



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Lydia de Freitas Vianna

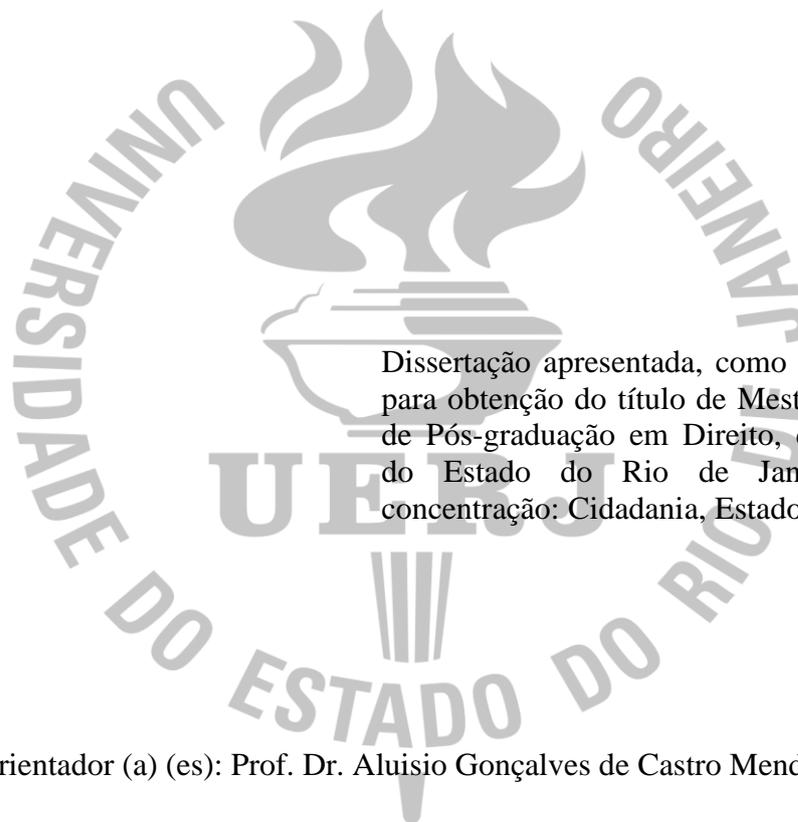
**A formação da tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas
Repetitivas**

Rio de Janeiro

2022

Lydia de Freitas Vianna

A formação da tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador (a) (es): Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V617

Vianna, Lydia de Freitas

A formação da tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas / Lydia de Freitas Vianna. - 2022.
185f.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Precedentes judiciais - Teses. 2. Contraditório (Direito) – Teses.
3. Processo civil– Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Lydia de Freitas Vianna

A formação da tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 27 de maio de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Larissa Clare Pochmann Silva
Universidade Estácio de Sá

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

Essa é para você, Vó.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata à Uerj. Minha primeira lembrança da Uerj é bastante antiga e remonta à minha infância. Eu havia ido com minha mãe ao Escritório Modelo em razão de seu divórcio com meu pai. O que poderia significar uma experiência traumática caminhou para o sentido contrário. Não me lembro o motivo, mas eu adorei aquele lugar, o famoso corredor do 7º andar pelo qual tanto passei anos depois. Desde então, toda vez que eu passava pela Uerj, a olhava com admiração, achava aquela selva de pedra de uma beleza peculiar. Pois bem. Anos mais tarde, decidi que faria Direito e vim a descobrir que a Uerj era (e é) a “Melhor do Rio”. Então, eu queria estudar na Uerj e consegui ter esse privilégio. Mas a verdade é que a Uerj foi muito mais do que eu esperava. Ela me transformou como eu não poderia imaginar que transformaria – para melhor. A Uerj me tornou mais inclusiva, me trouxe mais perto ainda da realidade, foi onde me descobri pessoal e profissionalmente. Foi palco de muitas histórias e do crescimento de amizades que cultivo até hoje. Por isso, prossegui com o mestrado e, se o universo permitir, prosseguirei com o doutorado nesta casa.

Agradeço ao meu orientador, Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, por quem eu já nutria admiração antes de poder ter o privilégio de participar de suas aulas no mestrado. Agradeço por me acolher, pelas inúmeras conversas, oportunidades que me deu e pela sua orientação.

Agradeço, também, a todos os Professores da casa, em especial ao Professor Leonardo Schenk, que participou da Banca de Qualificação e apresentou comentários essenciais para o desenvolvimento deste trabalho, e ainda foi meu orientador de monografia durante a graduação. O tenho como exemplo na academia e advocacia. Agradeço, também, ao professor Marco Antonio Rodrigues, que me acompanhou em uma disciplina e em um grupo de pesquisa, com reflexões indispensáveis.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de mestrado, em especial à Nathalia Ribeiro, ao Jean Carlos de Albuquerque Gomes e ao Michel Grumach, que se tornaram mais próximos na disciplina realizada em Londres pelo Professor Aluisio e partilharam de perto os receios que antecederam o fim da elaboração da dissertação.

Agora, saindo um pouco da Uerj – mas nem tanto – agradeço aos meus amigos cuja amizade se formou na graduação. Ethiene Wenceslau, Jéssica Damasceno e Luiz Guilherme Ferreira, obrigada por serem o núcleo duro do meu dia a dia. André Crespo, Bruna Martins, Gabriel Baptista, Letícia Caruso, Laleña Vieira e Thiago Castro, eu agradeço demais por esses dez (ou mais de dez para alguns) anos de amizade.

Agradeço, também, à Ana Claudia Wierman e ao Lucas Quental, por sempre estarem presentes e por compreenderem todas as angústias compartilhadas.

Agradeço ao Luccas Goldfarb, quem eu admirava na época da faculdade por sua atuação em quadra e quem, por curvas do destino, veio a trabalhar comigo durante um tempo. Agradeço a amizade que se formou e, como não poderia deixar de ser, pelas conversas que tivemos sobre minha pesquisa, sem falar na sua atenta leitura.

Agradeço ao time que me acolheu e permitiu meu desenvolvimento não apenas profissional, mas também acadêmico. Fazer parte do JGAA&A me traz orgulho e conforto. Agradeço, especialmente, ao José Gabriel Assis de Almeida, pelo estímulo acadêmico e pelas lições que me dá cotidianamente. Agradeço, também, ao João Marcelo Sant'Anna, que não apenas apoiou a decisão de iniciar o mestrado, como também dedicou parte do seu tempo a conversar sobre o meu trabalho, mesmo tendo sua tese de doutorado em andamento. E, claro, agradeço àqueles que seguraram a barra no escritório nos momentos que eu precisei me voltar mais ao mestrado. Se eu não pudesse contar com um time disposto a ajudar, esse trabalho seria bem mais difícil. Um especial agradecimento à Julianne Bittencourt, ao Leonardo Kano e ao Luccas (novamente).

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, Mônica, e à minha avó, Glória, por todo o amor e, no fim do dia, por terem possibilitado isso. Quando olho para trás, vejo o quanto vocês se desdobraaram para que eu pudesse receber a melhor educação possível, então não é exagero dizer que nada disso seria possível sem vocês duas. E, por que não? Agradeço ao Scooby, canino que me acompanhou nessa jornada e que por longas horas permaneceu deitado junto à minha cadeira enquanto escrevia, tornando esses momentos menos solitários. Também agradeço ao meu pai, por todo o carinho.

Por fim, mas sem sombra de dúvidas não menos importante – até porque a cereja do bolo é colocada ao final – agradeço à Fernanda. Agradeço por aquilo que posso lembrar, mas não tenho dúvidas que há mais: ao amor, ao companheirismo, à dedicação, à amizade e a tudo que construímos nesses cinco anos. Sem você, essa dissertação certamente não seria a mesma coisa. Afinal, desde quando eu tomei a decisão que tentaria ingressar no mestrado, você esteve não apenas presente, como também se fez parte desse processo, com as mais diversas ajudas possíveis. Mesmo sendo geóloga e futura programadora, Fernanda leu quase que a integralidade deste trabalho, fez comentários e talvez saiba tanto quanto eu do que aqui está escrito. Eu agradeço por partilhar minha vida com você e por ter tido o privilégio de te conhecer.

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.

Fernando Pessoa

RESUMO

VIANNA, Lydia de Freitas. *A formação da tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2022. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

O presente estudo tem como tema o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), mais especificamente, a formação da tese jurídica no sistema de precedentes brasileiro. Nesse sentido, o trabalho iniciará pela análise do sistema de precedentes do *stare decisis*, para, então, analisar as diferenças quanto à formação do precedente no *stare decisis* do *common law* em comparação ao sistema de brasileiros para, em seguida, analisar as peculiaridades do IRDR. Em seguida, a partir da perspectiva de que a tese jurídica deve ser formada como mecanismo de gestão processual, o estudo voltar-se-á à análise do instituto dos *superprecedents*, em contraposição aos *subprecedents*, para verificar o que se deve evitar ao formar a tese jurídica. Então, o trabalho apresentará parâmetros para a formação da tese jurídica em atenção a eficiência processual e melhor gerenciamento do tribunal. Em seguida, o estudo voltar-se-á ao delineamento do princípio do contraditório na formação da tese jurídica, com vias a permitir o esgotamento do debate em torno da questão jurídica controvertida. Ao final, serão analisados julgamentos de IRDR's.

Palavras-chave: IRDR. Tese Jurídica. Precedentes. Stare decisis. Contraditório.

ABSTRACT

VIANNA, Lydía de Freitas. *The Establishment of a legal interpretation in the incident of the resolution of multiple claims*. 2022. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The present study's subject of the establishment of a legal interpretation in the incident of the resolution of multiple claims in Brazilian legal system. In this sense, the work will begin by analyzing the *stare decisis* system and, then, it will analyze the differences regarding the establishment of precedent in the *stare decisis* compared to the Brazilian system. After that, the study will analyze the peculiarities of the IRDR. Following, the study will turn to the analysis of the institute of supercedents, as opposed to subprecedents, to verify what should be avoided when forming the legal interpretation from the perspective that the legal interpretation should be established as a court management mechanism. Then, the work will present parameters for the establishment of the legal thesis in attention to procedural efficiency and court management. Next, the study will turn to the development of the reight to be hard principle in the establishment of the legal thesis, in order to allow the debate to comprehend all particularities evolving the controversial legal issue aiming to be as complete as possible. Finally, this dissertation will analyze judgments of incidents of the resolution of multiple claims in attention to the parameters proposed in this work.

Keywords: IRDR. Establishment of a legal interpretation. Precedents. *Stare decisis*. Right to be heard.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DO <i>STARE DECISIS</i> E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO	15
1.1	A formação do precedente no sistema do <i>stare decisis</i> e no sistema brasileiro: aproximações e distinções	16
1.1.1	<u>Surgimento do <i>common law</i> na Inglaterra e sua relação com o sistema do <i>stare decisis</i></u>	17
1.1.2	<u>O <i>stare decisis</i> nos Estados Unidos da América</u>	20
1.1.3	<u>As principais diferenças entre o sistema de precedentes do <i>stare decisis</i> e o sistema de precedentes brasileiro</u>	21
1.2	As peculiaridades do IRDR	29
1.2.1	<u>A cisão cognitiva no IRDR</u>	34
1.2.2	<u>O IRDR como mecanismo de gestão processual e o princípio da eficiência</u>	42
1.3	A ilustração do problema a partir da experiência anterior: as controvérsias após a fixação da tese jurídica do Tema 210 da Repercussão Geral	49
2	FORMAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO IRDR	62
2.1	A tese jurídica como mecanismo de gestão	62
2.1.1	<u>A força de um precedente no sistema do <i>stare decisis</i> e a tese jurídica</u>	62
2.1.2	<u>Os <i>subprecedents</i> e o que se deve evitar para a formação da tese jurídica.</u>	66
2.2	Parâmetros propostos para a formação de uma tese jurídica	71
2.2.1	<u>A <i>ratio decidendi</i> e sua relação com a tese jurídica</u>	71
2.2.2	<u>A possibilidade de expansão da questão jurídica submetida a julgamento</u>	80
2.2.3	<u>A tese jurídica deve ser clara: impossibilidade de múltiplas interpretações</u>	87
2.2.4	<u>Necessária concretude: tese jurídica não é lei</u>	90
2.2.5	<u>Todos os argumentos devem ser analisados com o esgotamento do debate</u>	94
3	O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO IRDR	97
3.1	O contraditório como direito de influência e fator legitimante na formação da tese jurídica	100
3.2	Os mecanismos para a ampliação do contraditório no IRDR	106

3.2.1	<u>A publicidade quanto à instauração do IRDR</u>	106
3.2.2	<u>A atuação dos magistrados no IRDR</u>	111
3.2.3	<u>A escolha do caso paradigma, os “sujeitos condutores” e os “sujeitos sobrestados”</u> . 115	
3.2.4	<u>O Ministério Público e a defesa do direito objetivo</u>	120
3.2.5	<u>A Defensoria Pública</u>	122
3.2.6	<u>O <i>amicus curiae</i> e sua relevante contribuição ao debate</u>	126
4	ANÁLISE DAS TESES JURÍDICAS FIRMADAS À LUZ DOS PARÂMETROS PROPOSTOS	132
4.1	O Tema 02 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e sua revisão no Tema 35	132
4.1.1	<u>O primeiro requerimento de revisão da tese fixada no Tema 02</u>	154
4.1.2	<u>O segundo requerimento de revisão da tese fixada no Tema 02</u>	156
4.2	Comentários sobre os julgamentos	168
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	176
	REFERÊNCIAS	178

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, verificou-se maior intercâmbio entre o *civil law* e o *common law*, notadamente em razão da globalização. O ordenamento jurídico brasileiro tem vivenciado a introdução de institutos processuais voltados à uniformização da jurisprudência e, em paralelo, à racionalização do trabalho dos tribunais de forma que a duração razoável do processo possa ser uma realidade. Tais alterações legislativas almejavam conferir maior coerência, racionalidade, isonomia e segurança jurídica às decisões judiciais, além de contribuir para uma melhor gestão do número de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário e à celeridade processual.

Não obstante as diversas alterações legislativas, faltam dados precisos sobre o funcionamento do Judiciário antes e após tais alterações legislativas, apesar de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborar desde 2004, anualmente, o Relatório Justiça em Números. A ausência de dados ainda impossibilita que se compare as efetivas consequências e resultados experimentados em razão de tais alterações. Conquanto, a experiência cotidiana dos operadores do direito¹ e o grande número de demandas que ainda desaguam no Poder Judiciário – que refletem no tempo de duração dos processos – são indícios de tal incapacidade.

Anos após a introdução dos recursos repetitivos no âmbito dos tribunais superiores, que são responsáveis pela uniformização da interpretação do Direito, os jurisdicionados e órgãos judiciais brasileiros ainda convivem com forte oscilação na jurisprudência, grande número de demandas levadas ao Poder Judiciário e morosidade.

Na esteira da busca por uniformidade, coerência, previsibilidade, isonomia, segurança jurídica e celeridade, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) manteve institutos anteriores e introduziu novos, dentre os quais se encontra o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que constitui o tema de pesquisa desta dissertação de

¹ Em entrevista realizada em 2017 após a entrada em vigor do CPC/15, o Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, comentou sobre a “dispersão jurisprudencial” como um problema que ainda é enfrentado. In: Para Salomão, “dispersão da jurisprudência é absolutamente contraproducente”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/dispersao-jurisprudencia-contraproducente-salomao>> Acesso em: 19 Jul. 2020.

Em recente julgamento, realizado no dia 04 de agosto de 2020, o Ministro Sebastião Reis Júnior, da 6ª Turma do STJ, ressaltou a importância de se acabar com o desalinhamento entre os Tribunais Superiores e os Tribunais de 2ª instância, bem como que o número de processos no STJ vem crescendo. In: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04082020-Sexta-Turma-pede-atuacao-mais-harmonica-das-instancias-ordinarias-em-questoes-ja-pacificadas-no-STJ-e-no-STF.aspx>> Acesso em: 08 Ago. 2020.

mestrado. Mais especificamente, o objeto da dissertação é a formação da tese jurídica no IRDR.

Nesse contexto, o problema de pesquisa envolve a seguinte questão: como deve se dar o procedimento de fixação da tese jurídica, no IRDR, para que este mecanismo se mostre eficaz para lidar com o grande fluxo de demandas levadas ao Poder Judiciário e de forma a garantir maior isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados?

A hipótese que se pretende provar é que é necessário que o julgamento do IRDR seja realizado com vias a esgotar o debate por meio da ampliação do contraditório e que todos os argumentos devem ser analisados, além de que a tese jurídica firmada deve ser clara e não possibilitar múltiplas interpretações.

Pretende-se demonstrar os elementos necessários à formação da tese jurídica, a partir da premissa de que o IRDR é um mecanismo de gestão do Poder Judiciário, sem perder de vista as garantias fundamentais processuais, em especial o princípio do contraditório, que atuará como elemento norteador e legitimador da tese jurídica.

A relevância do tema de pesquisa vem atraindo os olhares da academia, em razão da crescente convergência entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, bem como da importância prática que tais alterações provocam no cotidiano dos operadores do direito, que passam a ter que lidar com a necessidade de interpretação de um precedente e, até mesmo, com a necessidade de uma nova forma de postulação em juízo.

Não apenas os advogados, públicos e privados, se deparam com uma nova forma de instrumentalização de direitos, como os magistrados também passam a enfrentar a necessidade de adaptação diante de um sistema de precedentes vinculantes.

Nesse cenário, a formação da tese jurídica repercutirá no êxito do sistema de precedentes brasileiro e se mostra essencial para o bom funcionamento de tal sistema, bem como para tratar da litigiosidade enfrentada neste país.

Para apresentar o fruto desta pesquisa, este trabalho está dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo está dividido em três seções. A primeira seção, destinada a tratar do sistema de precedentes do *common law* em comparação com o sistema de precedentes brasileiro, se subdividirá em três tópicos. O primeiro tratará do surgimento do *common law* no sistema jurídico inglês, o segundo abordará o referido sistema nos Estados Unidos da América e, ao final, o terceiro tópico explicará as principais diferenças entre o sistema de precedentes do *stare decisis* e o sistema de precedentes brasileiro. A segunda seção se subdividirá em dois tópicos e, de início, explicará as peculiaridades do IRDR dentro do sistema de precedentes brasileiro. O primeiro tópico desta seção explicará, ainda, que a dissertação parte da premissa

de que há cisão cognitiva e decisória no IRDR, enquanto o segundo tópico explicará que a premissa que se parte é que o IRDR é um mecanismo de gestão, de forma que seu julgamento deve prezar pelo princípio da eficiência com vias a desafogar o Poder Judiciário. Na terceira seção, analisar-se-á a tese jurídica fixada pelo STF em sede de Repercussão Geral para demonstrar que, apesar de o instituto da repercussão geral estar há mais de uma década em vigor, verifica-se bastante dúvida quanto à extensão e aplicação da tese jurídica firmada, o que se deve evitar ao firmar a tese jurídica no IRDR.

O segundo capítulo está dividido em duas seções. A primeira seção, que parte da premissa de mecanismo de gestão, se subdividirá em dois tópicos. O primeiro tópico explanará os critérios para se identificar a força de um precedente no sistema do *stare decisis*, com destaque ao que a doutrina estadunidense denominou de *superprecedents*, para ressaltar a necessidade de manutenção dos entendimentos firmados nas teses jurídicas, salvo exceções específicas. O segundo tópico tratará do conceito de *subprecedents*, antagônicos dos *superprecedents*, para demonstrar o que se deve evitar ao firmar uma tese jurídica. Em seguida, a segunda seção sugerirá parâmetros a serem observados na formação da tese jurídica, subdividindo-se em cinco tópicos. O primeiro tópico tratará da relação entre a tese jurídica e a *ratio decidendi*. O segundo tópico se voltará para verificar se há a possibilidade de expansão da tese jurídica ou se a questão jurídica controvertida delimita de forma rígida o objeto do julgamento, a despeito dos argumentos que forem suscitados em contraditório. Em seguida, o terceiro tópico destacará a necessidade de a tese jurídica ser dotada de clareza, de forma que se deverá evitar o uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na formulação da tese jurídica. O quarto tópico ponderará o equilíbrio entre a concretude da tese jurídica e sua abstração e, por fim o quinto tópico explicará a necessidade de esgotamento do debate, com a análise de todos os argumentos, em especial diante da importância assumida pelo princípio do contraditório, que é o gancho para o próximo capítulo.

Esta dissertação não parte da visão de um burocrata que almeja tão somente reduzir os processos nos tribunais, mas se preocupa com o respeito das garantias constitucionais processuais, de forma que o terceiro capítulo, dividido em duas seções, tratará do delineamento do contraditório no IRDR, com vias a permitir ampla participação, esgotamento do debate e representar os interesses daqueles que não poderão participar diretamente da formação da tese jurídica, mas sofrerão seus efeitos. A primeira seção explicará que se parte da premissa do contraditório como direito de influência e possibilidade de convencimento, bem como sua importância para que a tese jurídica seja dotada de legitimidade democrática. A segunda seção tratará dos mecanismos que possibilitam a ampliação do contraditório no

IRDR, subdividida em seis tópicos. O primeiro tópico analisará a publicidade quanto à instauração do IRDR, com a reflexão da adequação das formas previstas pelo Legislador para tanto. O segundo tópico tratará da postura que se espera seja adotada pelos magistrados. Por sua vez, o terceiro tópico analisará a escolha dos sujeitos e do caso paradigma a ser objeto do IRDR. O quarto tópico avaliará a atuação do Ministério Público e sua importância, tendo em vista que atuará na defesa do direito objetivo, ao invés de defender uma visão parcial. O quinto tópico tratará da atuação da Defensoria Pública no IRDR, em especial na condição de *custus vulnerabilis*. Ao final o quinto tópico analisará a atuação do *amicus curiae*.

