeto da pesquisa empírica mencionada se observou diferentes posturas do Ministério Público. Na maior parte dos processos analisados, a atuação do Ministério Público foi no sentido de argumentar em conformidade com a tese do direito dos consumidores, assumindo essa posição em 40,54% dos casos analisados.

Existiu situação inusitada no IRDR n. 5122954.26.2015.8.09.0061 do TJGO. O Ministério Público não foi intimado para se manifestar, mas compareceu nos autos e argumentou que não havia interesse em atuar no processo, tendo em vista que as partes envolvidas eram maiores e capazes, e o mérito da questão não se referia às circunstâncias elencadas no Art. 178 do CPC, o que, no equivocado entendimento, tornaria desnecessária a intervenção do Ministério Público. O processamento deste IRDR foi caracterizado por evidente desrespeito ao regramento legal, houve julgamento pelo mérito com fixação de tese jurídica contrária ao direito do consumidor. Até a data da análise do conteúdo, encontrava em fase de ser julgado recurso especial no STJ.

Houve também situação em que se verificou uma postura contraditória. No IRDR n. 2059683-75.2016.8.26.0000, Tema 01 do TJSP, o Ministério Público opinou favoravelmente ao pedido do consumidor suscitante. Todavia, frente ao julgamento contrário à tese que defendeu, não interpôs nenhum recurso, e além disso, opinou pelo não conhecimento dos Recursos Especiais e Extraordinários interpostos pelo consumidor suscitante do incidente, sob o argumento de que não estariam presentes os requisitos legais. Mesmo diante do parecer contrário do Ministério Público, o Tribunal de Justiça admitiu o processamento de ambos os recursos.

No TJMS, verificou-se no IRDR n. 0801506-97.2016.8.12.0004/50000, Tema 06, postura do Ministério Público em prol da participação. Antes de ser proferida a decisão sobre a admissibilidade do incidente, manifestou-se pela ampliação do debate, requereu que se intimassem eventuais *amici curiae* e entidades representativas (Art. 983 CPC). Após os pedidos de ingresso como *amicus curiae* da ABBC e FEBRABAN, o Ministério Público argumentou assimetria de armas e que entidades de defesa dos Bancos lograram certa vantagem por terem sido alertadas da existência deste IRDR pelo Banco requerente. Assim, requereu a notificação do Sindicato Nacional dos Aposentados, da Federação dos Aposentados e Pensionistas do MS e da Defensoria Pública do Estado, sem prejuízo de outros que o julgador entendesse pertinentes (art. 138 do CPC).

No TJPR, no IRDR n.0024611-40.2016.8.16.0000 – Tema 02 (Tema Repetitivo STJ 954 - REsp 1525174/RS), verificou-se que após o Acórdão de admissibilidade do incidente, proferiu-se despacho para comunicação ao NURER – Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos, e intimação do Ministério Público para manifestar em 15 dias. A decisão não facultou manifestação de eventuais interessados, que se manifestam antes do MP conforme CPC. Foi o próprio Ministério Público quem requereu a correta aplicação do art. 983 do CPC, para intimação das partes do processo originário, bem como, diante da relevância da matéria e de sua natureza, sugeriu a intimação do PROCON PARANÁ.

Verificou-se, na pesquisa empírica de análise de conteúdo dos 34 (trinta e quatro) incidentes que a postura do Ministério Público frente ao direito do consumidor diferiu em cada processo analisado: em alguns casos o Ministério Público sustentou tese favorável ao direito do consumidor; em outros sustentou tese contrária ao direito defendido pelo consumidor no processo; houve situações em que realizou argumentação em parte favorável à tese sustentada pelos consumidores e em parte à tese dos litigantes habituais; situações em que não se manifestou; situações em que pugnou pela não admissão do incidente.