Por fim, o quarto capítulo analisará incidentes de resolução de demandas repetitivas já julgados com a finalidade de verificar se os parâmetros propostos nesta dissertação foram observados, bem como a forma de delineamento do contraditório.

Enfim, esta dissertação espera contribuir para a análise da forma de julgamento e fixação da tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas, a fim de que este possa atingir seu escopo de segurança jurídica, isonomia, coerência, economia processual e eficiência.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DO *STARE DECISIS* E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

A filiação do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema jurídico do *civil law* não impediu que se utilizasse institutos jurídicos tradicionalmente associados aos sistemas jurídicos do *common law*. Isso demonstra certa aproximação entre tais sistemas distintos,² verificando-se o fenômeno chamado “interferência horizontal”, que acaba por gerar um intercâmbio entre sistemas jurídicos. É isso o que ocorre no Brasil.³

Nesse contexto, não há como perder de vista que a Constituição da República de 1988 (CRFB/88) alterou o paradigma do *civil law* como sistema jurídico caracterizado por legislação com descrição pormenorizada ao prever cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados em seus dispositivos.⁴

Especificamente no campo do direito processual, o ordenamento jurídico brasileiro tem experimentado a introdução de institutos voltados à uniformização da jurisprudência por meio de alterações legislativas que almejam conferir maior coerência, racionalidade, isonomia e segurança jurídica às decisões judiciais, além de contribuir para uma melhor gestão do número de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário e à celeridade processual.

Como exemplos, é possível citar a valorização dos poderes monocráticos do relator, bem como a introdução da Emenda Constitucional de 2004, que inseriu a súmula vinculante e alterou o art. 102 da CRFB/88 para atribuir efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade.⁵

Houve, também, a introdução do art. 285-A no Código de Processo Civil de 1973⁶ (CPC/73) para possibilitar a improcedência liminar do pedido, bem como as alterações

²BARBOSA MOREIRA José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-52.

³Alexandre Câmara ainda destacou que “será preciso compreender que a técnica dos precedentes se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da compreensão do Direito que se tem no Brasil, construída a partir da cultura brasileira”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2018, p. 381.

⁴BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>.

⁵BARBOSA MOREIRA José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de Direito Processual**. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-313.

⁶Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

promovidas pela Lei nº 11.418/2006, que introduziu dispositivos que versavam sobre a repercussão geral e recurso extraordinário repetitivo, além da Lei nº 11.672/2008, que acrescentou ao CPC/73 dispositivo destinado a tratar dos recursos especiais repetitivos. Houve, ainda, a Lei nº 12.322/2010, que atribuiu ao relator, no âmbito do STF ou do STJ, o poder de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível e até dar seguimento a recurso interposto contra acórdão dissonante de súmula ou jurisprudência dominante.⁷

Esses são exemplos da caminhada do direito processual brasileiro para a uniformização da jurisprudência e valorização do sistema de precedentes, comumente característicos do *common law*. Na esteira da busca por uniformidade, coerência, previsibilidade, isonomia, segurança jurídica e celeridade, observou-se a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que manteve institutos anteriores e introduziu novos, dentre os quais se encontra o tema deste estudo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Ocorre que a introdução de institutos originários de países vinculados à tradição jurídica de *common law*, em especial a inserção de institutos processuais voltados à resolução de questões comuns,⁸ com o estabelecimento de uma tese jurídica dotada de efeito vinculante, não foi acompanhada da formulação de uma teoria voltada à verificação de o quê é necessário para que tais julgamentos formem precedentes, que terão vasta aplicação a casos que versem sobre a mesma questão jurídica.

Caso se mantenha essa estrutura, com a mesma forma de julgamento, corre-se o risco de o IRDR falhar enquanto instituto processual voltado a conter a litigiosidade e garantir maior isonomia, coerência, uniformidade e segurança jurídica aos jurisdicionados. Por isso, é necessário que se reflita a respeito da formação de teses jurídicas, voltando-se, em um primeiro momento, ao *common law* e ao *stare decisis*.

1.1 A formação do precedente no sistema do *stare decisis* e no sistema brasileiro: aproximações e distinções

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

⁷MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Parte III - Capítulo 26 - Precedente e IRDR: algumas considerações. In: Fredie Didier Jr.; Leonardo Carneiro da Cunha; Lucas Buril de Macêdo; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (Org.). **Coleção grandes temas do novo CPC - Precedentes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2016, p. 569-591.

⁸MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1-7.

Analisar a origem de ambos os sistemas jurídicos tem sua valia para a compreensão do motivo pelo qual, no *common law*, os precedentes são mais respeitados. Para tanto, vale a pena examinar esse sistema jurídico e a formação do precedente no *stare decisis*.

Como o berço do *common law* é o sistema jurídico inglês,⁹ é necessário fazer breve análise acerca do desenvolvimento do *common law* na Inglaterra até o estabelecimento do *stare decisis*, o que se passa a fazer não com o intuito de exaurir o tema, mas apenas de contextualizar como se desenvolveu o *stare decisis*.

1.1.1 Surgimento do *common law* na Inglaterra e sua relação com o sistema do *stare decisis*

O Império Romano enfrentou dificuldades quanto ao domínio da região da Inglaterra, que foi invadida por povos bárbaros, em especial os anglo-saxões, que vieram a dominar o território de 597 até o início do séc. XI. A dificuldade de dominação do Império Romano na referida região foi um fator que influenciou a Inglaterra não seguir para um sistema de *civil law*, ao contrário da Europa Continental.

A origem do *common law* data de 1066, com a subida de Guilherme, o Conquistador ao trono inglês. Os Normandos foram responsáveis pelo estabelecimento do sistema feudal inglês e organização do governo da Inglaterra, com a separação entre Estado e Religião. O aumento dos poderes do rei culminou com a criação de cortes reais, as *royal courts*, que passaram a julgar os casos que lhe eram submetidos, ao lado das cortes locais, *hundred courts* e *manorial courts*.¹⁰

As *royal courts* eram responsáveis por aplicar o direito comum, relacionado aos interesses da coroa e que valiam para todo o reino (ou *common law*), enquanto as cortes locais realizavam seus julgamentos em consideração aos costumes da região. As *royal courts* funcionavam como jurisdição de exceção, uma vez que era necessário preencher uma série de requisitos formais para que o caso fosse admitido para julgamento e apenas na segunda metade do séc. XV, as *royal courts* deixaram de ser jurisdição de exceção. Como antes se verificava o cabimento da ação para, só após, se verificar o direito, havia a prevalência do

⁹NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere - a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13-14.

¹⁰CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2016, p. 235.

processo sobre o direito material e, por isso, caracterizou-se o período com o brocardo *remedies precede rights*.

Aos poucos, as *royal courts* passaram a ocupar o espaço das cortes locais e, a partir do séc. XV, tomaram o lugar de tribunais mais demandados na Inglaterra. Assim, o que antes era assunto do rei, passou a ser o direito aplicado para todos os casos.

Também no séc. XV, as *royal courts* passaram a coexistir com a jurisdição de equidade, pois, diante das dificuldades de submissão do de seus casos às *royal courts*, as partes passaram a peticionar diretamente ao rei que, por sua vez, delegava esse poder ao Chanceler. Surgiu, assim, a Corte da Chancelaria que, em vez de julgar os casos com base nas regras do *common law*, os julgava com base na equidade (*rules of equity*).

É de se notar que, como não havia regras de direito material pré-estabelecidas, a produção das normas era baseada no *case law* que, na sua origem, focava no direito processual. Nesse contexto, o *common law* se desenvolveu por meio da criação de regras a partir dos julgamentos realizados.

Henry Bracton exerceu forte influência no costume inglês de citação e análise de casos por meio de seu tratado, com cinco volumes, no qual descrevia e comentava casos já julgados – estilo doutrinário característico do *common law*. Por volta de 1235, Henry Bracton já ressaltava a necessidade de respeito aos precedentes e, em razão de sua influência, os tribunais criaram o hábito de citar decisões anteriores que, a despeito de não serem dotadas de efeito vinculante, “servia[m] para mostrar que a questão já tinha sido enfrentada em caso semelhante e, por coerência, tal decisão deveria ser seguida”.¹¹ A necessidade de coerência, então, estava na base do *common law*.

Os julgados eram publicados nos rolos das *royal courts*, mas, originalmente, não eram de fácil acesso. Por isso, foram elaborados os denominados *Yearbooks*¹² com a finalidade de facilitar o acesso a essas decisões e passaram a ser a principal ferramenta dos advogados para a obtenção de uma decisão que lhes fosse favorável, tornando-se, assim, cruciais para o desenvolvimento do sistema de precedentes do *common law*. Em 1535, surgiram os *law reports*, elaborados por particulares e, a partir de 1865, estes passaram a ser elaborados pelo *Council of Law Reporting for England and Wales*. Os *law reports* também foram essenciais para a evolução do *case law*, pois permitiam o conhecimento dos julgados.¹³ Percebe-se, com isso, que a divulgação dos julgados foi essencial para o funcionamento de tal sistema.

¹¹CRAMER, *op. cit.*, p. 235.

¹²Os *Yearbooks* eram relatórios anuais com casos das cortes reais e comentários, que seguiam o estilo de Bracton. *Ibidem*, p. 235.

¹³*Ibidem*, p. 235.

O efeito vinculante dos precedentes apenas foi reconhecido no julgamento do emblemático caso *Beamish vs. Beamish*, em 1861, pela *House of Lords*, e confirmado no caso *London Tramways Company vs. London County Council*, em 1898. Esta última foi a decisão responsável por incorporar o *stare decisis* ao *common law* e, a partir daí, as decisões das cortes superiores passaram a vincular as cortes inferiores, além de suas próprias decisões.

É interessante notar que, inicialmente, os tribunais ingleses não podiam superar seus próprios precedentes, o que apenas passou a ser permitido cerca de cem anos após a implementação do *stare decisis* por meio do *Practice Statement of Judicial Precedent*.

O sistema inglês passou por algumas reformas, inclusive com um movimento de codificação de seu direito e criação de um Código de Processo Civil inglês, em 1998. A referida reforma buscou conferir maior celeridade, segurança jurídica e teve como ponto chave o *case management*,¹⁴ conferindo ao julgador uma postura mais ativa para conduzir o processo, no lugar dos advogados das partes.¹⁵

Após expor brevemente como se desenvolveu o *common law* inglês e o *stare decisis*, passar-se-á a explanar o sistema dos Estados Unidos da América (EUA), não apenas por também se filiar ao *common law*, ainda que de forma um tanto quanto distinta da Inglaterra, mas também pela forte influência que exerce nos demais países, inclusive no Brasil,¹⁶ contribuindo para o fenômeno da “interferência horizontal”.

¹⁴“A reforma que estava por vir buscava implementar um sistema que: (i) fosse capaz de conferir decisões justas; (ii) lidasse com os litigantes de maneira justa; (iii) oferecesse procedimentos adequados a custos aceitáveis; (iv) prestasse a jurisdição em tempo razoável; (v) fosse compreensível para os jurisdicionados; (vi) considerasse as necessidades dos litigantes; (vii) fosse capaz de conferir segurança jurídica; e (viii) fosse bem estruturado e organizado. No novo modelo, dentre as mudanças sugeridas, uma se destacava ao ser considerada a pedra angular da nova lei. Lord Woolf sugeriu, como alteração indispensável ao sucesso da empreitada, o deslocamento da gestão dos processos das mãos das partes – ou, mais precisamente, das mãos de seus advogados – para os juízes. [...]”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro?. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 7, 2011. p. 288-338.

¹⁵“Na Inglaterra, a transformação foi levada a cabo pelas Rules of Civil Procedure de 1999. Trata-se de um verdadeiro e próprio Código de Processo Civil (LGL\1973\5) -outra inovação relevantíssima em confronto com a imagem do direito processual civil inglês como direito “não escrito” -, no qual se confiam ao juiz inúmeros e incisivos poderes de Governo e direção do procedimento, por exemplo os atinentes à determinação do track que a causa deverá seguir (ou seja, do tipo de procedimento aplicável de acordo com a natureza da causa), à marcação das audiências e à coleta das provas”. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**, v. 110, 2003, p. 141.

¹⁶“A influência recíproca tende a intensificar-se: é uma das tantas manifestações do fenômeno da globalização. Hoje, por motivos óbvios - e goste-se ou não se goste -, ela atua com mais força no sentido de certa “americanização” do resto do mundo, no território do processo como em tantos outros. O direito brasileiro tem assimilado idéias dessa procedência, na esfera processual não menos que noutras: nossas ações coletivas, por exemplo, devem bastante, em sua inspiração, às class actions norte-americanas, sem embargo de perceptíveis diferenças de disciplina. Já experimentamos, para o recurso extraordinário, filtro semelhante ao utilizado pela Supreme Court para as petitions for certiorari: houve tempo em que, para tornar admissível o recurso, em determinados casos, o recorrente precisava convencer o Supremo Tribunal Federal da “relevância da questão federal” suscitada - e não falta quem preconize o restabelecimento de mecanismo desse tipo”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**. v. 6 n. 24, 2003, p. 55-69.

1.1.2 O *stare decisis* nos Estados Unidos da América

Os EUA herdaram a doutrina do *stare decisis* da tradição inglesa, mas paulatinamente deixaram de seguir os precedentes ingleses para seguir os precedentes de seus próprios estados, em que pese não ser incomum o uso de um precedente do direito inglês nos EUA, ainda que com autoridade persuasiva.¹⁷

De forma sintética, pois não constitui objeto deste estudo, expõe-se como funciona o sistema do *stare decisis* no sistema Judiciário dos EUA. A Corte de última instância de cada Estado determina a interpretação que deve ser dada à Constituição e às leis daquele Estado. As cortes estaduais podem decidir tanto questões estaduais, quanto questões federais, pois, a princípio, ambas têm competência concorrente com as cortes federais em matéria federal. Mas as questões de matéria federal estão sujeitas a revisão pela Suprema Corte Federal. Uma corte de primeira instância não poderá formar um precedente. Assim, a decisão de última instância estadual é precedente dentro do sistema estadual para questões estaduais já decididas e, quando o caso começa na corte distrital federal, a decisão da Corte de Apelação do Circuito é um precedente para aquele Circuito. Esse precedente, todavia, pode ser revogado por decisão que lhe seja contrária e proferida pela Suprema Corte dos EUA, que, assim, formará um precedente nacional e vinculará todas as cortes, estaduais ou federais, quanto à interpretação da Constituição Federal, leis promulgadas de acordo com a Constituição Federal e tratados.¹⁸

O sistema legal estadunidense conta com a doutrina do *stare decisis* estabelecida de forma consistente. Trata-se de uma política das cortes de manutenção do precedente e de não interferência em questões já decididas, pela qual, ao decidir uma questão legal, um tribunal deve considerar casos anteriores que apresentem fatos semelhantes. É um fenômeno complexo que, ao mesmo tempo, restringe o poder dos juízes, mas também confere a eles maior controle sobre a interpretação das leis, já que exercerão forte influência em casos futuros que ainda não foram decididos.¹⁹

¹⁷COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 752, 1998, p. 11.

¹⁸*Ibidem*, p. 11.

¹⁹FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

É de se notar que, como os precedentes são formados em momento posterior, qual seja, quando um órgão judicial reconhece uma decisão como precedente e aplica sua *ratio decidendi* ao caso sob exame, estabelecer o entendimento e a intenção do caso anterior é uma questão a ser enfrentada frequentemente pelos tribunais.²⁰ É, sim, possível, encontrar pistas nessas decisões anteriores de como elas deveriam ser aplicadas a casos posteriores,²¹ mas, nem sempre se pode contar com isso.

Como os tribunais norte-americanos devem decidir com base apenas nos fatos apresentados pelas partes, as decisões raramente interpretam regras de direito que poderiam ser aplicadas a todo e qualquer caso decorrente daquela questão legal.²² A observância e respeito aos precedentes decorrem apenas caso se verifique que a decisão teve origem em “análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes”.²³

Nesse contexto, vale ressaltar que é comum se apontar ao fato de que a doutrina do *stare decisis* contribui para o aperfeiçoamento do processo decisório e fortalecimento do Poder Judiciário, pois permite maior eficiência no processo decisório ao não ser mais necessário analisar-se cada questão como se esta nunca houvesse sido analisada. Ainda, contribui para a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário ao verificarem que a lei é aplicada de forma uniforme, o que consequentemente contribui para a estabilidade do direito.²⁴

1.1.3 As principais diferenças entre o sistema de precedentes do *stare decisis* e o sistema de precedentes brasileiro

A origem do *civil law* remonta à ocupação dos povos bárbaros no território europeu após a queda do Império Romano. Por volta do séc. V, a partir do desenvolvimento do feudalismo, surgiu uma necessidade de melhor organizar o governo e disciplinar as relações privadas, conjuntura que levou ao estudo do Direito Romano, o que fez com que, com

²⁰FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

²¹FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

²²FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

²³FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

²⁴FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

exceção da Inglaterra, os países europeus organizassem seus sistemas jurídicos com base no Direito Romano. Esse cenário fomentou o estudo do Direito Romano pelas universidades europeias, cuja base era o *Corpus Iuris Civilis*, que era, basicamente, uma compilação de leis feita pelo Imperador Justiniano I, no século VI.

Em que pese o estudo do Direito Romano pelas universidades datar do séc. XI, sua real influência no ordenamento jurídico dos países da Europa é verificada a partir do séc. XIII. Com efeito, é com o Renascimento que o Direito Romano passa de objeto de estudo acadêmico a fonte de inspiração dos sistemas jurídicos europeus. Nessa conjuntura, cada país passou a implementar leis próprias e elaborar códigos, surgindo, assim, um direito local, que tinha inspiração romana, mas era calcado nas particularidades de cada região.²⁵

A partir da influência do Iluminismo, surgiram os Códigos no séc. XIX, com o intuito de acabar com os problemas do Direito que havia sido construído com base no Direito Romano, restringindo-se o julgar à mera aplicação da Lei;²⁶ o Código Civil Francês foi um verdadeiro marco no movimento de codificação.²⁷

Com efeito, diante das arbitrariedades perpetradas pelos juízes,²⁸ a Revolução Francesa buscou restringir e controlar ao máximo a atuação dos magistrados. Por isso, os códigos foram criados com o intuito de limitar o agir e o pensar dos juízes, impossibilitando sua atividade interpretativa. Para a ideologia da Revolução Francesa, a lei seria capaz de prever todas as situações fáticas subjacentes, além de ser essencial à efetiva liberdade e igualdade.²⁹ Nesse contexto, segurança jurídica relacionava-se à estrita aplicação da lei pelo

²⁵CRAMER, *op. cit.*, p. 24-25.

²⁶*Ibidem*, p. 25.

²⁷*Ibidem*, p. 27.

²⁸“Antes da Revolução Francesa, os juízes eram oriundos de classes abastadas e mantinham relações com a aristocracia. Não tinham o menor compromisso de julgar de boa-fé e de forma correta, mas usavam seu poder para preservar seus privilégios e defender os interesses da nobreza.” (*Ibidem*, p. 26).

²⁹ “A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Note-se, assim, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento. O direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático caso fosse interpretado pelos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, 2009, p. 175-232. Disponível em: <https://www.academia.edu/29348429/APROXIMA%C3%87%C3%83O_CR%C3%8DTICA_ENTRE_AS_JURISDI%C3%87%C3%95ES_DE_CIVIL_LAW_E_DE_COMMON_LAW_E_A_NECESSIDADE_DE_RESPEITO_AOS_PRECEDENTES_NO_BRASIL_CRITICAL_APPROACH_BETWEEN_CIVIL_LAW_AND_COMMON_LAW_AND_THE_NEED_FOR_RESPECTING_PRECEDENTS_IN_BRAZIL>. Acesso em: 30 mai. 20.

juiz. Como no *common law* nunca houve dúvida quanto ao papel interpretativo do juiz, a aceitação do papel do precedente no desenvolvimento do sistema jurídico, bem como de seu papel vinculante, se tornou muito mais fácil.³⁰ Por isso, no *civil law*, a Lei escrita era a principal fonte do direito, colocando a jurisprudência em patamar inferior.³¹

No entanto, apesar da forte resistência, fato é que a interpretação é indispensável ao ordenamento jurídico,³² e, havendo interpretação, certamente haverá interpretações distintas.³³⁻³⁴ Com o advento do segundo pós-guerra, normas elaboradas com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados surgiram, ampliando a atividade dos magistrados do *civil law*.³⁵ Esse e outros fatores influenciaram o *civil law* a adotar os precedentes como aliados na busca por racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do ordenamento jurídico, além de complementarem o sentido das normas elaboradas pelo Legislador.³⁶

O uso do precedente no Brasil é diferente do *common law*, pois, aqui, a função do precedente, além de conferir coerência, isonomia e segurança jurídica, é diminuir o tempo necessário ao julgamento, o que se verifica, por exemplo, com a possibilidade de julgamento

³⁰ “A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, 2009, p. 175-232. Disponível em <https://www.academia.edu/29348429/APROXIMA%C3%87%C3%83O_CR%C3%8DTICA_ENTRE_AS_JURISDI%C3%87%C3%95ES_DE_CIVIL_LAW_E_DE_COMMON_LAW_E_A_NECESSIDADE_DE_RESPEITO_AOS_PRECEDENTES_NO_BRASIL_CRITICAL_APPROACH_BETWEEN_CIVIL_LAW_AND_COMMON_LAW_AND_THE_NEED_FOR_RESPECTING_PRECEDENTS_IN_BRAZIL> Acesso em: 30 mai. 20.)

³¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** - da Persuasão à Vinculação, 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1, p. 154.

³² THEODORO JR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. **Revista de Processo**, v. 150, 2010, p. 11-23.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³⁴ A questão relativa à existência de interpretações distintas a respeito da norma jurídica constou da exposição de motivos do CPC/15: “Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável. Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão¹ excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerboamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.” (Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>> Acesso em: 16/06/21.

³⁵ CRAMER, *op. cit.*, p. 27.

³⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil. Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, 2014, p. 293, p.299 (versão digital).

monocrático³⁷, a exemplo do art. 932 do CPC/15,³⁸ bem como reduzir a litigiosidade e a carga de trabalho dos tribunais,³⁹ como se percebe a partir da possibilidade de proferimento de sentença liminar de improcedência.⁴⁰

Não há mais como se colocar a criação do direito pelo juiz como traço do distintivo do *common law* com relação ao *civil law*. Com efeito, o *common law* experimentou forte debate a respeito do significado da função jurisdicional, se seria ela declaratória ou constitutiva, contudo, conforme identificado por Luiz Guilherme Marinoni:

[...] da relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* formaram-se três mitos: i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa daquela do seu colega do *civil law*; e iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*.⁴¹

O autor destaca que a criação judicial do direito não é um pressuposto do *stare decisis* e, por isso, não se deve tentar explicar o *common law* a partir do *stare decisis*. Da mesma forma, não se deve confundir precedentes vinculantes com o *common law*, pois os precedentes vinculantes são um instituto ainda mais recente do que o *stare decisis*. O autor já havia apontado que o *stare decisis* e o *common law* são institutos distintos, de modo que não há

³⁷NOGUEIRA, *op. cit.*, 2011.

³⁸Art. 932. Incumbe ao relator:

[...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

[...]”.

³⁹“Ao tempo em que constitui uma técnica processual voltada a estabelecer tratamento igualitário aos jurisdicionados, com a tentativa de estimular a criação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (artigo 926 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), o sistema de fixação dos padrões decisórios contém em si um viés pragmático bastante relevante, destinado a desafogar a grande carga de trabalho que recaiu sobre os tribunais superiores depois da abertura democrática, com a paulatina percepção dos direitos pela população, e da massificação das relações sociais.” (SCHENK, Leonardo Faria. Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores. **Revista de Processo**, v. 311, 2021, p. 215-232).

⁴⁰Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

como se admitir que o sistema de precedentes vinculantes seja exclusividade dos sistemas jurídicos vinculados ao *common law*.⁴²

Nesse contexto, uma das premissas deste estudo é que “o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, não importando se esta afirmação se limita a interpretar a lei”.⁴³ Como o sistema de precedentes é esta “técnica destinada a promover estabilidade”,⁴⁴ e como *common law* e *stare decisis* não se confundem, não há óbice para que haja um sistema de precedentes em um país do *civil law*, no caso, o Brasil.

É válido ressaltar que a interpretação do precedente judicial passou anos sendo aperfeiçoada pelos juristas do *common law*.⁴⁵ Apesar de o sistema de precedentes estar solidamente firmado na cultura jurídica do *common law* após anos de evolução, o mesmo não se verifica no Brasil, país cujos pilares jurídicos residem na tradição do *civil law*. Por isso, é ainda mais necessário voltar a atenção ao procedimento de formação dos precedentes brasileiros.

Outro equívoco comum na análise dos sistemas jurídicos em questão é se contrapor a existência de leis ao *common law*. Em que pese em seus primórdios o *common law* ter surgido em um contexto de escassez de legislação escrita, a situação não continua a mesma e, mais ainda, a autoridade das leis no sistema atual do *common law* é superior à autoridade das decisões judiciais. Por isso, não há oposição entre *common law* e leis escritas.⁴⁶ Apesar de, em sua origem, o termo “common” remeter à observância dos costumes e ao fato de que as decisões judiciais se baseavam nestes, atualmente, as decisões se baseiam nelas mesmas, em outros termos, nos precedentes.⁴⁷

A existência e multiplicidade de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes e a prova disso é que o *common law* conta com precedentes interpretativos que

⁴² No mesmo sentido: CRAMER, *op. cit.*, p. 235.

⁴³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

⁴⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

⁴⁵CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. Disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx>Acesso em: 15 Mar. 2020.

⁴⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁴⁷ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, 2009, p. 1149.

desempenham papel importante quanto à estabilidade de decisões judiciais que afirmam o sentido do direito.⁴⁸

Em palestra do VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis, em 2020, Aluisio Mendes realizou comparação, em sentido amplo, do sistema de precedentes brasileiros com o sistema de precedentes dos países de *common law* a partir de dez pontos.⁴⁹

O primeiro desses pontos é que, enquanto o sistema de precedentes dos países de *common law* foi paulatinamente construído por meio da cultura e tradição jurídicas, o sistema brasileiro de precedentes foi legalmente previsto. Para o autor, a diferença é positiva, pois permite que o sistema de precedentes brasileiro se estabeleça de forma mais clara para os profissionais do direito e para a sociedade. Uma distinção básica que salta aos olhos é o fato de que o precedente do *stare decisis* no *common law* advém de uma construção cultural, conforme já demonstrado.

No modelo adotado no Brasil, o efeito vinculante de uma decisão advém de imposição legal, já que o próprio CPC/15 prevê quais decisões serão dotadas de tal efeito,⁵⁰ fenômeno que evidencia a falta de uma cultura jurídica de respeito aos precedentes no Brasil, que enseja a necessidade de a valorização da jurisprudência ser imposta por meio de Lei, ao contrário de países de *common law*, tal como Inglaterra e EUA, nos quais a vinculação ao precedente é culturalmente instituída.⁵¹ A diferença, contudo, não constitui um aspecto negativo; ao contrário, tão somente evidencia que cada país tem suas próprias necessidades, cujas respostas serão dadas a partir da experiência do contencioso.⁵²

⁴⁸Marinoni também já ressaltou que “a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes.. No common law, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais e não o contrário. De modo que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas de common law e civil law.” MARINONI, Luiz. Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, 2009, p. 175-232, Disponível em <https://www.academia.edu/29348429/APROXIMA%C3%87%C3%83O_CR%C3%8DTICA_ENTRE_AS_JURISDI%C3%87%C3%95ES_DE_CIVIL_LAW_E_DE_COMMON_LAW_E_A_NECESSIDADE_DE_RESP_EITO_AOS_PRECEDENTES_NO_BRASIL_CRITICAL_APPROACH_BETWEEN_CIVIL_LAW_AND_COMMON_LAW_AND_THE_NEED_FOR_RESPECTING_PRECEDENTS_IN_BRAZIL> Acesso em: 30 mai. 20.

⁴⁹MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. 2020. VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis edição 2020 on-line **Publicado pelo canal OAB Santa Catarina**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CsrUZfrzis8>> Acesso em: 25 Abr. 2021.

⁵⁰MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. A fixação de teses jurídicas à luz do acesso à justiça e da análise econômica do direito. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Cândido Rangel Dinamarco; Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Luiz Fux. (Org.). **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ed.Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 577-598.

⁵¹NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 220

⁵²MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. A fixação de teses jurídicas à luz do acesso à justiça e da análise econômica do direito. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Cândido Rangel Dinamarco; Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Luiz Fux. (Org.). **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ed.Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 577-598.

O segundo aspecto, segundo Aluisio Mendes, é que, enquanto no sistema do *common law* qualquer processo poderá contar com decisão que virá a se tornar um precedente, no Brasil, o legislador estabeleceu precedentes qualificados com efeito vinculativo ao prever expressamente em quais hipóteses e sob quais procedimentos tais precedentes serão formados. Exige-se, assim, um procedimento diferenciado para que uma decisão seja dotada de status de precedente e seja aplicada, com efeitos vinculantes, a outros casos.

Como terceiro ponto de diferenciação, o autor alertou que, enquanto o precedente do *common law* não precisa ter origem em julgamento de órgão que seja responsável pela uniformização de determinada questão, o legislador brasileiro previu a competência para os órgãos colegiados que tenham função uniformizadora no tribunal.

O quarto aspecto reside no fato de que, enquanto no *common law* o precedente é formado a partir do julgamento de um caso concreto, no Brasil, tais precedentes são formados a partir de um procedimento concentrado em torno de questões de direito controvertidas. Mais, o procedimento previsto pelo legislador é dotado de garantias aptas a permitir que a formação do precedente ocorra da melhor forma possível.

A quinta diferença relaciona-se à *ratio decidendi*. No *common law*, a descoberta da *ratio decidendi* é um trabalho *a posteriori* – pois não se sabe de antemão que aquela decisão se tornará um precedente – que não se mostra de fácil realização. Assim, os operadores do direito precisam ler acórdãos extensos e extrair a conclusão a partir de tal leitura, trabalho difícil e no qual, nem sempre, há consenso na interpretação do precedente e sua *ratio*. Com isso, gera-se dúvida a respeito do alcance, sentido e conteúdo do precedente. O legislador brasileiro preocupou-se em não enfrentar o mesmo problema dos países de *common law* e, assim, estabeleceu um procedimento que define a questão jurídica controvertida objeto do julgamento desde o início, bem como, ao final, estabelece uma tese jurídica de forma objetiva, com a conclusão e circunstâncias que ensejam a aplicação daquela tese jurídica, garantindo maior segurança jurídica, isonomia e economia processual e, também, facilitando o trabalho dos magistrados, advogados e estudantes.

Como sexto ponto, Aluisio Mendes citou o reforço dos princípios da publicidade e contraditório, pois o procedimento estabelecido pelo legislador previu como se dará a comunicação acerca da instauração do IRDR, bem como a participação de outros sujeitos na formação da tese jurídica.

O sétimo ponto elencado por Aluisio Mendes relaciona-se à possibilidade de suspensão de processos que versem sobre a mesma questão jurídica. Como no sistema de precedentes do *common law* não se sabe de antemão que aquela decisão tornar-se-á um

precedente, não há como se determinar a suspensão de processos que deveriam ser julgados sob a mesma *ratio decidendi*. Nesse caso, o sistema brasileiro de precedentes dá um passo à frente na garantia da isonomia, pois prevê a possibilidade de suspensão parcial ou total dos processos que versem sobre a mesma questão jurídica. Com tal medida, preserva-se não só a isonomia, mas a segurança jurídica e até a própria eficácia do futuro precedente.⁵³

O oitavo aspecto diferenciador é que, enquanto no sistema do *common law* não há prazo para a formação de um precedente, o sistema brasileiro estabeleceu a prioridade no julgamento de tais procedimentos e um prazo para o julgamento.

O penúltimo aspecto elencado por Aluisio Mendes consiste no fato de que os precedentes do *common law* não contam com regulamentação para sua aplicação, enquanto o sistema de precedentes brasileiro não só conta com tal previsão, como também estabelece economia processual com a aplicação de tais precedentes ao prever, por exemplo, a tutela de evidência e a improcedência liminar.

Por fim, o décimo ponto que diferencia o sistema de precedentes do *common law* é o fato de que, em tal sistema, não há regramento para a superação (“*overruling*”) e para a distinção (“*distinguishing*”), enquanto o sistema brasileiro trouxe regulamentação de tais hipóteses.

Nesse contexto, vale ressaltar que Alexandre Câmara destacou que, atualmente, os países de *common law* vêm enfrentando um movimento pela ampliação da flexibilidade interpretativa para maior liberdade com relação a precedentes, enquanto o Brasil usa os precedentes como forma de padronização decisória apta à estabilização. Isso se deve, principalmente, aos problemas enfrentados por uma jurisprudência com forte oscilação, caracterizada, por vezes, como “jurisprudência lotérica”⁵⁴.

⁵³A questão já foi notada em voto proferido pela 2ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes: “Admitir o prosseguimento dos processos pendentes antes do julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão do IRDR poderia ensejar uma multiplicidade de atos processuais desnecessários, sobretudo recursos. Isso porque, caso se admita a continuação dos processos até então suspensos, os sujeitos inconformados com o posicionamento firmado no julgamento do IRDR terão que interpor recursos a fim de evitar a formação de coisa julgada antes do posicionamento definitivo dos tribunais superiores.

Ademais, com a manutenção da suspensão dos processos pendentes até o julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, assegura-se a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, garantindo-se a segurança jurídica e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados: Impede-se, assim, a existência - e eventual trânsito em julgado de julgamentos conflitantes, com evidente quebra de isonomia, em caso de provimento do REsp ou RE interposto contra o julgamento do IRDR” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.869.867 / SC, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 20/04/2021. dje. 03/05/2021).

⁵⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 23 e 61.

1.2 As peculiaridades do IRDR

Cabe a instauração do IRDR quando houver multiplicidade de demandas sobre a mesma questão de direito, com decisões contraditórias que coloquem em risco a isonomia e segurança jurídica, bem como quando essa questão jurídica não tenha sido afetada para julgamento pelos tribunais superiores⁵⁵. A Corte Especial do STJ, por maioria, fixou entendimento segundo o qual a instauração do IRDR diretamente nos tribunais superiores é possível apenas nos casos de competência originária e de competência recursal ordinária daqueles tribunais. Assim, a instauração do IRDR, a princípio, é restrita aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais.⁵⁶

A legitimidade para se suscitar sua instauração é das partes do processo de origem que tenha como objeto a questão jurídica controvertida, do juiz, do relator, da Defensoria Pública e do Ministério Público, nos termos do artigo 977 do CPC/15⁵⁷.

Se houver desistência de uma das partes do processo paradigma afetado para julgamento, o Ministério Público deverá ser intimado para assumir a titularidade do incidente, nos termos do artigo 976, § 2º, do CPC/15⁵⁸.

Cabe ao colegiado do respectivo tribunal realizar o exame de admissibilidade do incidente. Se este for positivo, os processos em trâmite no respectivo tribunal, que versem sobre a mesma questão de direito, deverão ser suspensos até o julgamento do incidente⁵⁹. Por outro lado, não há previsão de recurso caso o exame de admissibilidade seja negativo, sendo possível nova suscitação posteriormente, quando presentes os requisitos de sua instauração⁶⁰.

⁵⁵GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos de competência originária dos tribunais. 1 ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 409.

⁵⁶AgInt na Pet 11.838-MS, rel. min. Laurita Vaz, rel. p/ acórdão min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 07/08/2019, DJe 10/9/2019.

⁵⁷Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

⁵⁸Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

⁵⁹Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

⁶⁰DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2121.

Esta posição foi, inclusive, confirmada pela 3ª Turma do STJ no julgamento do REsp nº 1.631.846 – DF, em novembro de 2019.⁶¹

O relator poderá expedir ofícios requisitando informações para juízos ou órgãos fracionários do respectivo tribunal e intimará o Ministério Público para, querendo, intervir no feito.

Com vias à ampliação do debate em torno da questão jurídica controvertida, o art. 979 previu a necessidade de ampla publicidade a respeito da instauração e julgamento, sendo necessário, inclusive, realizar o registro em plataforma do CNJ. Sobre o tema, Leonardo Greco destacou que:

Para viabilizar a ampla cognição sobre a tese jurídica debatida, o artigo 979 estabelece como primeiro efeito da instauração do incidente a “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. [...] Parece-me que a ampla divulgação, necessária para que o tribunal tome conhecimento de todos os fundamentos da tese suscitada, exigirá que os juízos e órgãos fracionários do tribunal, tomando conhecimento da instauração do incidente, remetam ao órgão competente para o seu julgamento cópias das peças dos autos nas quais as partes ou o próprio juízo tenha exposto fundamentos favoráveis ou contrários à tese discutida.⁶²

Para cumprir com o referido preceito legal, o “Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios”⁶³ foi implementado pelo CNJ. Alguns tribunais também disponibilizam, em seus sites, espaços destinados à informação dos precedentes firmados.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que o acesso à informação é essencial para a garantia do acesso à justiça e, por isso, a medida é importante na racionalização do acesso à justiça,

⁶¹Por maioria, prevaleceu o entendimento do voto-vista, da Ministra Nancy Andrighi “[...] Inicialmente, é preciso examinar uma questão antecedente ao mérito recursal, isto é, saber se é cabível recurso especial em face de acórdão de Tribunal de 2º grau que admite, ou não, o IRDR suscitado por alguns de seus legitimados. [...] Como se verifica, o primeiro fundamento que justifica o não cabimento do recurso especial contra o acórdão que versa sobre a admissibilidade ou não do IRDR está assentado na possibilidade, expressamente prevista pelo art. 976, §3º, do CPC/15, de ser requerida a instauração de um novo IRDR quando satisfeito o pressuposto que não havia sido inicialmente cumprido, sanando-se o vício existente ao tempo do primeiro requerimento. [...] De outro lado, a irrecurribilidade do acórdão que admite ou que inadmite o IRDR fica ainda mais nítida quando se vislumbra que o legislador apenas previu o cabimento de recurso especial ou extraordinário contra o acórdão de mérito do incidente, isto é, contra o acórdão do Tribunal de 2º grau que fixa a tese jurídica, como se depreende do art. 987, caput, do CPC/15 [...] Ademais, igualmente se pode acrescentar um outro fundamento que demonstra o não cabimento de recurso especial ou extraordinário na hipótese em que se examina tão somente a admissibilidade ou não do IRDR, a saber, a ausência da “causa decidida”, requisito exigido pelo texto constitucional para que se possa viabilizar o conhecimento de quaisquer recursos excepcionais. Com efeito, não há que se falar em causa decidida, que pressupõe a presença do caráter de definitividade do exame da questão litigiosa, se o próprio legislador previu, expressamente, a inexistência de preclusão e a possibilidade de o requerimento de instauração do IRDR ser novamente realizado quando satisfeitos os pressupostos inexistentes ao tempo do primeiro pedido (art. 976, §3º, do CPC/15). [...] Em suma, por qualquer ângulo que se examine a questão controvertida, conclui-se ser irrecurribil o acórdão de Tribunal de 2º grau que admite ou inadmite o IRDR. [...]” (REsp 1.631.846 – DF, 3ª Turma, Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05/11/2019).

⁶²GRECO, *op. cit.*, p. 410.

⁶³Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/bnpr-web/>>. Acesso em: 02 ago 2019.

para que permita ao jurisdicionado verificar a existência de tese contrária ou a favor antes do ajuizamento da ação, fazendo com que não haja o acionamento do Judiciário ou, ainda, favorecendo a autocomposição.⁶⁴

Conforme já se destacou em outra oportunidade, a preocupação com publicidade e informação não deve se restringir aos operadores do direito, é necessário que a informação chegue à sociedade, ao possível futuro jurisdicionado, possibilitando, assim, sua participação no julgamento. Por isso, já se sugeriu que,⁶⁵ na hipótese de uma questão jurídica relativa a determinada categoria de servidores públicos, haver a expedição de ofícios para o referido órgão, a fim de que tais servidores estejam cientes da questão jurídica a ser julgada⁶⁶.

A previsão legal atribuiu ao Ministério Público a faculdade de se manifestar ou não nos autos do IRDR. Não obstante, poucos serão os casos que o Ministério Público não intervirá, já que se trata de procedimento que tutela o direito objetivo⁶⁷, mais especificamente, de questão com “efetiva repetição de processos” e “risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica”, nos termos do artigo 976 e seus incisos do CPC/15. A atuação do Ministério Público será aprofundada em capítulo próprio.

O art. 980, *caput*, do CPC/15 estabeleceu o prazo de um ano para o julgamento do IRDR, bem como sua preferência de julgamento sobre os demais processos, com exceção dos

⁶⁴VIANNA, Lydia de Freitas. Primeiras reflexões sobre o julgamento e fixação da tese no IRDR. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ed.Salvador: Juspodivm, v. 1, 2020, p. 893-914.

⁶⁵VIANNA, Lydia de Freitas. Primeiras reflexões sobre o julgamento e fixação da tese no IRDR. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ed.Salvador: Juspodivm, v. 1, 2020, p. 893-914.

⁶⁶Ao comentar o art. 979, do CPC, Andre Vasconcelos Roque asseverou, com razão, que “O dispositivo em tela regula apenas uma das formas de divulgação de publicidade da instauração e julgamento do IRDR, não impedindo que outros meios sejam utilizados. Nada impede, e se mostra até aconselhável, que os tribunais enviem comunicações internas aos órgãos jurisdicionais inferiores, seja mediante expedição de ofícios, seja por outros canais de divulgação de informações, como portarias, avisos ou comunicados. A utilização de outros meios de divulgação pode, ainda, ser determinada pelo próprio relator do IRDR ou a posteriori, como o envio de correspondências às pessoas interessadas no resultado do incidente ou a publicação de editais no Diário Oficial ou mesmo a utilização de meios de comunicação em massa, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto. Claro que, nesta hipótese, restará o desafio de saber quem arcará com tais despesas, até porque o IRDR conta com isenção de despesas processuais (art. 976, § 5º). Semelhante dificuldade é, ainda hoje vivenciada nas ações coletivas, o que talvez permita uma solução comum para este dilema” – ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de . **Execução e recursos** - Comentários ao CPC de 2015. 1. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017, p. 857.