De forma resumida, indica-se que a postura do Ministério Público nos incidentes analisados: em 15 (quinze) dos processos, realizou defesa da tese favorável ao interesse do consumidor; em 06 (seis), defesa parcial da tese do consumidor e da tese do fornecedor; em 05 (cinco) processos não houve manifestação do Ministério Público; em 04 (quatro) processos o Ministério Público realizou defesa de tese contrária à defendida pelo consumidor; em 04 (quatro) requereu a não admissão do incidente; em um processo se verificou postura contraditória e em outro processo requereu a suspensão do incidente para afetação a Recurso Especial.

CONCLUSÃO

A crítica doutrinária sobre uma possível inconstitucionalidade do IRDR referente a falhas na participação, que violariam a garantia constitucional do contraditório, é pertinente. De fato, a análise empírica dos incidentes concluiu que não foi incomum a situação de desequilíbrio na participação entre litigantes habituais e consumidores.

A previsão legal contida no Art. 983 do CPC, no sentido da obrigatoriedade da manifestação do Ministério Público, não se mostrou suficiente para evitar a ocorrência de falhas ao direito de participação dos diferentes interesses controvertidos em disputa no incidente, pendente de ser julgado no IRDR.

Conforme se constatou ao analisar o conteúdo dos incidentes versando sobre direito do consumidor, existiram diferentes posturas do Ministério Público. Ora argumentou em prol do interesse dos consumidores, ora em prol dos interesses dos fornecedores, houve situações de não manifestação, e casos nos quais zelou efetivamente pela participação, com pedido de intimação de entidades.

O que se pode concluir é que a presença do Ministério Público no processo não é suficiente para dispensar a presença de representantes dos interesses controvertidos. Há que ser assegurada ao menos a participação formal, como um mínimo de participação que se espera que exista no processo para fins de viabilizar uma participação sob aspecto material, aquela capaz de influenciar na decisão.

Notadamente em situações de disparidade de armas, processos nos quais haja presença de litigantes habituais e ocasionais, como nos processos analisados empiricamente, a condução do IRDR deve ser atenta ao respeito das garantias constitucionais, notadamente contraditório. Desta forma, será possível evitar que desigualdades da relação material das partes sejam transportadas para o acesso à justiça.

Entende-se que o Ministério Público pode representar uma importantíssima função neste sentido. Deverá estar atento ao equilíbrio de manifestação e participações existentes no processo, fiscalizar o respeito à garantia constitucional do contraditório e verificar se existe efetiva participação, ou ao menos facultou-se formalmente a participação, de representantes de ambos os lados controvertidos da questão a ser julgada. O Ministério Público é um ator de importância crucial para que o IRDR possa ser julgado com respeito à Constituição Federal, pois tem a possibilidade de denunciar falhas na participação e requerer ao Juízo a realização de intimação de pessoas, partes e entidades que poderão contribuir para a realização do debate processual prévio ao julgamento.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

COLUCCI NETO, Victor. Participação dos consumidores nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas: uma análise empírica. 2021. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021. doi:10.11606/D.107.2021.tde-15082022-124130. Acesso em: 2022-09-04.

COSTA, Susana Henriques da; MIRANDA, Andrea Pimentel de. A participação de terceiros no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise do tribunal de justiça de São Paulo. In: TALAMINI, Eduardo; SICA, Heitor; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre (Org.). *Grandes Temas do Novo CPC - Partes e Terceiros no Processo Civil*. – Salvador : Editora Juspodivm, 2020, p. 149-172.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Volume 1. 11ª edição. – Salvador : Editora Juspodivm, 2009.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário. Uma análise empírica*. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GALANTER, M. Why the " Haves " Come out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change Author (s): Marc Galanter Source : *Law & Society Review* , Vol . 9 , No . 1 , Litigation and Dispute Processing : Part One Published by : Wiley on behalf of the Law and Society. v. 9, n. 1, p. 95–160, 1974.

ROQUE, André Vasconcelos. **Execução e Recursos. Comentários ao CPC de 2015**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.); *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de estudos empíricos em Direito, 2017, p. 275-320.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A participação no julgamento de casos repetitivos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). p. 465-487.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. – Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte : Editora D’Placido, 2019.