⁶⁷Este é o entendimento de Aluisio Mendes, para quem “A atuação do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas encontra fundamento, em primeiro lugar, na incumbência de defesa da ordem jurídica, nos termos do art. 127, *caput*, combinado com o art. 129, inciso IX, ambos da Constituição Federal. No caso, a função que lhe foi conferida pelo Código de Processo Civil, nos arts. 976, § 2º, e 977, inciso III, é compatível com a defesa da ordem jurídica, considerando o caráter uniformizador do direito a ser aplicado, em prol do princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como do acesso à justiça, da duração razoável dos processos e da economia processual. Por isso, ainda quando não for parte, deverá zelar para que o IRDR busque a consecução destes valores, mediante o devido processo legal.” In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 132.

processos que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*. Caso o IRDR não tenha sido julgado em tal prazo, cessará a suspensão, salvo se o relator, em decisão fundamentada, determinar a manutenção da suspensão.⁶⁸

Após o julgamento do IRDR, a tese fixada terá efeito vinculante e, assim, será de observância obrigatória pelos magistrados de primeiro e segundo grau da região do respectivo tribunal, devendo ser aplicada aos casos pendentes de julgamento e aos casos futuros que versem sobre a mesma questão jurídica. Há previsão de cabimento de recursos especial e extraordinário contra a decisão que fixar a tese jurídica do IRDR.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que, em 20 de abril de 2021, a 2ª Turma do STJ fixou entendimento segundo o qual, em tese, a suspensão dos processos em decorrência da admissão do IRDR cessará com o julgamento do Recurso Especial ou Recurso Extraordinário que tenha sido interposto contra o acórdão que fixou a tese jurídica do IRDR. Assim, não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado nos tribunais superiores.⁶⁹

Vale ressaltar que, em março de 2021, o STF recebeu o primeiro recurso extraordinário interposto contra tese jurídica firmada em sede de IRDR e reconheceu a repercussão geral⁷⁰ – que é presumida, na forma do art. 987, § 1º, do CPC/15.

Por fim, o § 1º do art. 985 do CPC/15 prevê o cabimento de reclamação contra decisão que não observe a tese jurídica firmada em IRDR. Quanto a este ponto, é interessante notar os impactos do regimento interno do STJ quanto aos IRDR's que chegam àquele tribunal

⁶⁸Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

⁶⁹Este foi, ao final, o resultado do caso que estava sob exame: “Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se aguarde o julgamento dos recursos extraordinários interpostos (não o trânsito em julgado, mas apenas o julgamento do REsp e/ou RE) contra o acórdão proferido no IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023” (STJ, REsp 1869867 – SC, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 20/04/2021).

⁷⁰“[...] Importante ressaltar que o presente recurso se destaca de outros até então submetidos ao Plenário virtual, por se tratar do primeiro recurso extraordinário interposto contra julgamento de mérito em incidente de resolução de demandas repetitivas, para análise do requisito da repercussão geral. [...] Verifico, ainda, tramitarem ações cíveis originárias, neste Supremo Tribunal Federal, cuja temática, a despeito de veicular interesse de estados-membros, guarda estreita correlação com a controvérsia objeto deste recurso extraordinário [...] Destarte, é certo que a vexata quaestio transcende os limites subjetivos da causa, porquanto o tema em apreço sobressai do ponto de vista constitucional, especialmente em razão da interpretação conferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao artigo 158, I, da Constituição Federal [...] Configura-se, assim, a relevância da matéria sob as perspectivas social, econômica e jurídica (artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil), bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio desta Suprema Corte. Nesse sentido, tenho que a controvérsia constitucional em apreço ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. [...] manifesto-me pela EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SUSCITADA e, nos termos do artigo 1.029, § 4º, do CPC, MANTENHO A SUSPENSÃO NACIONAL dos processos que versam a mesma questão constitucional, do modo como deferida originariamente. Submeto a matéria à apreciação dos demais Ministros da Corte” (STF, RE 1293453, Rel. Ministro Luiz Fux, 19/03/21).

superior e sua relação com o julgamento da Reclamação nº. 36.476-SP, em fevereiro de 2020, pelo STJ.

Como se nota a partir da leitura do § 1º do art. 985 do CPC/15, a reclamação quanto a acórdão que viola entendimento firmado em sede de IRDR pode ser proposta sem a necessidade de prévio esgotamento de instâncias ordinárias.⁷¹ A sistemática difere das reclamações que seriam oriundas de julgamentos de recursos repetitivos, pois o legislador estabeleceu para tais casos a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias, conforme prevê o inciso II, do § 5º, do art. 988.⁷² Já há, portanto, um tratamento diferenciado quanto à sistemática de proteção das teses jurídicas firmadas em IRDR e em recurso repetitivo, prevista pelo próprio legislador, que, na verdade, não existia no texto original do CPC/15, tendo sido incluído pela Lei nº 13.256, de 2016.

Verifica-se, ainda, outra questão. Após a alteração trazida pela Lei nº 13.256, de 2016 ao CPC/15, o STJ alterou parte de seu regimento interno para estabelecer o procedimento a ser observado para os recursos especiais interpostos contra acórdãos proferidos em sede de IRDR para estabelecer que tais recursos serão processados na forma da seção dos recursos repetitivos. A mudança parece ter tido o intuito de impossibilitar que seja proposta reclamação diretamente ao STJ caso haja violação à tese jurídica formada em sede de recurso especial em IRDR.⁷³ Em termos de controle de aplicação correta da tese jurídica, a impossibilidade de uso da reclamação por violação a teses jurídicas firmadas em IRDR pode colocar em xeque o bom funcionamento do instituto, em especial nos seus primeiros anos de utilização, em que se experimenta o seu amadurecimento pelos operadores do direito.

Quanto ao ponto, vale notar que, em fevereiro de 2020, a Corte Especial do STJ concluiu o julgamento da Reclamação nº. 36.476-SP, pelo qual fixou entendimento de que não cabe ao STJ, em sede de reclamação, controlar a (in)correta aplicação de tese jurídica

⁷¹MAZZOLA, Marcelo. STJ: Processamento do IRDR por sistemática do repetitivo. **JOTA**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-processamento-do-irdr-por-sistemica-do-repetitivo-04082017>> Acesso em: 16 mar. 2019.

⁷²Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...]§ 5º É inadmissível a reclamação: [...]

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

⁷³Acompanha-se o entendimento de Marcelo Mazzola: “Considerando que as alterações do Regimento Interno do STJ foram promovidas meses após a vigência da Lei nº 13.256/16, que nos pareceu que a intenção foi, na prática, ‘transformar’ o REsp do IRDR em REsp repetitivo, a fim de que o respectivo acórdão não possa ser atacado diretamente por reclamação (art. 988, § 5º, II, do CPC), obrigando, com isso, o jurisdicionado a esgotar as instâncias ordinárias antes de manejá-la” MAZZOLA, Marcelo. *op. cit.*, Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-processamento-do-irdr-por-sistemica-do-repetitivo-04082017>> Acesso em: 16 mar. 2019.

formada em recurso repetitivo. Para o entendimento, o STJ se valeu de quatro principais fundamentos, quais sejam: (i) a alteração legislativa do art. 988 do CPC/15, que eliminou a expressa previsão de cabimento de reclamação contra decisão que viole tese jurídica de recurso repetitivo e incluiu o § 5º acima mencionado, teria expresso a intenção do legislador de inviabilizar o uso da reclamação para os recursos repetitivos; (ii) a alteração legislativa foi uma concessão do Poder Legislativo em razão da percepção de potencial asoeramento do STJ; (iii) a eliminação do cabimento de reclamação em tais hipóteses teve uma compensação por meio da inclusão dos §§ 5 e 6 no art. 966, que trata da ação rescisória; e (iv) aos tribunais superiores cabe fixar a tese jurídica, de forma que o reexame de precedentes vai na contramão da racionalização da prestação jurisdicional.⁷⁴

A alteração promovida no regimento interno do STJ e o entendimento firmado no julgamento da Reclamação nº. 36.476-SP indicam que, apesar de ser possível o uso de reclamação diretamente aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais em caso de violação de tese jurídica por eles fixada em sede de IRDR, não caberá reclamação, em nenhuma hipótese, caso tenha havido interposição e julgamento de recurso especial contra acórdão proferido em sede de IRDR, o que acaba por gerar uma discrepância de tratamento.

1.2.1 A cisão cognitiva no IRDR

O IRDR é um instituto processual voltado à tutela do direito objetivo, não do direito subjetivo.⁷⁵ O julgamento não se voltará ao caso concreto afetado para julgamento, mas, sim, à resolução – e pacificação – da questão jurídica controvertida. Nesse sentido, a intenção não é resolver a lide, mas, sim, estabelecer a tese jurídica que será aplicada não só àquele caso afetado para julgamento, como a outros e que irá ajudar na contenção do grande fluxo de

⁷⁴Este estudo não tem como objeto analisar o entendimento do STJ, de forma que se remete o leitor às críticas de Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (MARIOTINI, Fabiana Marcello Gonçalves.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Controle de aplicação de tese firmada em recurso repetitivo: uma análise crítica da Reclamação no. 36.476/SP à luz da sistemática processual-constitucional. In: Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim. (Org.). Aspectos polêmicos dos recursos cíveis. 1 ed., v. 15, 2020, p. 135).

⁷⁵“[...] é possível afirmar que o IRDR se preocupa, preponderantemente, com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos apenas serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos. Por isso, adotamos o entendimento segundo o qual o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual objetiva” (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 80-81).

demandas que assola o Poder Judiciário. Percebe-se aqui verdadeira distinção entre o precedente firmado ao julgar a tese jurídica do IRDR e o precedente do *stare decisis* que, antes de ser um precedente, é uma decisão voltada ao julgamento de um caso concreto e à tutela do direito subjetivo.

Entre os mecanismos voltados ao tratamento da litigiosidade no Brasil, é possível observar uma divisão entre causas piloto, também chamadas de processos-teste, e processos-modelo, também chamados de procedimento-modelo. Os processos-modelo contam com cisão cognitiva e decisória, pela qual o julgamento se restringe à fixação de uma tese jurídica que, posteriormente, será aplicada aos demais casos, modelo adotado no *Musterverfahren*⁷⁶ do Direito Alemão. Por sua vez, nas causas piloto, há unidade cognitiva e decisória, de forma que o órgão que julga o incidente relativo às questões controvertidas também julga o caso concreto.⁷⁷

A questão da existência de cisão cognitiva e decisória ou não no julgamento do IRDR suscitou debates na doutrina, em especial após as sucessivas alterações legislativas pelas quais este instituto processual passou no decorrer do processo legislativo até chegar na versão final prevista no CPC/15. A doutrina associa essa controvérsia com o requisito de existência de causa pendente no tribunal ou não para a instauração do IRDR, questão que será abordada em momento próprio.

De volta aos primórdios do instituto, o IRDR tem origem em proposta formulada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que, à época, havia nomeado o instituto como “Incidente de Coletivização”, que se pretendia ser um instrumento cuja utilização se daria a partir da primeira instância, voltado ao fortalecimento de precedentes, com vias a garantir a isonomia.

O texto do anteprojeto do CPC/15 demonstrava que o Incidente de Coletivização se assemelhava ao *Musterverfahren* do Direito Alemão, especialmente aquele voltado ao Mercado de Capitais, previsto pela KapMug em 2005.⁷⁸ Além dos aspectos de sua inspiração

⁷⁶O IRDR teve sua inspiração no *Musterverfahren*, conforme constou na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.”. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, 2014, p. 201-229.

⁷⁸ Há diferentes tipos de *Musterverfahren* no Direito Alemão, conforme ensina Aluisio Mendes: “Em 1979, diante do projeto de construção do aeroporto internacional de Munique, foram ajuizadas 5.724 demandas perante o Tribunal Administrativo de Munique. Considerando a avalanche de demandas, as dificuldades para o andamento concomitante destes processos e verificando que havia uma identidade muito significativa, em termos de fatos e alegações, o órgão judicial de primeiro grau (Verwaltungsgericht München) resolve inovar, efetuando uma triagem inicial de 40 procedimentos, que teriam seguimento para processamento, produção de provas e julgamento. Os demais permaneceriam suspensos, por tempo indeterminado, aguardando o julgamento

no Direito Alemão, o instituto assumia peculiaridades que demonstravam a influência de institutos nacionais, tais como os recursos repetitivos, além de um caráter preventivo para o tratamento da litigiosidade.⁷⁹

O Anteprojeto culminou no Projeto de Lei nº 166 de 2010, com a manutenção quase integral do texto relativo ao IRDR na versão que foi aprovada pelo Senado Federal em primeiro turno, inclusive quanto à possibilidade de instauração a partir de processos em trâmite na primeira instância.⁸⁰

A versão do IRDR prevista no texto substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados contou com alterações significativas, inclusive com o afastamento da possibilidade de se suscitar o IRDR em caráter preventivo, pois a previsão de instauração diante de “controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos” foi substituída pela exigência de “efetiva repetição de processos”, mudança mantida na redação final do instituto. Também foi incluído dispositivo que estabelecia que sua instauração dependeria da existência de processo pendente no tribunal que versasse sobre a mesma questão de direito controvertida.⁸¹

O condicionamento da instauração do IRDR à existência de processo em trâmite perante o segundo grau “se contrapunha ao anteprojeto redigido pela Comissão de Juristas, bem como à versão aprovada em primeiro turno no Senado”⁸² e, em seu parecer final, o relator de tal versão destacou que tal exigência teria efeitos deletérios, pois prolongaria situações de incerteza e insegurança jurídica. Ao final, o § 2º do art. 988 do SCD, que

paradigmático dos procedimentos-modelo (Musterverfahren). É de se ressaltar que, na época, 1979-1980, a legislação alemã não previa expressamente o referido procedimento adotado (Musterverfahren). [...] Com a experiência prática do procedimento modelo na Justiça Administrativa de Munique e a sua chancela pela Corte Constitucional, houve o encaminhamento, em 27.04.1990, da proposta de inserção de um novo parágrafo (93a) no Estatuto da Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung - VWGO), de 1960, prevendo expressamente, no ordenamento legal, o Musterverfahren. O parlamento alemão aprovou em 17.12.1990, o projeto de lei, entrando em vigor o novel 593a, com a regulamentação do procedimento modelo no âmbito da jurisdição administrativa, em 01.01.1991. Em seguida, o julgamento-padrão foi introduzido no âmbito do mercado mobiliário mediante a edição da Lei sobre procedimento modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capitais (Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten - KapMuG), de 16.08.2005, que entrou em vigor em 01.11.2005. [...] Por fim, no ano de 2008, o legislador alemão insere¹ o instrumento do procedimento-modelo também no âmbito do ramo do Poder Judiciário que cuida dos conflitos envolvendo a previdência e assistência social, com a introdução do parágrafo 114a na Sozialgerichtsgesetz, contendo praticamente o mesmo texto do parágrafo 93a do Estatuto da Justiça Administrativa. É de se notar que os procedimentos adotados nos ramos administrativo e da previdência e assistência social são idênticos, mas diferem do que foi estabelecido para o mercado de capitais [...]” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30-36).

⁷⁹*Ibidem*, p. 63-66.

⁸⁰*Ibidem*, p. 66-67.

⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 67-69.

⁸²*Ibidem*, p. 69.

estabelecia que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” foi excluído do texto quando da aprovação do CPC pelo Senado.

Outra questão importante decorrente das alterações que a versão final apresentou em relação ao projeto aprovado pela Câmara dos Deputados foi a inclusão do parágrafo único ao art. 978 do CPC/15.⁸³

Na redação final, enquanto o *caput* do referido dispositivo prevê que a competência para julgamento do IRDR é do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência dentro de determinado tribunal, nos termos do regimento interno, o parágrafo único estabelece que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Além dos vícios de constitucionalidade, a redação final do parágrafo único do art. 978 do CPC/15 levou a doutrina a refletir sobre a natureza do IRDR,⁸⁴ se seria uma causa-piloto ou um procedimento-modelo, tal qual o procedimento do *Musterverfahren*, instituto que lhe serviu de inspiração.

Para Aluisio Mendes, o parágrafo único do art. 978 padece de inconstitucionalidade formal por violação ao art. 65 da CRFB/88, em razão da inovação no texto, já que o dispositivo foi introduzido após as versões aprovadas pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados, e inconstitucionalidade material por violação ao art. 96, inciso I, a, da CRFB/88, em razão de a CRFB/88 conferir aos tribunais competência legislativa interna e privativa quanto à competência e funcionamento de seus órgãos jurisdicionais.⁸⁵

Ultrapassados os vícios de constitucionalidade, e passando à análise ao sentido do dispositivo, Aluisio Mendes, Sofia Temer e Andre de Vasconcelos Roque,⁸⁶ entendem que, na

⁸³*Ibidem*, p. 70-71

⁸⁴Nesse contexto, Aluisio Mendes já ressaltou a autonomia de ambas as discussões ao afirmar que “[...] embora paralelas e relacionadas, as duas indagações devem ser apreciadas ao seu devido tempo e modo” *Ibidem*, p. 108.

⁸⁵“O parágrafo único já foi objeto de comentário inicial, por ocasião da análise do processo legislativo, ressaltando-se que a sua redação, e sentido, não se faziam presentes em nenhuma das versões aprovadas inicialmente no Senado Federal ou na Câmara dos Deputados. Portanto, estaria formalmente contaminada pelo vício de inconstitucionalidade, em afronta ao disposto no art. 65 da Magna Carta, pois teria havido clara inovação no texto submetido unicamente à votação final e promulgação.

Em acréscimo, a regra parece conter também vício material, por invadir a competência legislativa interna privativa dos tribunais, para dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais, nos termos do art. 96, inciso I, alínea a, da Constituição da República.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 121).

⁸⁶“Avaliando a disciplina do IRDR no CPC/15, parece mais adequado tratá-lo como procedimento-modelo. Afirma-se isto não por conta da possibilidade de prosseguimento do incidente mesmo após a desistência ou abandono da causa a partir da qual foi instaurado (art. 976, § 1º), pois regra semelhante vigora para os recursos especial ou extraordinário repetitivos (art. 988, parágrafo único) e não se duvida que estes sejam exemplo de causa-piloto. No entanto, não se pode ignorar que (i) o IRDR resolve apenas questões de direito (art. 976, I),

verdade, o parágrafo único do art. 978 estabelece apenas uma regra de prevenção, pela qual o órgão que fixou a tese jurídica do IRDR será o órgão competente para o julgamento de eventual recurso ou remessa necessária que seja interposto contra uma sentença proferida no caso paradigma após a fixação da tese jurídica.⁸⁷ Nesse sentido, não haveria motivos para se crer que o IRDR teria se tornado uma causa piloto, afastando-se do modelo originalmente adotado, pois o dispositivo não alteraria a natureza do instituto, mas tão somente apresentaria uma regra de competência.

Em sentido contrário, Alexandre Câmara afirma que se trata de uma causa-piloto, que julgará, também, o caso concreto.⁸⁸ Tal posicionamento é acompanhado por Antonio do Passo Cabral que, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade formal do dispositivo, entende que sua inserção teve como efeito desnaturar o IRDR como um procedimento-modelo para que se tornasse uma causa-piloto, razão pela qual o órgão julgador do IRDR se encarregará de julgar ao mesmo tempo a tese jurídica, o recurso ou remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.⁸⁹

Apesar dos entendimentos e argumentos em sentido contrário, este estudo adota a premissa de que o IRDR é essencialmente um incidente e, também por isso, não julga o caso

ficando a análise dos fatos e provas sob a competência do juízo de aplicação (art. 985, I) (ii) o recurso contra a decisão que julga o IRDR tem repercussão geral presumida e efeito suspensivo sem qualquer ressalva (art. 987, §1º), o que só parece fazer sentido se o acórdão se limitar à definição da tese jurídica geral, sem apreciação das questões específicas envolvidas no caso representativo que foi selecionado; (iii) a matéria suscetível de julgamento no IRDR pode consistir em simples questão incidental nos processos repetitivos – como, por exemplo, se o prazo previsto no art. 523, caput (para pagamento espontâneo da condenação) deve ser contado em dias úteis ou corridos, caso em que pode ser inviável o julgamento do caso concreto; e (iv) a legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público para requerer a instauração do incidente (art. 977, III) parece reforçar que se trata de um “procedimento-modelo”, pois tais entes não necessariamente serão partes nas causas que originaram o IRDR. Nessa perspectiva, o art. 978, parágrafo único, consiste apenas em regra de prevenção do órgão que apreciou o IRDR para o julgamento do recurso, remessa necessária ou procedimento do qual se originou o incidente (se este já estiver em curso no tribunal por ocasião da deflagração do IRDR), sem unidade de cognição e julgamento do incidente com a causa a partir da qual foi instaurado.” (ROQUE, Andre Vasconcelos. In: GAJARDONI. Fernando da Fonseca; et. al. **Execução e recursos** - Comentários ao CPC de 2015. 1. ed. São Paulo: Método, 2017).

⁸⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 121.

⁸⁸ “O processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros [...] Esse órgão colegiado, competente para fixar o padrão decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479).

⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Comentário aos arts.976 a 987. in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p.1447.

concreto,⁹⁰ de forma que há cisão cognitiva e decisória em seu julgamento.⁹¹ Este, inclusive, foi o posicionamento adotado pela 1ª Seção do STJ no julgamento do agravo Interno interposto no Conflito de Competência nº 148519, em 2018.⁹²

A previsão contida no parágrafo primeiro do art. 976,⁹³ que autoriza a continuidade do julgamento do IRDR ainda que haja desistência ou abandono do caso paradigma afetado para julgamento, é também um fator que indica que há cisão cognitiva e decisória no julgamento do IRDR.⁹⁴ Isso porque tal previsão demonstra que o julgamento do IRDR pode ocorrer sem que haja o julgamento de um caso concreto, que seria o caso paradigma.

Nesse contexto, vale ressaltar que a cisão cognitiva e decisória é outro elemento que distingue o IRDR da concepção clássica de precedentes, já que o IRDR não julga um caso concreto, limitando-se a analisar a questão jurídica controvertida, conforme já exposto. Trata-se tão somente de um incidente que julgará uma tese jurídica que, posteriormente, será aplicada ao caso concreto.

É de se notar que, no sistema de precedentes clássico do *common law*, os fatos adquirem extrema relevância para a *ratio decidendi* do precedente e, mais ainda, antes de se preocupar em formar um precedente, aquela decisão é voltada para a solução do caso concreto sob exame.⁹⁵ Por isso, Edward Domenic Re já havia alertado para o fato de que “a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas”⁹⁶ naquele caso anterior que se tornou um precedente.

⁹⁰A questão foi apreciada pela 1ª Seção do STJ, no julgamento do Agravo Interno no Conflito de Competência nº 148.519, no qual o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho teve voto vencedor, no qual fez constar que: “Bem a propósito do tema, percebe-se que o sistema de casos-piloto foi previsto para os Recursos Especial e Extraordinário representativos de controvérsia, na forma do art. 1.036, caput e § 1o. do CPC/2015. Na espécie, o eminente Relator, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, em decisão monocrática, pretende seja apreciada tese de direito a partir de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – art. 976 do Código Fux, porém com análise casuística, por aplicação analógica do rito dos Recursos Representativos de Controvérsia – art. 1.036 do Estatuto Processual. Contudo, o IRDR tem inspiração em instituto do direito alemão, isto é, trata-se de procedimento-modelo, destinado a produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios [...]”.

⁹¹Humberto Santarosa também adota este entendimento: “[...] é preciso salientar que a afetação de um julgamento como caso repetitivo pressupõe uma cisão da atividade cognitiva da causa” (OLIVEIRA, Humberto Santarosa. O microsistema de casos repetitivos: apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Dalla Bernardina Pinho, Luiz Fux. (Org.). **Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ed.Rio de Janeiro: GZ Editora, v. 1, 2019, p. 480).

⁹² AgInt no CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 148.519 – MT, 1ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/07/2017, dje. 02/02/2018.

⁹³Art. 976, § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

⁹⁴TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2017, p. 68-69.

⁹⁵RE, Edward D. Stare decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, p. 7-13, abr. 1994.

⁹⁶RE, Edward D. Stare decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, 1994. p. 7-13.

Em razão da cisão cognitiva e decisória do IRDR, que visa a tratar de questão de direito controvertida, que pode ter origem em casos concretos com fatos um tanto quanto diferentes,⁹⁷ o contexto fático do caso paradigma que foi afetado para o julgamento do IRDR não é dotado da mesma importância que os fatos adquirem em um precedente típico do *common law*.

Tem-se, portanto, uma diferença sensível no processo de formação do precedente do *common law* e no processo de formação da tese jurídica no IRDR, pois, enquanto aquele tem origem em tutela de direitos subjetivos, esta tem origem na tutela do direito objetivo, afastando-se, de certa forma, do julgamento do caso concreto.⁹⁸

Além da discussão a respeito da cisão cognitiva, a redação do parágrafo único do art. 978 do CPC/15 levou a doutrina a refletir se o dispositivo importaria em se exigir a existência de causa pendente no tribunal como requisito para a instauração do IRDR.⁹⁹ A exigência de causa pendente no tribunal iria de encontro à ideia original do instituto, que era possibilitar sua instauração desde a primeira instância, razão pela qual se atribuiu legitimidade para o juiz de primeiro grau suscitar o IRDR.¹⁰⁰

⁹⁷ “Embora a denominação do IRDR indique um escopo voltado para a uniformização do entendimento nas demandas repetitivas, o seu regramento legal acabou propiciando ao instituto uma abrangência ainda mais ampla, porque, em tese, cabível a sua aplicação mesmo para casos heterogêneo, se houve, em termos de direito material ou processual, controvérsia sobre uma questão comum de direito que seja relevante para o processamento ou julgamento do pedido formulado. É o que se pode deduzir do contido no inciso I do art. 976 do CPC-2015. A hipótese acima, ou seja, de aplicação do IRDR em demandas relacionadas a direitos individuais heterogêneos não pode ser desprezada quanto ao seu alcance e importância para o sistema, na medida em que a questão comum pode se fazer presente em diversos processos, ainda que fundados em fatos diversos.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25).

⁹⁸ Nesse contexto, adota-se a posição de Sofia Temer, para quem “o incidente se aproxima mais do processo que tutela o direito objetivo do que com o processo destinado a tutelar diretamente situações subjetivas concretas”. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2017, p. 65.

⁹⁹ Alexandre Câmara, por exemplo, entende ser necessário haver causa pendente no tribunal para que a instauração do IRDR seja possível. “Terceiro requisito, que não está expresso na lei mas resulta necessariamente do sistema é que já haja pelo menos um processo pendente perante o tribunal (seja recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do próprio tribunal: FPPC, enunciado 344). É que, como se verá melhor adiante, uma vez instaurado o IRDR, o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além de decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros. Assim, por força da exigência legal de que o tribunal não se limite a fixar a tese, mas julgue, como causa-piloto, o processo em que instaurado o incidente, impõe-se que já haja pelo menos um processo pendente perante o tribunal, sob pena de se promover uma inadequada e ilegítima supressão de instância.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. versão digital).

¹⁰⁰ “Em síntese, a concepção que predominou no Senado, tanto na versão aprovada em primeiro turno, quanto na redação final, foi no sentido de que o incidente poderia ser provocado quando houvesse processos em primeira instância ou no tribunal, razão pela qual o incidente poderia ser suscitado tanto pelo juiz de primeiro grau quanto pelo relator, assim como pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. No Substitutivo da Câmara dos Deputados, no entanto, constavam dispositivos que expressamente mencionavam a exigência de que, para ser suscitado, o incidente deveria tomar como base processos que já estivessem em tramitação no

Em sendo um dispositivo a tratar de mera prevenção para julgamento, como já demonstrado, não há motivos para que se exija a existência de causa pendente no tribunal como requisito para a instauração do IRDR.

Da mesma forma, diante da cisão cognitiva e decisória, não há motivos para se exigir a existência de causa pendente no tribunal como requisito para sua instauração, já que o tribunal poderá julgar a questão jurídica controvertida que contar apenas com processos em trâmite na primeira instância,¹⁰¹¹⁰² e, após a fixação da tese jurídica, esta será aplicada pelo magistrado de primeiro grau.

O intuito do legislador aliado à premissa de que o IRDR é um instituto processual de gestão do Poder Judiciário, questão que será abordada adiante, compõem um cenário no qual não há motivos para se esperar a chegada de um caso à segunda instância para que se permita a instauração do IRDR – enquanto a primeira instância permanece na incerteza gerada por decisões conflitantes, que acabam por contribuir para o ajuizamento de mais ações. Exigir que haja causa pendente em segundo grau para a instauração do IRDR colocaria em xeque o bom funcionamento do instituto, pois importaria em se esperar a chegada de mais casos ao Poder Judiciário e mais recursos para julgamento pelo tribunal, em vez de tratar o problema desde a sua identificação.

Mas não é só isso. O requisito ainda iria de encontro à isonomia e à segurança jurídica, pois a posição admite que sentenças díspares para casos idênticos ou semelhantes sejam acobertadas pelos efeitos da coisa julgada. Afinal, não há garantia de que as partes interponham recursos desde logo contra tais sentenças a fim de levar a questão ao tribunal, de maneira que a situação de incerteza perduraria por mais tempo.

tribunal de segundo grau e, por isso, o IRDR não poderia ser provocado pelo juiz de primeiro grau. Não obstante a clara manifestação a respeito, no parecer final que norteou o texto aprovado em última versão no Senado Federal, que foi sancionado e publicado, a controvérsia ainda persiste.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 116).

¹⁰¹O entendimento que aqui se adota é compartilhado por Humberto Santarosa de Oliveira, para quem é “imperioso destacar que a propalada existência de ‘risco de ofensa’ por parte da legislação referente ao IRDR não pressupõe a existência de causa pendente de julgamento do Tribunal local (no caso, recursos em geral), mas sim que existam processos em curso a respeito da controvérsia, quando então estaria preenchido o requisito para a suscitação do incidente” (OLIVEIRA, Humberto Santarosa. O microsistema de casos repetitivos: apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Dalla Bernardina Pinho, Luiz Fux. (Org.). **Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, v. 1, 2019, p. 481-482).

¹⁰²Em sentido contrário, Alexandre Câmara afirma a necessidade de haver causa pendente em trâmite no segundo grau sob o fundamento que o contrário importaria em supressão de instância, pois, como já se mencionou, o IRDR é um incidente e não julga o caso concreto, mas tão somente define uma tese jurídica. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479).

Outro ponto que merece destaque é a legitimidade do juiz de primeiro grau suscitar a instauração do incidente, conforme previsto no inciso I do art. 977 do CPC/15¹⁰³, que é mais um indício da opção do legislador em permitir a instauração do incidente a partir do primeiro grau.¹⁰⁴

Tal como já foi notado por Sofia Temer,¹⁰⁵ a existência de uma causa pendente no tribunal não é requisito indispensável ao amadurecimento do debate em torno da questão jurídica controvertida, pois o almejado amadurecimento será possível tanto a partir das conclusões divergentes adotadas por sentenças conflitantes que ensejarão a instauração do IRDR, quanto pelos demais mecanismos previstos pelo legislador para o enriquecimento do debate: a convocação de audiência pública, a requisição de informações aos juízes, a atuação de *amicus curiae* e do Ministério Público, dentre outros.

Com efeito, será a ampla participação dos sujeitos processuais que atuarão no julgamento da questão jurídica controvertida que permitirá, efetivamente, a ampliação do debate e consequente amadurecimento da controvérsia. Isso porque os diferentes sujeitos processuais apresentarão ao tribunal os mais diversos argumentos – que provavelmente conflitarão entre si, já que a instauração do IRDR necessita da existência de uma efetiva controvérsia – e possibilitarão o esgotamento do debate.

Tanto a atuação dos sujeitos, quanto o esgotamento do debate, serão melhor analisados em capítulo próprio deste estudo. Agora, é necessário analisar a relação do IRDR com o princípio da eficiência e sua característica de mecanismos de gestão do Poder Judiciário, pois tais premissas são importantes para o bom funcionamento desse instituto.

1.2.2 O IRDR como mecanismo de gestão processual e o princípio da eficiência

Ao participar de palestra do VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis, em 2020, e comentar sobre o sistema de precedentes estabelecido pelo CPC/15, Teresa Arruda Alvim apontou como motivo para sua criação: o “desespero”, tanto do Poder Judiciário, quanto do jurisdicionado. Ao assim se referir, a autora fez questão de registrar que não se

¹⁰³Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

¹⁰⁴TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2017, p. 109.

¹⁰⁵TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2017, p. 108.

tratava de uma crítica negativa. Seria, na verdade, um desespero legítimo, em razão da alta carga de trabalho que os tribunais brasileiros precisam lidar. Acrescentou que o sistema de precedentes vinculantes, dentro do qual se inclui o IRDR, tem como função administrar e gerenciar as ações que assoberbam o Poder Judiciário, em especial aquelas da litigância de massa.¹⁰⁶ Essas funções de “administrar” e “gerenciar” relacionam-se com o princípio da eficiência, motivo pelo qual este estudo passará a abordá-lo.

O princípio da eficiência tem base constitucional, tendo passado a integrar o art. 37 da CRFB/88 após a introdução da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Suas bases remontam nos estudos da Administração, com posterior inclusão nos estudos de Economia. Por desempenhar atividades administrativas e econômicas, o Poder Público atrai a aplicação da eficiência ao seu atuar.¹⁰⁷

Como o art. 37 da CRFB/88 destina-se a todos os poderes estatais, tem-se que o princípio da eficiência, no âmbito processual, decorre de base constitucional. Esta base constitucional também decorre da integração do princípio da eficiência no devido processo legal. De toda forma, o CPC/15 trouxe previsão expressa do princípio da eficiência processual em seu art. 8º, dentro do capítulo destinado ao tratamento das normas fundamentais do Processo Civil.¹⁰⁸ Com o correto gerenciamento, a partir de uma perspectiva de busca por eficiência, espera-se conseguir equacionar o problema gerado pelo grande fluxo de demandas que deságua no Poder Judiciário.

No Processo Civil, o princípio da eficiência tem aplicação não apenas nos processos judiciais, mas também na administração da justiça e sua busca é diária. Diante do quadro da litigiosidade no Brasil, no qual se verifica grande número de demandas, muitas vezes massificadas, há expressiva preocupação com o aspecto quantitativo da eficiência. Todavia, não se pode perder de vista que a eficiência deve ser aferida igualmente em seu aspecto qualitativo, pois não há como se abrir mão, por exemplo, das garantias processuais ou da boa técnica nos julgamentos.¹⁰⁹

¹⁰⁶ALVIM, Teresa Arruda. 2020. 1 vídeo. VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis edição 2020 on-line **Publicado pelo canal OAB Santa Catarina.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=om5Aqak892Q>> Acesso em: 28 abr. 2021.

¹⁰⁷RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117.

¹⁰⁸RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117.

¹⁰⁹Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto explicaram sobre as diferenças entre o aspecto qualitativo da eficiência e seu aspecto quantitativo: “[...]a eficiência, amplamente considerada, engloba uma concepção (i) quantitativa (a redução de gastos), sem desprezar o (ii) aspecto qualitativo (manutenção de um padrão de serviço público esperado pela população). Ademais, a prestação deve tender para a (iii) universalidade, não estando satisfeita a exigência com uma atuação setorializada, por melhor e mais econômica que seja. [...]no direito processual – onde igualmente pode ser entendido como o máximo atingimento

Nesse sentido, acompanha-se o entendimento de que os “institutos prolatores de teses, portanto, fortalecem a eficiência quantitativa, sem abrir mão da veia qualitativa, conciliando o direito de ação e o acesso à justiça com o desumano acúmulo de trabalho do Judiciário”.¹¹⁰

A gestão é essencial para o bom funcionamento de qualquer coisa, seja de tempo, de material, de pessoal, seja na esfera individual de uma pessoa, seja na estrutura de um escritório de advocacia ou empresa, seja no próprio Poder Judiciário. Não é à toa que o mundo vem trabalhando com a ideia de gerenciamento no Poder Judiciário para que haja maior economia, racionalidade e eficiência nos julgamentos.¹¹¹

No contexto de gestão no Poder Judiciário, tem-se o que se chama de *case management*, que engloba duas dimensões de gerenciamento, o *case management* em sentido estrito, voltado ao gerenciamento dos casos judiciais em si, e o *court management*, que se encarrega da gestão das unidades cartorárias e da estrutura do Poder Judiciário.¹¹²

Os mecanismos voltados à resolução de questões comuns foram introduzidos no direito brasileiro não apenas com a intenção de garantir maior isonomia e coerência nas decisões judiciais, combatendo, assim, a “jurisprudência lotérica”. Um dos intuitos de tais mecanismos processuais é lidar com o grande fluxo de demandas que chegam ao Poder Judiciário de forma mais eficiente e eficaz.

Busca-se “julgar racionalmente e de forma rápida”, contribuindo, assim, para a duração razoável do processo.¹¹³ Por isso, o IRDR pode ser considerado como verdadeiro mecanismo de gestão do Poder Judiciário,¹¹⁴ e ¹¹⁵ voltado ao “gerenciamento de casos substancialmente iguais no que toca à questão nuclear”.¹¹⁶

das finalidades (qualitativa e quantitativamente) com o menor esforço. [...] No Brasil, comumente nos preocupamos mais com o aspecto da quantidade, o que se justifica pelo cenário das demandas isomórficas e de massa enfrentadas.” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117).

¹¹⁰RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117.

¹¹¹GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O novo CPC e o fim da gestão na Justiça. **JOTA**, São Paulo, 2014. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica-22122014> Acesso em: 26 mar. 2021.

¹¹²ALVES, Tatiana. Machado. **O gerenciamento processual no Código de Processo Civil de 2015: mecanismos para gestão cooperativa da instrução probatória e integração da atuação dos sujeitos processuais**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado: 2016.

¹¹³OLIVEIRA, Humberto Santarosa. O microsistema de casos repetitivos: apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Dalla Bernardina Pinho, Luiz Fux. (Org.). **Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ed.Rio de Janeiro: GZ Editora, v. 1, 2019, p. 477-502.

¹¹⁴Conforme destacado por Aluisio Mendes, “é de se concluir, portanto, sobre a possibilidade de os próprios tribunais estabelecerem mecanismos de gestão, como o do procedimento modelo, com o escopo de garantir a economia processual e, conseqüentemente, do princípio do acesso à justiça e da efetividade do processo dentro de um tempo razoável” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24-26; 104).

Com efeito, Luiz Fux, presidente da comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC/15, manifestou o propósito da comissão de criação do “incidente de coletivização” de litígios de massa, a fim de que o julgamento de um único processo pudesse ser aplicado a outros, com vias a reduzir o número de demandas e interposição de recursos no Judiciário.¹¹⁷

É de se notar, ainda, que a fonte de inspiração do IRDR, o *Musterverfahren* do direito alemão, teve sua introdução naquele ordenamento jurídico a partir do grande número de ações ajuizadas com o mesmo objeto, e visava reduzir o asoerramento do Poder Judiciário, bem como garantir o acesso à justiça.¹¹⁸

Tal característica, no entanto, não diverge essencialmente do modelo de precedentes do *common law*, pois este sistema repousa nas diretrizes da eficiência e da humildade. É de se notar que, de forma categórica, Mark Tushnet afirmou que “propiciar uma nova rodada dos mesmos argumentos por um outro conjunto de advogados, perante um segundo juiz ou tribunal, é desperdício”.¹¹⁹ É, assim, o desperdício de tempo, o desperdício de material humano, que deve ser evitado pelo Poder Judiciário.

Ao analisar o *common law* dos EUA, Toni Jaeger Fine¹²⁰ ressaltou que existem diversos argumentos favoráveis à aplicação dos precedentes para casos futuros naquele sistema jurídico. Na oportunidade, a autora elencou a promoção de alguns objetivos como argumentos mais convincentes para a adoção do sistema de precedentes, são eles: a) justiça, previsibilidade e integridade no sistema judicial; b) eficiência para as partes e para o sistema judicial; e, por fim, c) decisões judiciais bem fundamentadas.

A preocupação com eficiência nos julgamentos está presente no *common law*. Isso decorre do fato de que, em existindo um precedente judicial aplicável, não há necessidade de que os tribunais se debrucem no julgamento com vias a criar mais um princípio de

¹¹⁵O caráter de mecanismos voltado à gestão foi reconhecido pelo Ministro João Otávio de Noronha, em voto proferido no julgamento do AgInt na Pet 11.838-MS pela Corte Especial do STJ: “O novo instituto jurídico é mais um mecanismo de coletivização de julgamentos voltado à gestão de demandas repetitivas, a fim de assegurar tratamento isonômico aos jurisdicionados e garantir maior segurança jurídica, previsibilidade e economia processual. Embora encontre inspiração no direito alemão, assumiu regramento próprio no novo CPC, estando disciplinado nos arts. 976 a 987.” (STJ, AgInt na Pet 11.838-MS, Corte Especial, julgado em 07/08/2019).

¹¹⁶ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. **Revista de Processo**, v. 44, 2019, p. 183-204.

¹¹⁷AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **RePro**. ano 36. vol. 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011, p. 246 e ss.;

¹¹⁸AMARAL, *op. cit.*, p. 246 e ss.;

¹¹⁹TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. **Revista de processo**, v. 218, 2013, p. 99.

¹²⁰FINE, Toni Jaeger. Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio**, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014, p. 148 e 167.

juízo¹²¹ – o que certamente demanda mais trabalho do que aplicar um entendimento que já se formou e se justificou.

Novos argumentos, novas perspectivas, nova estrutura social, mudanças sociais devem sim ser objeto de detida análise do juiz. No entanto, não há motivo para que a mesma matéria seja analisada repetidas vezes como se o juiz estivesse analisando e refletindo sobre aquele assunto pela primeira vez.¹²²

Afinal, o mesmo argumento que o juiz utilizou em caso semelhante não será escrito do zero – e não se sugere que precise ser escrito do zero. Todos os profissionais trabalham, de certa forma, com um modelo que permite otimizar o seu trabalho sem que haja a necessidade de colocar informações que invariavelmente se repetem e com os magistrados não é diferente. Com efeito, é comum que constem em decisões duas, talvez três páginas ou mais de fundamentos sobre determinada questão jurídica não porque o magistrado esteve detidamente analisando aquela questão jurídica, mas porque isso foi exigido em razão do dever de fundamentação.

Vale citar como exemplo os modelos de sentença instituídos no âmbito da justiça federal. Conforme estabelecido pela Resolução 535 do Conselho da Justiça Federal (CJF), de 18 de dezembro de 2006,¹²³ as sentenças deveriam ser classificadas entre determinados tipos, dentre eles, “A” e “B”. As sentenças de tipo “A” contariam com fundamentação individualizada, enquanto as do tipo “B” seriam, na definição do parágrafo único do art. 2º, “sentenças repetitivas que não envolvem análise específica do caso para resolução do mérito, utilizando-se o magistrado dos mesmos fundamentos constantes de sentença anteriormente prolatada, embora questões preliminares diversas tenham sido apreciadas”. Isso é apontado por este estudo não como crítica negativa, mas, sim, como uma constatação da realidade.¹²⁴ Afinal, o juiz lida com milhares de processos, não há tempo e material suficientes para a

¹²¹FINE, Toni Jaeger. *Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America*, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio**, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014. p. 148 e 167.

¹²²Ao analisar como a doutrina dos precedentes aprimora o processo decisório, Toni M. Fine mencionou como uma das explicações para tanto que “Quando um Tribunal decide uma questão com base em regras e princípios articulados em casos anteriores, esse Tribunal está na verdade preservando uma reserva preciosa e escassa. Em vez de ter que reconsiderar cada questão como que se a mesma nunca tivesse sido considerada antes, o Juiz poderia usar sua energia para se concentrar em questões de direito de maior magnitude e importância, sobre as quais pairam controvérsias mais agudas.” (FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96).

¹²³Disponível em <<http://jef.trf5.jus.br/resolucoes/PDFsNormas/resolucoes/CJF/N%BA%20535%20-%202006.pdf>> Acesso em: 19 jun. 2021.

¹²⁴É preciso destacar que o mesmo é feito por advogados, principalmente em um contexto de contencioso de massa. É comum a prática de se protocolar contestações e petições iniciais idênticas, com páginas extensas de argumentos e doutrinas, que poderiam ser evitadas partindo-se de um ponto mais avançado: a tese jurídica.

análise pormenorizada e individualizada de determinadas questões jurídicas. E, tanto é assim que, conforme já apontado no início desse tópico, Teresa Arruda Alvim já destacou o “desespero” do Judiciário como motivo para a criação do sistema de precedentes estabelecido pelo CPC/15.

Nesse contexto, a tese jurídica permite que se sintetize longas páginas de argumentos (ora para afastar um argumento suscitado pela parte, ora para acolhê-lo) em um texto menor, conciso, que terá sido elaborado após o tribunal que firmou a tese jurídica ter se debruçado sobre a questão, inclusive com mecanismos de ampliação do contraditório. Por isso, em não havendo uma real distinção, o juiz deve aplicar a tese jurídica firmada, que economizará o tempo do juiz – e do processo – ao não ser necessário tratar aquela decisão do ponto zero. O ponto de partida será a tese jurídica, que já terá enfrentado diversos argumentos surgidos durante a instrução e julgamento do IRDR.

Vale lembrar da célebre frase de Isaac Newton, quando disse em carta escrita a Robert Hooke que “se vi[u] um pouco mais longe, foi porque estava de pé nos ombros de gigantes”¹²⁵, a mostrar que suas descobertas se deram a partir de conhecimento anterior. O progresso advém de conhecimento adquirido e compartilhado e, como uma fórmula matemática que simplifica uma grande equação (e todo o tempo que se levou para desvendar aquela equação), a tese jurídica permitirá (se bem formulada) o progresso do Poder Judiciário no tratamento das demandas que lhe são submetidas, sem que se tenha que analisar do ponto zero argumentos que já foram, com o perdão do trocadilho, equacionados na fixação da tese jurídica.

Por se tratar de um verdadeiro mecanismo de gestão processual, o julgamento do IRDR deve buscar o esgotamento da questão jurídica controvertida, não apenas com os olhos no caso paradigma sob julgamento, mas também no “caso futuro”, ou seja, na universalização das razões de decidir para casos futuros análogos.¹²⁶ Isso permitirá que a análise dos casos futuros se dê de forma mais simples e rápida.¹²⁷

¹²⁵STEWART, Ian. **17 equações que mudaram o mundo**. Zahar, versão digital.

¹²⁶ZANETI JUNIOR, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁷Tatiana Machado Alves destacou o IRDR como um mecanismo de case management ao afirmar que “No caso do processo civil brasileiro, por exemplo, os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas podem ser lidos como mecanismos de case management em sentido estrito e de court management, na medida em que servem tanto para melhorar a gestão dos trabalhos das cortes (sob aspecto quantitativo e qualitativo, uma vez que contribuem para a harmonização da jurisprudência), como também para promover uma resolução mais célere, eficiente e isonômica dos litígios individualmente considerados.” (ALVES, Tatiana. Machado. **O gerenciamento processual no Código de Processo Civil de 2015: mecanismos para gestão cooperativa da instrução probatória e integração da atuação dos sujeitos processuais**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado: 2016.)

Outro elemento que demonstra que a utilização do IRDR como um mecanismo de gestão pelo Poder Judiciário é a previsão de que, uma vez admitido o incidente, os processos em trâmite no respectivo tribunal, que versem sobre a mesma questão de direito, deverão ser suspensos até a resolução da questão jurídica controvertida¹²⁸.

Mas não só. O legislador estabeleceu o prazo de um ano para o julgamento do IRDR, que terá preferência de julgamento sobre os demais processos, salvo processos que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*, conforme estabelecido pelo art. 980, *caput*¹²⁹. Após esse prazo, cessa a suspensão dos demais processos em curso que versem sobre a mesma questão de direito, salvo decisão fundamentada do relator do incidente, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo legal¹³⁰.

Percebe-se, assim, que o legislador se preocupou em garantir celeridade ao julgamento do IRDR com vias a pacificar questão jurídica que vem colocando em xeque a segurança jurídica e a isonomia sobre a matéria, bem como que se preocupou em não deixar que ações que versem sobre a mesma questão jurídica controvertida tenham continuidade, o que poderia gerar trabalho desnecessário do juiz.

Imagine-se, por exemplo, que um processo continua normalmente com seu trâmite na pendência de julgamento de IRDR, com a fase postulatória, instrutória, proferimento de uma sentença que se debruça sobre os argumentos levantados pela parte e, após todo o desempenho dessa atividade jurisdicional, o tribunal fixa tese jurídica que permitiria, por exemplo, o julgamento de improcedência liminar do pedido, com base no art. 332, inciso III, do CPC/15.

Além de permitir melhor gestão do Poder Judiciário, o prazo de um ano para julgamento do IRDR é condizente com a sociedade contemporânea, que busca respostas instantâneas aos seus problemas cotidianos. A evolução da sociedade, cada vez mais dinâmica, também deságua no Poder Judiciário, em especial quando se está diante de uma situação de incerteza e insegurança jurídica como nos casos em que se faz necessário afetar o IRDR para pacificar uma questão jurídica controvertida.¹³¹ Nesse sentido, Aluisio Mendes se

¹²⁸Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

¹²⁹Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

¹³⁰Parágrafo único. Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

¹³¹CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto de novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2013, p. 73-99.

manifestou pelo aspecto positivo do prazo de um ano para o julgamento do IRDR, em especial porque, após a fixação da tese jurídica, é possível resolver a questão jurídica de forma mais fácil.¹³²

É preciso ressaltar que a busca por uma solução mais rápida e a adoção de um mecanismo de gestão como o IRDR não implicam um julgamento deficitário, pois o legislador estabeleceu um procedimento que permite a atuação de vários sujeitos processuais que contribuirão para o esgotamento do debate, permitindo, assim, o fortalecimento do princípio do contraditório e da ampla defesa.

O que é necessário é julgar bem o IRDR, da forma mais eficiente possível, buscando a representação do maior número possível de interesses subjacentes à questão jurídica, a fim de se diminuir o déficit no contraditório,¹³³ e de forma a evitar que o IRDR incorra nos mesmos erros e problemas que institutos semelhantes e anteriores incorreram.

1.3 A ilustração do problema a partir da experiência anterior: as controvérsias após a fixação da tese jurídica do Tema 210 da Repercussão Geral

É imprescindível que se dê maior atenção ao momento de formação da tese jurídica para que o IRDR, de fato, atinja o fim a que se propõe. No entanto, grande parte da doutrina voltou seus estudos a questões relativas ao momento de aplicação da tese jurídica ou mesmo à superação desta.¹³⁴

Para se ilustrar o problema, parte-se de um exemplo prático, que advém de caso julgado sob o regime da repercussão geral. Apesar de a repercussão geral ter suas peculiaridades, essa também visa a fixação de uma tese jurídica com efeito vinculante e se insere no microsistema de casos repetitivos e no sistema de precedentes vinculantes

¹³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. 2020. VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis edição 2020 on-line **Publicado pelo canal OAB Santa Catarina.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CsrUZfrzis8>> Acesso em: 25 abr. 2021.

¹³³ DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org.) . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas.** 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 775.

¹³⁴ O alerta sobre a importância da reflexão sobre o momento da formação da tese jurídica foi dado por Alexandre Câmara. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1, p. 178.

estabelecido pelo CPC/15,¹³⁵ de forma que a análise de um instituto semelhante, em vigor há cerca de catorze anos, é importante para o melhor aproveitamento do IRDR.

O transporte aéreo internacional é um ramo do direito que adquiriu autonomia, razão pela qual é dotado de regramento próprio, voltado às particularidades desse tipo de transporte, em especial a Convenção de Varsóvia, posteriormente atualizada pela Convenção de Montreal. A jurisprudência pátria oscilou bastante quanto à aplicação das normas da Convenção de Varsóvia, mormente quanto ao regime de limitação de responsabilidade da transportadora aérea internacional e do prazo prescricional.¹³⁶

Como a controvérsia tem base constitucional, especificamente no art. 178 da CRFB/88,¹³⁷ que prevê o respeito aos acordos internacionais em matéria de transporte aéreo internacional, a discussão chegou ao STF e, no ano de 2009, o referido tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria.

Para a análise do Tema 210 da Repercussão Geral, o STF afetou dois casos paradigmas. O RE 636.331/RJ, cujo objeto era indenização por danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiro, e o ARE 766.618/SP, em que se discutia o prazo prescricional ao qual a pretensão decorrente de atraso de voo internacional se sujeitava, no qual havia pedidos de indenização por danos materiais e por danos morais.¹³⁸

¹³⁵“Figura preexistente ao Código e potencializada por ele é a dos julgamentos por amostragem, batizados de casos repetitivos. O Código de 2015, porém, avançou, criando espécie de microssistema, inaugurando a fixação de teses também em segunda instância, com o incidente de resolução de demandas repetitivas, mesmo que em caráter preventivo, com o incidente de assunção de competência. “ (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117).

¹³⁶Para uma explicação mais profunda acerca da evolução da jurisprudência sobre o transporte aéreo internacional, remete-se o leitor para ALMEIDA, José Gabriel Assis de.; SANT'ANNA, João Marcelo. A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal. In: CONPEDI, 2015, Sergipe. **Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 149-180.

¹³⁷ Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

¹³⁸“[...]o STF reconheceu a repercussão geral a um agravo de instrumento onde se discutia o pagamento de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de extravio de bagagem em transporte aéreo internacional de passageiro. Em consequência do reconhecimento da repercussão geral, o STF determinou a subida do recurso extraordinário 636.331/RJ onde havia sido interposto o agravo de instrumento, para melhor exame. Assim, atualmente, o tema está em discussão no STF no âmbito do julgamento deste recurso extraordinário 636.331/RJ. Ao recurso extraordinário 636.331/RJ veio se juntar o recurso extraordinário 766.618/SP, interposto contra acórdão da Primeira Turma Recursal Cível do Estado de São Paulo, que aplicou o CDC e considerou ser objetiva a responsabilidade do transportador perante o passageiro, em um caso de atraso de voo internacional” (ALMEIDA, SANT'ANNA, *op. cit.*, p. 149-180).

No site do STF, consta a descrição do Tema 210, no entanto, o site indica como *leading case* unicamente o RE 636.331/RJ, sem mencionar que havia outro caso afetado para julgamento:

Agravos de instrumento interpostos contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 178, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de limitação, com base na Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional), das indenizações por danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem.¹³⁹

Em maio de 2017, o STF concluiu o julgamento do Tema 210 da Repercussão Geral para fixar a seguinte tese jurídica:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.¹⁴⁰

Algumas questões, no entanto, devem ser levantadas quanto à tese jurídica firmada pelo STF cerca de oito anos após a afetação para julgamento em sede de repercussão geral.

A primeira dessas questões é o fato de que, apesar de dois casos paradigmas terem sido afetados para julgamento, apenas um desses casos é mencionado pelo próprio site do STF, o que leva um operador do direito desavisado a crer que apenas um caso foi julgado ou que, ainda que mais de um caso tenha sido afetado para julgamento, os casos eram idênticos e tiveram conclusões igualmente idênticas – o que, no entanto, não é exatamente verdade neste caso, como se demonstrará adiante.

A segunda questão é que a Convenção de Montreal¹⁴¹ conta com um tratamento diferenciado não apenas quanto ao regime de indenização, mas também quanto a outros

¹³⁹Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210#> Acesso em: 05 mai. 2021

¹⁴⁰Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210#> Acesso em: 05 mai. 2021

¹⁴¹“A Convenção de Montreal, assinada em 28 de maio de 1999, entrou em vigor no Brasil em 28 de setembro de 2006, por força do Decreto presidencial de promulgação nº. 5.910 de 27 de setembro de 2006, publicado no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 2006. Esta convenção já estava em vigor em diferentes Estados desde 04 de novembro de 2003, que foi o sexagésimo dia após o depósito do trigésimo instrumento de ratificação. Esta convenção é importante por diversos motivos, nomeadamente porque prevalece sobre a Convenção de Varsóvia, o Protocolo da Haia, a Convenção de Guadalajara, o Protocolo de Guatemala, bem como os Protocolos nºs 1, 2, 3 e 4 de Montreal. Portanto, o principal efeito da Convenção de Montreal é a unificação das regras relativas ao transporte aéreo internacional, fazendo uma profunda reforma do Sistema de Varsóvia, que já havia completado setenta anos de existência” (ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, v. 91, 2008, p. 34-40, . Disponível em < <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1803.pdf>> Acesso em: 12 mai. 2021).

aspectos que diferem do direito interno brasileiro como, por exemplo, a solidariedade quando há mais de um transportador e o prazo prescricional.

A terceira questão é que a Convenção de Montreal não confere tratamento apenas ao transporte aéreo internacional de passageiros, mas também ao transporte aéreo internacional de carga. Ambas as modalidades de transporte são tratadas, no geral, da mesma forma, e apenas quanto a alguns pontos em que o tratamento é específico as duas modalidades de transporte apresentam tratamento diferente. Por exemplo, o prazo prescricional é o mesmo para o exercício de pretensões que decorram do transporte aéreo internacional de carga e de passageiros.¹⁴²

O regime de limitação da responsabilidade da transportadora aérea é, de certa forma, o mesmo, variando apenas quanto ao valor. Com efeito, tanto para o transporte de carga, quanto para o transporte de passageiros, se não houver declaração especial de valor (da carga ou da bagagem), a responsabilidade da transportadora aérea internacional deixa de ser integral. No caso do transporte aéreo internacional de carga, a responsabilidade é limitada a dezessete Direitos Especiais de Saque por quilograma da carga efetivamente avariada ou extraviada.¹⁴³ Já no caso do transporte aéreo internacional de passageiro, caso a bagagem sem declaração especial de valor seja avariada ou extraviada, a responsabilidade é limitada a mil Direitos Especiais de Saque por passageiro.¹⁴⁴

A quarta questão que se coloca é que, com um olhar mais atento à dinâmica do transporte aéreo internacional, aos *players* envolvidos e às formas de contratação, era possível que a tese jurídica pudesse ter sido firmada de forma a tratar mais especificamente de outras questões cotidianas para o contencioso de transporte aéreo internacional, evitando maiores discussões tais como as que foram travadas após o julgamento do Tema 210.

¹⁴²A prescrição é prevista no art. 35: Artigo 35 – Prazo Para as Ações

1. O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado, ou da interrupção do transporte.
2. A forma de computar esse prazo será determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

¹⁴³É o que dispõe o art. 22 (3) da Convenção de Montreal: Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga.

3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

¹⁴⁴Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga

2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

Não foi à toa que, em 09 de abril de 2019, a 2ª Turma do STF atentou para o fato de que talvez seja necessário afetar o tema novamente para analisar, expressamente, a extensão da tese jurídica ao transporte aéreo de carga e à seguradora sub-rogada.¹⁴⁵

Veja-se que a possibilidade de nova afetação do tema foi suscitada apenas dois anos após a fixação da tese jurídica, cujo julgamento levou cerca de oito anos para ser concluído. Isso poderia ser evitado voltando-se a atenção do julgamento ao “caso futuro” e à ampliação do debate, por meio da qual se veria que grande parte das ações que versam sobre o transporte aéreo internacional são movidas por seguradoras. Talvez, em vez de apenas mencionar que a Convenção de Montreal também regula o transporte aéreo internacional de carga em seus votos, os ministros tivessem feito constar expressamente que a tese jurídica firmada também se aplicaria ao transporte aéreo internacional de carga.

Isso seria plenamente possível, pois o que o STF estava analisando, no fim do dia, era a compatibilidade da Convenção de Montreal com o art. 178 da CRFB/88, bem como com o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que a responsabilidade da transportadora aérea internacional deve ser aferida à luz das normas da referida convenção, ao invés do CDC ou outra norma de direito interno.

Essa é a *ratio* do julgamento do Tema 210: a Convenção de Montreal é compatível com a Constituição da República e, por consequência, com o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a tese jurídica foi firmada com expressa menção a “limitadores de responsabilidade”, “passageiros” e “Código de Defesa do Consumidor”, apesar de fazer expressa referência ao art. 178 da CRFB/88:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

A menção às expressões acima na tese jurídica gerou um movimento, tanto por parte dos magistrados brasileiros, quanto dos advogados das seguradoras, expedidores e consignatários do transporte aéreo internacional de carga, que sustentou haver uma distinção entre o Tema 210 e casos que versassem sobre transporte de carga, ou movidos por seguradoras em sede de direito de regresso por sub-rogação e até mesmo em casos cuja pretensão do autor fosse obter uma indenização por danos morais decorrentes de fato ocorrido durante o transporte aéreo internacional de passageiro.

¹⁴⁵STF, Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.154.120/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/04/2019.

Os principais argumentos da existência de distinção da tese jurídica firmada no Tema 210 a casos cujo objeto era o transporte aéreo internacional, mas que não se resumiam a pedido de indenização por danos materiais decorrentes de extravio de bagagem, serão analisados a seguir.

Quanto ao argumento de que o Tema 210 não teria efeito vinculante quanto a caso cuja pretensão fosse indenização por danos morais decorrentes de problemas em transporte aéreo internacional de passageiro, verifica-se de plano que o segundo caso paradigma afetado para julgamento do Tema 210 teve como desfecho a aplicação do prazo prescricional bienal inclusive quanto à pretensão de danos morais, com base no art. 35 da Convenção de Montreal. Se um dos casos paradigma do Tema 210 teve o pedido de indenização por danos morais analisado a partir de dispositivo da Convenção de Montreal, não há como se afirmar pura e simplesmente que a Convenção de Montreal não se aplica ao pedido de indenização por danos morais.

Nesse contexto, há uma leitura por vezes equivocada de alguns magistrados e de alguns advogados quando afirmam que não se poderia aplicar a Convenção de Montreal porque o ordenamento jurídico brasileiro não admite a tarifação dos danos morais.¹⁴⁶ Isso porque a Convenção de Montreal não estabelece tarifação quanto à pretensão de indenização

¹⁴⁶Há decisão do STJ nesse sentido: “Caso se admita que o tratamento genérico dispensado pela Convenção de Montreal alcançou tanto os danos materiais quanto os morais, teríamos de concluir, em função do princípio da especialidade, que a indenização devida em caso de atraso de voo e de extravio de bagagem, já considerando os danos morais e materiais, não pode ultrapassar o limite fixado pela norma internacional. Por outro lado, entendendo-se que o mencionado diploma internacional fez referência apenas aos danos materiais, pode-se afirmar que a indenização por danos morais deve observar o princípio da efetiva reparação, previsto no CDC, sem que se possa cogitar de tabelamento prévio. [...] Além disso, os prejuízos de ordem extrapatrimonial, pela sua própria natureza, não admitem tabelamento prévio ou tarifação. [...] Em suma, seja porque a Convenção de Montreal representou mera atualização da Convenção de Viena, que não tratou de danos morais; seja porque a quantificação dos danos extrapatrimoniais segue sistemática própria avessa a qualquer tipo de tarifação ou tabelamento; seja, finalmente, porque a própria Convenção de Montreal admitiu o afastamento do limite indenizatório legal quando feita declaração especial do valor da bagagem transportada, é possível concluir que ela não incluiu os danos morais” (STJ, 3ª Turma, Relator Ministro Moura Ribeiro, julgado em 09/06/2020, dje. 15/06/2020).

Veja-se, como exemplo, a sentença proferida pela 11ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, MG, nos autos do processo nº 1498544-79.2014.8.13.0024 “[...] Outrossim, pretende a Ré imprimir solução ao caso a partir da Convenção de Montreal, conforme item V de fls. 174. Nada mais precipitado. Não se pode olvidar quanto à possibilidade de limitação, por legislação internacional especial, do direito à indenização por danos materiais. [...] Contudo, a lide posta sob a apreciação não diz respeito a pedido de danos materiais, mas compensação por danos morais, donde se conclui pela impertinência da legislação alienígena. A propósito, as Convenções internacionais nada falam a respeito de limites para condenação por danos morais, tendo a discussão no Supremo Tribunal Federal se reservado no limite estabelecido para ressarcimento de danos materiais [...]”

Outro exemplo é verificado em acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia: “[...] Ademais, frise-se que, a despeito das alegações da Ré/Apelante, não se aplicam à hipótese as disposições da Convenção de Montreal, pois, de acordo com o entendimento manifestado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE 636.331, de Relatoria do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, sua aplicabilidade estaria restrita aos danos de ordem material, prevalecendo as disposições da legislação consumerista no que concerne aos danos morais, como é o caso [...]” (TJBA, Apelação nº 0502631-46.2017.8.05.0001, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Lígia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 30/10/2019).

por danos morais, mas apenas quanto aos danos materiais. O que se deve, em razão do Tema 210, é aferir se, à luz da Convenção de Montreal, os elementos ensejadores da responsabilidade da transportadora aérea internacional – ato ilícito, nexo de causalidade e dano – estão ou não configurados. E tanto é assim que o STF aplicou o prazo prescricional do art. 35 da Convenção de Montreal para afastar a pretensão de indenização por danos morais no ARE 766.618.

Quanto ao argumento de que o Tema 210 não se aplicaria ao transporte aéreo internacional de carga, pois o referido Tema teria julgado o transporte aéreo internacional de passageiro e a suposta antinomia entre a Convenção de Montreal e o CDC, também não há como se aceitar a tentativa de *distinguishing*.

Como já se disse acima, a Convenção de Montreal regula tanto o transporte aéreo internacional de carga, quanto o transporte aéreo internacional de passageiros, fazendo apenas algumas distinções quanto a um e a outro. Mas, mais do que isso, o fundamento constitucional do Tema 210 – o art. 178 da CRFB/88 – não faz qualquer distinção entre transporte de carga e passageiro. O que o referido dispositivo constitucional estabelece é a observância dos tratados internacionais firmados pela união em matéria de transporte aéreo internacional. Assim, não é razoável que o mesmo dispositivo constitucional admita duas interpretações distintas: a de que o art. 178 da CRFB/88 determina a prevalência da Convenção de Montreal sobre as normas de direito interno para casos que versem sobre transporte aéreo internacional de passageiro, mas que o mesmo dispositivo não determina a prevalência da Convenção de Montreal sobre as normas de direito interno para casos que versem sobre transporte aéreo internacional de carga.

Até porque também não é razoável que o STF, ao interpretar o art. 178 da CRFB/88, reconheça a prevalência das normas da Convenção de Montreal sobre as normas do CDC, código destinado a tratar partes presumidamente vulneráveis, mas não reconheça a prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código Civil quando se está diante de sociedades empresárias atuando no seu próprio *business*. Isto é, não há como se admitir que se afaste o CDC para se aplicar a Convenção de Montreal quando há um consumidor envolvido – o passageiro – mas não se aplicar a Convenção de Montreal quando se está diante de uma importadora, exportadora, agente de cargas ou seguradora – os *players* envolvidos no transporte aéreo internacional de carga.

Ainda quanto à tentativa de distinção, também não faz sentido o STF reconhecer a limitação de responsabilidade da transportadora aérea internacional para o passageiro, em detrimento do CDC, mas não reconhecer a limitação de responsabilidade da transportadora

aérea internacional para o transporte de carga, quando se está diante de sociedades empresárias especializadas no nicho de importação e exportação e que, assim, sem sombra de dúvidas sabem das formas de contratação e suas implicações.¹⁴⁷

Há outro ponto que inviabiliza o argumento de que o Tema 210 não se aplicaria ao transporte aéreo internacional de carga: a aplicação do prazo prescricional bienal no julgamento do referido Tema, especificamente no ARE 766.618. Como já se adiantou, o prazo prescricional bienal previsto no art. 35 da Convenção de Montreal é um dos dispositivos que conferem tratamento igual ao transporte aéreo internacional de carga e de passageiros. Assim, como o Tema 210 reconheceu expressamente que o prazo prescricional da Convenção de Montreal prevalece sobre o prazo prescricional de uma norma mais protetiva – o CDC – e, conseqüentemente, sua compatibilidade com o direito interno brasileiro, deve-se reconhecer a aplicação do referido prazo prescricional às demandas que versem sobre o transporte aéreo internacional de carga, em especial porque a Convenção de Montreal prevê a aplicação do referido prazo ao transporte aéreo internacional de carga e, ao contrário do que acontece em uma demanda que se discuta direito de passageiro, no transporte aéreo de carga não há uma parte presumidamente mais fraca.

Outra tentativa de distinção que não se sustenta é o argumento de que o Tema 210 não se aplicaria à seguradora sub-rogada que acionasse a transportadora aérea internacional. Isso porque a sub-rogação confere à seguradora os mesmos direitos do seu segurado. Assim, se o segurado da seguradora estava sujeito à limitação de responsabilidade em razão de não ter feito declaração especial de valor, a seguradora também estará. Afinal, caso a transportadora aérea internacional fosse acionada pelo segurado, ela pagaria indenização nos limites estabelecidos na Convenção de Montreal em razão da forma de contratação escolhida, não fazendo sentido se conferir mais direitos à seguradora do que ao segurado.

Não obstante, observou-se um caminho da jurisprudência que afirmou que a seguradora não poderia estar sujeita à limitação de responsabilidade, seja porque pagou

¹⁴⁷“A Convenção de Varsóvia – tal como a Convenção de Montreal – não fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de indenização. Em ambas as convenções, a indenização é ilimitada. O que ambas as convenções estabelecem é um sistema em dois níveis: se o usuário do transporte aéreo internacional desejar receber uma indenização integral (correspondente ao valor total do dano sofrido), o usuário deverá fazer uma declaração de valor (seja em matéria de transporte de pessoas, de bagagem ou de carga). Feita tal declaração, em caso de dano, o transportador indenizará o valor declarado (salvo se o transportador provar ser o dano efetivo menor, caso em que indenizará o dano efetivo). Em contrapartida, eventualmente o usuário pagará um acréscimo ao transportador. Caso o usuário não pretenda receber uma indenização integral, basta não fazer a declaração de valor e receberá o valor fixado nas convenções internacionais. Portanto, é um equívoco considerar que as convenções internacionais impõem um limite máximo para o valor a ser indenizado pelo transportador.” (ALMEIDA, SANT’ANNA, *op. cit.*, 2015, p. 149-180).

indenização securitária pelo valor total da carga, seja porque a seguradora é uma terceira e não se sujeitaria ao que foi objeto de contratação entre o segurado e a transportadora aérea internacional. À primeira vista, o argumento é sedutor, contudo, não se sustenta quando se verifica a dinâmica de contratação do transporte aéreo internacional e a atuação da seguradora.

Ao contratar o transporte aéreo internacional, há basicamente duas opções: (i) declarar o valor da carga e pagar um frete com base em tal valor e (ii) não declarar o valor da carga e pagar um frete com base no peso daquela carga. A segunda opção costuma ser mais vantajosa, pois se paga um valor de frete menor. A contrapartida ao pagamento de um frete menor é o de que, caso haja uma avaria ou extravio, a transportadora aérea internacional pagará um valor de indenização limitado pelo peso da carga, pois, como ela não recebeu a declaração especial de valor da carga, ela não tinha ciência de seu conteúdo e não assumiu o risco de transportar aquilo.

Vale pensar em dois exemplos: imagine-se um carregamento de 50 Kg sem declaração especial de valor que é recebido pela transportadora aérea internacional que, a partir do peso, cobrou R\$ 100,00 para o transporte. Agora, imagine-se que esse carregamento de 50Kg é composto de embalagens de arroz e, de tal forma, a carga equivale a cerca de R\$ 80,00.¹⁴⁸ Caso essa mesma carga de 50 Kg fosse composta de modelos de Iphone 12 Pro, seu valor equivaleria a cerca de R\$ 2.500.000,00.¹⁴⁹ Veja-se que, para o mesmo peso, a transportadora pode estar transportando algo com alto valor agregado ou não e isso justifica que haja regimes de contratações distintos e regimes de indenização distintos.

De volta à questão de que a seguradora seria uma terceira, caso se verifique as especificidades do contrato de seguro, será possível perceber que, na modalidade básica de contratação, as seguradoras não cobrem danos advindos de transporte aéreo internacional de carga sem declaração especial de valor. O motivo é que a seguradora tem ciência de que, para tais modalidades de transporte, eventual indenização será limitada pelo peso da carga e, com isso, a seguradora estaria assumindo um alto risco. Então, diante disso, as seguradoras oferecem uma cobertura adicional, por meio do pagamento de prêmio adicional, para cobrir danos advindos de transporte aéreo internacional sem declaração especial de valor. Em outros termos, em razão de estarem assumindo um risco maior, as seguradoras cobram um prêmio maior para que, caso haja algum problema, elas indenizem seus segurados pelo valor integral

¹⁴⁸ Disponível <<https://summitagro.estadao.com.br/noticias-do-campo/por-que-o-preco-do-arroz-deve-continuar-alto/>> em Acesso em: 08 mai. 2021.

¹⁴⁹ Para o cálculo, utilizou-se como peso médio da unidade 200g e preço médio R\$ 10.000,00. Disponível em <<https://www.apple.com/br/iphone-12-pro/specs/#footnote-3>> Acesso em: 09 mai. 2021.

da carga transportada sem declaração especial de valor, mesmo sabendo que tal carga estaria limitada a 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma.

Mesmo sabendo disso e mesmo cobrando prêmio maior para a cobertura de tais danos, após o pagamento da indenização securitária, as seguradoras ajuízam ações a pedir que a transportadora aérea pague indenização pelo valor integral da carga. Por certo tempo, mesmo após o julgamento do Tema 210, as seguradoras obtinham êxito em suas ações, a despeito do tratamento conferido pela Convenção de Montreal às formas de contratação.

No entanto, como se vê, a seguradora, além de estar sub-rogada nos mesmos direitos de seu segurado – e isso ser suficiente para que esteja sujeita ao limite de indenização previsto na Convenção de Montreal –, também cobrou mais para assumir o risco de pagar indenização pelo valor da carga, sabendo que a responsabilidade da transportadora aérea internacional estaria limitada com base no peso da carga. Isso demonstra a total ciência da seguradora do limite de responsabilidade, mas também que achou uma forma de lucrar com tal limite, por meio do oferecimento de uma cobertura adicional.

O que se tem na prática é: o expedidor contrata o transporte aéreo internacional sem declaração especial de valor para pagar um frete menor e, paralelamente, contrata um seguro com cobertura para transportes sem declaração especial de valor para que, por meio do pagamento da cobertura adicional, possa acionar a seguradora para obter indenização pelo valor total da carga. A seguradora, apesar de ter recebido a mais para assumir tal risco, ajuíza ação de regresso a pedir o ressarcimento pela integralidade do valor da carga.

Essas peculiaridades demonstram a importância de se verificar quais são os *players* envolvidos na questão jurídica afetada para julgamento e, também, de ampliação do debate. Afinal, não se espera que o magistrado tenha ciência de todas as peculiaridades do tema afetado, no caso, das formas de contratação e do envolvimento das seguradoras. No entanto, a participação de transportadoras aéreas, seguradoras e instituições que representem esses interesses permitiria que se tivesse a percepção de como o julgamento do Tema 210 poderia impactar no contencioso de transporte aéreo internacional.

As questões acima mencionadas também geraram controvérsia e pôde-se observar o crescimento de um entendimento, principalmente no âmbito do TJSP, de que o Tema 210 não teria efeito vinculante para o transporte aéreo internacional de carga, em especial quando a ação é proposta por uma seguradora em sede de direito de regresso.¹⁵⁰ A questão, por

¹⁵⁰Entre os argumentos suscitados, é possível verificar o fato de que, se a seguradora pagou indenização em determinado valor, ela pode exercer seu direito de regresso no mesmo valor, independente da limitação de responsabilidade prevista na Convenção de Montreal para os casos em que não há declaração especial de valor da carga ou bagagem, além do argumento de que a seguradora seria uma terceira com relação ao contrato de

consequência, chegou ao STJ, até que, em 2018, a 4ª Turma reconheceu que a tese jurídica fixada no julgamento do Tema 210 pelo STF também se aplicava ao transporte aéreo internacional de carga, inclusive quando a ação fosse movida por seguradora sub-rogada.¹⁵¹

transporte aéreo internacional e que, nesse sentido, não poderia ser prejudicada pelo contrato firmado entre seu segurado e a transportadora aérea quanto à declaração especial de valor da carga ou não. Os argumentos, todavia, não se sustentavam, seja porque a seguradora, em decorrência da sub-rogação, se sub-roga nos mesmos direitos de seu segurado, inclusive quanto à incidência da limitação de responsabilidade, seja porque a seguradora está ciente das diferentes opções de contratação e suas consequências. Com efeito, em sua modalidade básica de seguro, as seguradoras não cobrem danos advindos de transporte aéreo internacional realizado na modalidade sem declaração especial de valor. A cobertura de tais danos se dá por meio de pagamento de prêmio adicional para que as coberturas adicionais das cláusulas 206 e 302 (cláusulas padrão previstas pelo órgão regulador do setor, a Susep). O oferecimento e a contratação de tais coberturas adicionais não só demonstram que a seguradora sabe das implicações de transportar uma carga na modalidade sem declaração especial de valor (e que não pagariam a indenização securitária caso não houvesse contratação de cobertura adicional), como também incluem o risco em seus cálculos atuariais e não são prejudicadas pela limitação de responsabilidade, na medida em que recebem mais (o prêmio maior pela cobertura adicional) para cobrir dano ocorrido em transporte aéreo internacional sem declaração especial de valor. Com efeito, a questão já foi percebida pelo TJ/SP, em 2019: “[...]a seguradora apelada pretende receber integralmente a quantia que repassou a sua segurada, equivalente ao valor total da mercadoria avariada na execução do transporte efetuado pela companhia aérea requerida, ora apelante, conforme comprovantes de pagamento a fls. 42/43. Já a recorrente – requerida – diante da inviabilidade da improcedência da ação, a limitação da indenização ao peso dos bens avariados, respeitando-se a previsão da Convenção de Varsóvia/Montreal, especialmente porque a segurada não teria efetuado a declaração especial de valor, com o consequente pagamento da taxa suplementar, requisitos exigidos pelo art. 22.3 da mencionada Convenção. [...] Considerando, pois, essa decisão, a qual corrobora aquela proferida sob o rito da repercussão geral, RE n.636.331/RJ, bem como as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão, onde foi concluído que a Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal não afasta os limites contidos na Convenção de Varsóvia e Montreal. [...] Ressalte-se ainda que o contrato de seguro é de natureza aleatória, por meio do qual há a obrigação certa do segurado de pagar o prêmio e a obrigação eventual da seguradora de arcar com os prejuízos decorrentes do possível sinistro. Por isso, a partir do momento em que Seguros Sura S/A optou por celebrar o aludido pacto, assumiu os riscos inerentes, em especial o dever de pagar pelas avarias e perdas que as mercadorias poderiam sofrer. Admitir-se, sem ressalvas, que todo e qualquer dano advindo às coisas deveriam ser suportados pela transportadora equivaleria a retirar a aleatoriedade da avença, pois a seguradora jamais estaria sujeita a suportar os prejuízos (quando muito, deveria desembolsar a quantia de imediato e, posteriormente, exibi-la em regresso da transportadora). Acrescente-se que, se houvesse sempre e inafastavelmente o dever da transportadora de arcar integralmente com os riscos decorrentes do transporte, é de se concluir ser totalmente desnecessária a intervenção da seguradora, à medida que está garantindo um evento já coberto por garantia plena.

Assim, a garantia prestada pela seguradora deve ser compreendida como complementar àquela legalmente prestada pela companhia aérea, de forma que, agora, o direito de regresso deve ser exercido à medida que transmitido pela segurada, isto é, restrito a determinado valor para cada quilo de carga perdida ou avariada, como determina o artigo 22.3 da Convenção de Varsóvia/Montreal.” (TJSP, Apelação nº 1103637-14.2018.8.26.0100, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, julgado em 12/02/2020).

¹⁵¹ “[...] Dessarte, a par do critério hermenêutico da especialidade a conduzir à aplicação da Convenção de Montreal, à luz do art. 178 da CF, o Plenário do STF, em precedente vinculante, julgado sob o rito da repercussão geral, RE 636.331, relator Ministro Gilmar Mendes, perfilhou o entendimento de que há uma regra de sobredireito constitucional a impor a prevalência da norma transnacional, pois, nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência sobre o CDC [...]

Dessarte, segundo entendo, mesmo em não se tratando de bagagem - isto é, de um conflito em relação de consumo, tal qual o solucionado no mencionado precedente vinculante da Suprema Corte - estando superados os fundamentos de índole constitucional para afastar a aplicação da Convenção de Montreal - e também o reconhecimento da existência de regra de sobredireito constitucional a prestigiar a observância aos tratados acerca de transporte internacional -, é inequívoco que a questão em debate é disciplinada por esse Diploma transnacional.[...]” (STJ, Resp nº 1.341.364 – SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/04/2018).

Após o referido julgamento, ainda foi possível observar resistência do TJSP no reconhecimento da aplicação da Convenção de Montreal ao transporte aéreo internacional de carga, até que, atualmente, é possível observar a consolidação da jurisprudência do TJSP pela aplicação a Convenção de Montreal ao transporte aéreo internacional de carga, em respeito ao julgamento do Tema 210 e à jurisprudência do STJ, não obstante haver decisões recentes a se recusar a aplicar a referida convenção internacional.¹⁵²

Como se demonstrou, a tese jurídica firmada no julgamento do Tema 210 acabou por gerar controvérsias que poderiam ter sido evitadas. Por exemplo, a tese jurídica poderia ter se limitado a dizer que a Convenção de Montreal é compatível com o art. 178 da CRFB/88 e com o direito interno. Apesar de mais ampla, essa tese jurídica evitaria discussões sobre a vinculação do Tema 210 às demandas cujo objeto é o transporte aéreo internacional de carga. Também seria adequado afirmar-se que, à luz do art. 178 da CRFB/88, a responsabilidade da transportadora aérea internacional deve ser aferida à luz da Convenção de Montreal. Também mais ampla, porém, permite tratar do problema como um todo.

Ao se optar por uma tese jurídica que é mais específica, o STF poderia, por exemplo, mencionar que o prazo prescricional da Convenção de Montreal também se aplica, tanto para o pedido de indenização por danos morais, quanto para o pedido de indenização por danos materiais, já que foi essa a conclusão do ARE 766.618.

No curso do julgamento, o STF também poderia ter chamado ao debate *players* do transporte aéreo internacional de carga, de forma a evitar questionamentos de que o Tema 210 teria efeito vinculante sobre o transporte aéreo internacional de carga.

Acredita-se que as sugestões acima configurariam o firmar a tese jurídica com o olhar no “caso futuro” e permitiria o melhor tratamento da matéria, de forma mais eficiente, o que

¹⁵²Como exemplo recente, tem-se o acórdão da 14ª Câmara de Direito Privado de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Carlos Henrique Abrão, no qual constou: “De proêmio, inaplicável a Convenção de Montreal, restringindo-se o tema 210 do STF aos casos de indenizações decorrentes de extravio de bagagem.” (TJSP, Apelação nº 1018478-06.2018.8.26.0100, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Abrão, julgado em 11/11/2020).

Nesse contexto, é importante mencionar que o acórdão afastou a aplicação do Tema 210 da Repercussão Geral, sob o fundamento de distinção, em um único parágrafo, apenas fazendo constar que o Tema 210 se restringe a casos de indenização por extravio de bagagem. A fundamentação é deficiente, principalmente por afastar um precedente vinculante. Após a oposição de embargos de declaração, o referido órgão julgador continuou a não fundamentar o afastamento do Tema 210 e da Convenção de Montreal, veja-se: “[...] Inadvertidamente, a embargante repisa os mesmos argumentos do apelo, detidamente analisados, no propósito de obter decisão em seu favor, o que não se admite. Tal como consignado no V. Acórdão, inobserva-se espaço para incidência do tema 210 do STF, por não se tratar de hipótese de extravio de bagagem, sendo inaplicável a Convenção de Montreal. [...]” (TJSP, Embargos de Declaração nº 1018478-06.2018.8.26.0100/50000, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Abrão, julgado em 02/12/2020).

evitaria maiores discussões e mais recursos aos tribunais de segundo grau e até aos tribunais superiores.

Por isso, este estudo voltará sua análise à formação da tese jurídica para propor parâmetros para a fixação de teses jurídicas que sejam aptas a tratar a litigiosidade de forma eficiente sem perder de vista as garantias processuais, em especial o princípio do contraditório.

2 FORMAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO IRDR

2.1 A tese jurídica como mecanismo de gestão

Como o IRDR é um mecanismo processual de gestão com vias a conter a litigiosidade, que demandará esforços de diversos sujeitos processuais, e cujo julgamento se dará no âmbito do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do respectivo tribunal – e que, assim, contará com mais magistrados no julgamento –, é necessário que se almeje que o tempo e material despendidos para seu julgamento não sejam em vão, com a possibilidade de superação ou mesmo nova afetação do caso para que seja julgada uma questão subjacente pouco tempo após a formação da tese jurídica. Caso contrário, em curto lapso o tribunal será levado a discutir a questão novamente, ou mesmo verá seu trabalho em desuso com uma eventual superação da tese jurídica.¹⁵³

Também por ser um mecanismo que visa permitir a estabilidade das decisões judiciais, deve-se evitar que a tese jurídica seja alterada em curto espaço de tempo, o que prejudicaria não apenas a almejada estabilidade das decisões judiciais, como a própria segurança jurídica.

Por isso, ao contrário do sistema do *stare decisis* típico do *common law*, em que os tribunais julgam o caso concreto, sem necessariamente refletir como se dará sua aplicação nos casos futuros, no julgamento do IRDR, os tribunais brasileiros precisam voltar sua atenção ao proferir os votos ao “caso-futuro”, com a busca da universalização das razões de decidir para casos futuros análogos.¹⁵⁴ Essa é, talvez, a pedra de toque da formulação de uma tese jurídica.

2.1.1 A força de um precedente no sistema do *stare decisis* e a tese jurídica

¹⁵³A preocupação é partilhada por Sofia Temer, que já ressaltou: “Isso sem falar no dispêndio inútil de tempo e recursos para instauração e tramitação de um incidente que, em vez de concentrar o debate (que é sua finalidade principal), possa ser ‘desconstruído’ no dia seguinte, por argumentos que poderiam ter sido levados à consideração do julgador no momento da fixação da tese, aproveitando toda a atividade exercida até então.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 206)

¹⁵⁴ZANETI JUNIOR, *op. cit.*, p. 5.

Lembre-se que, no sistema do *stare decisis*, os motivos para a superação de um precedente são, em resumo, o reconhecimento de que houve um erro ao se julgar o precedente, a alteração superveniente da lei ou mesmo o desenvolvimento do ordenamento jurídico que não permitisse mais a aplicação da regra.¹⁵⁵ Com efeito, ao tratar sobre o que o tribunal deve considerar para superar um precedente, Toni Jaeger Fine também destacou ser necessário identificar se a regra se mostrou impraticável na prática, o nível de confiança depositada no precedente, mas ressaltou que se um precedente for mal fundamentado, poderá ser superado, a despeito dos fatores mencionados terem ocorrido ou não.¹⁵⁶

Os três primeiros motivos para a superação de um precedente – a alteração superveniente da lei, mudança fática que impossibilite a aplicação da regra e o desenvolvimento do ordenamento jurídico que não permitissem mais a aplicação da regra – não são contornáveis pelo Poder Judiciário, já que não dependem do Poder Judiciário no momento do julgamento do IRDR, que não tem meios para antever se o Poder Legislativo alterará uma lei, nem mesmo se os costumes de uma sociedade mudarão.

No entanto, o Judiciário pode, ao julgar a questão jurídica controvertida, verificar quais são os *players* normalmente envolvidos naquela questão jurídica controvertida, bem como se há alguma questão jurídica subjacente ao assunto examinado, ou diretamente relacionada, que, a princípio, não seria tratada pela questão jurídica afetada para julgamento do IRDR.¹⁵⁷ A partir de tais verificações, o tribunal poderá julgar o IRDR de forma que tais assuntos sejam devidamente analisados e constem da tese jurídica. Isso é o que se considera julgar o IRDR em atenção ao “caso-futuro”.

No *common law*, a força de um precedente está diretamente relacionada com sua influência em casos futuros.¹⁵⁸ Não é à toa que o sistema jurídico do *common law*

¹⁵⁵MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86.

¹⁵⁶“The Supreme Court in one case identified the following “prudential and pragmatic considerations” to be considered when it faces the decision whether to overrule its own precedent:

(1) Whether the rule has proven to be unworkable in practice;(2) Whether the rule is subject to a kind of reliance that would lend special hardship and inequity if it were overruled; (3) Whether related legal principles have so far developed as to have left the old rule no more than “a remnant of an abandoned doctrine”; and (4) Whether facts have so changed, or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification. Yet the Court does not always follow these factors. The Court sometimes overrules precedent simply because it was ‘badly reasoned.’[...]” (FINE, Toni Jaeger. *Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America*, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Coletânea de artigos científicos**: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014, p. 148/167).

¹⁵⁷Essa possibilidade não é ilimitada e as balizas serão postas em tópico próprio.

¹⁵⁸CRUZ E TUCCI, *op.cit.*, Disponível em <[http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPR ETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPR_ETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx)> Acesso em: 15 mar. 2020.

estadunidense trabalha com a ideia dos “*super precedents*”¹⁵⁹, que são aqueles precedentes cuja superação é considerada como quase impossível, em razão de sua vasta e reiterada aplicação em determinado sistema jurídico.¹⁶⁰ O conceito se refere a decisões em matéria constitucional, aplicadas por longo período de tempo, e nas quais as instituições públicas depositam sua confiança. Um exemplo clássico é o caso *Marbury vs. Madison*, cuja importância é demonstrada também por sua menção nas aulas de direito constitucional nas universidades brasileiras.

Gustavo Santana Nogueira elencou como fatores que influenciam a força de um precedente no sistema de *stare decisis*: o fato de o precedente versar sobre matéria constitucional, os juízes que participaram da votação, o placar da votação, a idade do precedente e sua repercussão em casos futuros.¹⁶¹

Os precedentes em matéria constitucional usualmente têm força menor se comparados aos precedentes que interpretam leis escritas e a *common law*, a despeito de o conceito de *superprecedents* se relacionar com decisões em matéria constitucional.¹⁶² Para Polly Price,¹⁶³

¹⁵⁹A noção é introduzida por Gustavo Santana Nogueira a partir do conceito apresentado por Michael Gerhardt. (NOGUEIRA, *op.cit.*, p. 174).

¹⁶⁰Michael Gerhardt apresenta o conceito, ressaltando o quanto as instituições estadunidenses confiam nos superprecedents e explica que sua superação é quase impossível: “While a super precedent begins as a single decision, it hardly ends there. Super precedents are the doctrinal, or decisional, foundations for subsequent lines of judicial decisions (often but not always in more than one area of constitutional law). Super precedents are those constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and consistently supported over a significant period of time. [...] Super precedents are the constitutional decisions whose correctness is no longer a viable issue for courts to decide; it is no longer a matter on which courts will expend their limited resources. Super precedents are the clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent—consistency, stability, predictability, and social reliance—have become irredeemably compelling. Thus, super precedents take on a special status in constitutional law as landmark opinions, so encrusted and deeply embedded in constitutional law that they have become practically immune to reconsideration and reversal”.

No entanto, o próprio autor ressalta que isso não quer dizer que o precedente não tenha sofrido alterações interpretativas no decorrer do tempo “The fact that a precedent’s meaning has not remained narrowly fixed is, however, not necessarily an indication it has failed to achieve the status of a super precedent. Every judicial precedent has the potential to perform many functions in constitutional law. What matters is whether a precedent continues to perform at least one of these basic functions, which include (but are not limited to) constraining subsequent litigation, political symbolism, framing the Court’s agenda, facilitating a public dialogue on constitutional meaning, educating the public (or others) about the Constitution, implementing constitutional values, and chronicling or clarifying constitutional history. A super precedent needs to perform only one of these functions, not all of them” (GERHARDT, Michael J. Super Precedent, 90 Minn. **Law Review**, n. 1204, 2006, p. 1205-1206.

Disponível

em

<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1086&context=faculty_publications>).

¹⁶¹ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 174-178.

¹⁶² NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 175

¹⁶³“For modern courts, it is common to recognize a hierarchy for the degree of respect owed to prior precedent. First, court decisions interpreting statutes are often said to be owed the highest degree of *stare decisis* because legislatures require stability of interpretation of statutes from the courts for the efficacy of the law-making power. If courts have interpreted a statute incorrectly, the legislature may respond by amending the statute. If, however, the interpretation of a statute changes from year to year, the legislature has less control over the content of the statutory command. Second, common-law interpretations by courts should remain stable for much the same reason: common-law adjudication is gap-filling to provide a source of law in the absence of express (and

a diferença de tratamento quanto à força do precedente se deve ao fato de que a interpretação dada à lei escrita necessita de maior estabilidade, na medida em que sua alteração é realizada de forma mais simples do que a alteração de uma norma constitucional, bem como porque se uma lei for alterada sucessivamente, o Legislativo perde o controle do sentido que ela deve ter.

Como a cultura do *common law* confere grande respeito aos juízes, fazendo com que a figura do juiz alcance maior relevância no *common law* do que no *civil law*, a força de um precedente também está vinculada aos juízes que participaram da votação. “Nesses países, um precedente goza de um prestígio maior ou menor dependendo do juiz que participou da decisão do precedente”.¹⁶⁴

Por sua vez, o placar da votação também influencia na força de um precedente. Isso porque, no *common law*, a mudança de composição de um tribunal não é motivo para que se altere o entendimento de um precedente, menos ainda para sua superação. No entanto,

O placar apertado pode demonstrar que ainda não há clareza no que diz respeito à regra de direito emanada do precedente; pode demonstrar, ainda, que os juízes não têm ainda uma visão muito clara acerca da *ratio decidendi*, e, obviamente, sinaliza que uma mudança de composição pode reverter o precedente.¹⁶⁵

A idade do precedente também é um fator para análise de sua força, pois quanto mais antigo um precedente for, maior é sua aceitação pela sociedade contemporânea. Por fim, a repercussão do precedente em casos futuros também demonstra sua força, na medida em que um precedente poder ser esquecido pelos tribunais ou vastamente invocado. Quanto a este ponto, Gustavo Santana Nogueira destacou que:

Existem determinados casos que são considerados paradigmáticos, de modo que diversas razões fazem com que aquele caso seja considerado crucial para a Corte definir a regra de direito para casos futuros. Em regra, são chamados de *leading case* (caso líder), e é a partir de então que o Tribunal, em casos futuros, vai fazendo ajustes – ampliativos ou restritivos – em sua *ratio decidendi*. Sempre que um caso novo é submetido à Corte, a menção a esse determinado precedente faz com que sua

superior) legislative direction. If a particular common-law rule is changed one year, reverted to the next, and quickly changed again, the legislature is unsure of the need for a response to endorse one view, or reject another. Third, and last in the hierarchy of decisions to which *stare decisis* has a claim, are constitutional decisions. The rationale for this lesser degree of deference is again a separation-of-powers argument, but based upon the fact that the federal Constitution is difficult to amend. The argument is that in constitutional law, more so than for other sources of law, the “people” have no effective recourse to correct law interpretation errors of the judicial branch.” (Polly J. Price, *A Constitutional Significance for Precedent: Originalism, Stare Decisis and Property Rights*. Disponível em

<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=185119005071008013107104073117030074017047006041059002118105069106084100026025100112025016100118110061032010116003116107092037044092000051019102082024071085097024020015120001069103123064087087118118075121106003089104086003076001117028112110001022&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Acesso em: 12 Jul. 2021.

¹⁶⁴NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 176-177.

¹⁶⁵*Ibidem*, p. 177.

força vinculante se torne cada vez mais acentuada, de modo que o próprio Tribunal é responsável pela autoridade máxima que ostenta esse julgado.¹⁶⁶

Em sentido semelhante, Toni Jaeger Fine já havia ressaltado que, no *stare decisis*, a força de um precedente será maior de acordo com a quantidade de casos que podem ser submetidos àquele princípio de direito extraído do precedente. Veja-se, em tradução livre:

O efeito do *stare decisis* de um caso sem dúvida é mais forte quando vários precedentes representam o mesmo princípio de direito. Isso faz sentido tanto de uma perspectiva teórica quanto prática: uma norma jurídica bem estabelecida que foi aplicada em vários cenários fáticos significará que os fatos relevantes em um novo caso serão mais difíceis de distinguir. Ao contrário, uma regra de direito anunciada mais recentemente e que foi aplicada a apenas uma ou algumas variações fáticas pode ser mais facilmente distinguido pelos tribunais em casos subsequentes.¹⁶⁷

Aluisio Mendes também já afirmou que a mutabilidade dos precedentes está relacionada à segurança jurídica, de forma que a superação destes deve ser realizada apenas quando for necessário.¹⁶⁸

A partir do conceito de *superprecedents*, do afirmado por Toni Jaeger Fine quanto à força de um precedente ser maior à medida em que é maior o número de casos que podem ser submetidos à *ratio* daquele precedente, bem como do entendimento de Aluisio Mendes no sentido de que a mutabilidade de um precedente deve ser medida excepcional, este estudo buscará estabelecer parâmetros para a formação de teses jurídicas no IRDR que possam ser aplicadas por bastante tempo, bem como a vasta gama de casos.

2.1.2 Os *subprecedents* e o que se deve evitar para a formação da tese jurídica.

Como a tese jurídica deve ser formada para que tenha ampla aplicabilidade, seja temporal, seja em termos de quantidade, vale a pena voltar a atenção ao que seria o conceito

¹⁶⁶NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 178.

¹⁶⁷“The *stare decisis* effect of a case arguably is strongest where numerous precedents stand for the same principle of law. This makes sense from a theoretical as well as a practical perspective: A well-established legal rule that has been applied in numerous factual scenarios will mean that the operative facts in a new case will be more difficult to distinguish. To the contrary, a rule of law more recently announced and that has been applied to only one or a few factual variations can more easily be distinguished by courts in subsequent cases.”. Em tradução livre: In: FINE, Toni Jaeger. *Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America*, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio**, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014, p. 148/167.

¹⁶⁸MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86-87

antagônico dos *super precedents* para que se verifique o que não se busca ao fixar a tese jurídica no julgamento do IRDR.

Trata-se dos denominados *subprecedents*, que, segundo Jason Mazzone, são casos que têm pouca importância dentro do sistema jurídico em termos de precedentes.¹⁶⁹ Ao tratar do assunto, Jason Mazzone citou sete diferentes categorias de *subprecedents*, classificadas entre “*golden tickets*”, “*you never call, you never write*”, “*ticking time bombs*”, “*slip slidin’ away*”, “*stairways to heaven*”, “*out of steam*” e “*unsettled*”.

Os *subprecedents* denominados “*golden tickets*” são aqueles proferidos pela Suprema Corte em matéria criminal na qual, de forma propositada, o caso é julgado para que não tenha aplicação a casos posteriores.¹⁷⁰ Nesse contexto, como a Suprema Corte não quer proferir uma decisão que tenha aplicação ampla, o que ela faz é proferir uma decisão que especifica pormenorizadamente as circunstâncias fáticas do caso, de forma que a decisão se torna aplicável apenas àquele réu e não a mais ninguém. Por vezes, a Suprema Corte faz constar da decisão, como uma espécie de advertência, de que o entendimento daquele caso não deve ser aplicado a outros casos.

Ao contrário da Suprema Corte, que intencionalmente forma os “*golden tickets*”, o tribunal que julgará o IRDR deve, intencionalmente, evitar que a tese jurídica firmada tenha âmbito de aplicação excessivamente restrito. Isso não quer dizer que o tribunal terá um cheque em branco no julgamento, mas sim que, no decorrer da instrução do IRDR e a depender do delineamento do contraditório, o tribunal deverá refletir melhor quando formar a tese jurídica, a fim de que esta não venha a ter aplicação muito reduzida, a despeito de todos os assuntos tratados no julgamento e discutidos pelos sujeitos que dele participarem.

A segunda categoria de *subprecedents* é aquela denominada “*you never call, you never write*”, que se diferencia dos “*golden tickets*” na medida em que os *subprecedents* “*you never call, you never write*” decidem uma questão jurídica com alto potencial de significância, mas a Suprema Corte nunca chega a usar o entendimento firmado em tal caso para o julgamento de casos futuros, mesmo que tais casos futuros sejam compostos de questões jurídicas bastante similares. Tal categoria se assemelha aos “*golden tickets*” na medida em que a

¹⁶⁹MAZZONE, Jason, **Subprecedents** (May 8, 2018). University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 18-18, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3175533>> - Acesso em: 01 mar. 2021

¹⁷⁰“Every now and then, in the style of a papal dispensation or a royal pardon to a prisoner whose neck is noosed, the U.S. Supreme Court sets aside de normal rules to help a criminal defendant screwed by the system. Typically, in such cases, the defendant has suffered, through no fault of his own, some terrible legal fate. His plight cries out for a remedy, but the law is against him. The Supreme Court is sympathetic but it is also disinclined to announce a new legal rule that will have broad effect. The Court’s solution is to ussie the defendant what is in essence a Golden ticket: a decision tailored to the precise circumstances of the case, designed to benefit the defendant but nobody else” (*Ibidem*, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3175533>> - Acesso em: 01 mar. 2021, p. 5).

própria corte pode sinalizar que o entendimento não deve ser aplicado a outros casos, mas a principal característica reside no fato de que a própria corte que proferiu a decisão se recusa a aplicar o entendimento novamente. Mais, os “*golden tickets*” são julgados desde o início como intuito de terem aplicação limitada, mas, nesta segunda categoria, é necessário que a Suprema Corte exerça um trabalho contínuo para limitar a aplicação daquele *subprecedent* apenas ao caso de origem, sem aplicação em casos futuros.¹⁷¹

Ao invés de se tornar um *subprecedent* “*you never call, you never write*”, a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR deve ser vastamente aplicada pelo tribunal que a fixou. Há, no entanto, um ponto de reflexão. Se um dos objetivos do IRDR é conter a litigiosidade, é possível que a tese jurídica seja tão bem estabelecida que cumpra com o seu papel de inibir o ajuizamento de ações.¹⁷² A hipótese seria o ponto de excelência do IRDR, contudo, isso não quer dizer que a tese jurídica cairia em desuso ou mereceria revisão ou superação. Isso quer dizer, apenas, que ela foi aplicada à “multiplicidade de casos” que deu origem à instauração do IRDR, mas não teve mais necessidade de aplicação. Se um dia for necessário, no entanto, ela estará à disposição dos juízes para ser aplicada em caso que for levado ao conhecimento do Judiciário.

Os *subprecedents* “*ticking time bombs*”, por sua vez, são casos em que a Suprema Corte estabelece um período de validade para que sua *ratio* seja aplicada a casos futuros. Nesta categoria, ao chegar a data estabelecida pela Suprema Corte como data de validade, não há nem porque se discutir o *overruling*, já que a própria decisão previa não ter mais aplicação após determinado período.

Diversamente dos *subprecedents* “*ticking time bombs*”, o julgamento do IRDR deve formar uma tese jurídica que não tenha “prazo de validade”, pelo menos *a priori*. Busca-se, como já explicado, a formação de uma tese jurídica que, além de aplicável a vasto número de casos, seja apta a perdurar no tempo, em atenção às necessárias estabilidade e segurança jurídica que o ordenamento jurídico deve prezar. Nesse contexto, ao contrário da Suprema Corte que intencionalmente estabelece prazo de validade, o tribunal que julgar o IRDR

¹⁷¹“Golden tickets start out as limited. Cases in this second category depend upon an ongoing commitment—a pact—on the part of the Justices to keep a ruling confined to the case in which was made.” (MAZZONE, *op. cit.*, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3175533>> - Acesso em: 01 mar. 2021, p. 14).

¹⁷² SCHENK, Leonardo. **Comentário em Qualificação de Dissertação - Lydya de Freitas Vianna**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

deverá, intencionalmente, buscar fixar uma tese jurídica apta a permanecer sendo aplicada, a não ser que haja um motivo para sua superação.¹⁷³

A quarta categoria, denominada de “*slip slidin’ away*”, é de casos que, apesar de inicialmente contarem com um “efeito precedencial ordinário”, ou seja, apesar de em um primeiro momento serem decisões que podem vir a ser aplicadas a casos futuros, são posteriormente limitadas para *subprecedents*. Não são superados, mas, sim, alterados por decisões posteriores da Suprema Corte que os tornam *subprecedents*. Acontecem, normalmente, quando os *justices* da Suprema Corte percebem os riscos envolvidos na aplicação daquela decisão a outros casos e, por isso, são limitados.

É importante que, ao julgar o IRDR, o tribunal leve em consideração os mais variados aspectos da fixação daquela tese jurídica, inclusive, por exemplo, de ordem econômica. Nesse contexto, mostra-se importante que o tribunal possibilite a atuação de diversos sujeitos processuais que se relacionam com a matéria sob exame, de forma que não fixe uma tese jurídica que, ao final, tem sua aplicação inviabilizada. A participação de agências reguladoras – quando a matéria lhes for relacionada – se mostra um ponto importante para evitar a formação de teses jurídicas “*slip slidin’ away*”, pois estas agências poderão contribuir com aspectos técnicos para a tomada de decisão.

A quinta categoria, denominada de “*stairways to heaven*”, é composta por casos que, apesar de inicialmente limitados, acabam por se tornar o pavimento de decisões com maior alcance. Nesse sentido, os *subprecedents* da categoria “*stairways to heaven*” acabam por servir como pontes para uma decisão que terá bastante importância no futuro.¹⁷⁴

Quanto à quinta categoria, não há um prejuízo aparente para o IRDR. No entanto, uma tese jurídica similar a um *subprecedent* “*stairways to heaven*” poderia implicar, por exemplo, na reafetação do IRDR para revisão da tese jurídica em um curto espaço de tempo, o que não é o mais adequado quando se lida com um mecanismo de gestão que visa a eficiência. Por isso, o tribunal deve evitar formar uma tese jurídica que, por exemplo, não trate de todas as nuances da questão jurídica controvertida discutidas pelos sujeitos. Mais uma vez, a ampliação do debate se mostra essencial para que o tribunal tenha acesso não só à primeira

¹⁷³Como já se explicou, no sistema do *stare decisis*, os motivos para a superação de um precedente são, em resumo, o reconhecimento de que houve um erro ao se julgar o precedente, a alteração superveniente da lei ou mesmo o desenvolvimento do ordenamento jurídico que não permitisse mais a aplicação da regra.

¹⁷⁴“A fifth category of subprecedents involves cases that, at the time they are issued, are presented as limited but then later turn out to be building blocks of broader rulings. In this manner, subprecedents serve, sometimes by deliberate design, as a staircase or bridge to a momentous decision in the future.”(MAZZONE, Jason, **Subprecedents** (May 8, 2018). University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 18-18, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3175533>> - Acesso em: 01 mar. 2021 p. 23)

perspectiva que a questão jurídica controvertida mostra, mas, também ao problema como um todo.

A penúltima categoria de *subprecedents*, denominada “*out of steam*”, diferencia-se das categorias acima mencionadas, pois enquanto os *subprecedents* anteriores eram formados por meio do controle dos próprios *justices* da Suprema Corte quanto ao alcance da decisão, esta outra categoria não conta com o mesmo controle. Neste caso, apesar de a Suprema Corte tentar movimentar a doutrina em uma nova direção, na tentativa de uma inovação no ordenamento jurídico, o esforço é frustrado.¹⁷⁵

Uma tese jurídica que encontre o mesmo fim de um *subprecedent* “*out of steam*” seria bastante ruim para o tribunal que a fixou. Isso porque implicaria, em certa medida, em desperdício de tempo e de material humano pelo tribunal, já que deixaria de ser aplicada aos casos futuros. Espera-se que, ao menos, aquela tese jurídica seja aplicada aos casos afetados para o julgamento do IRDR e aos casos que foram suspensos. No entanto, como o código não define qual o número necessário para que se caracterize a “efetiva repetição de processos”, é possível que não sejam tantos os casos em que a tese jurídica seria aplicada.

Por fim, a sétima e última categoria, chamada de “*unsettled*”, se assemelha à categoria anterior pelo seu caráter não planejado, mas surge a partir da instabilidade da jurisprudência. Em tais casos, em curto período, a corte emite decisões contrárias e confusas, fazendo com que haja casos que não contam com a confiança dos aplicadores do direito.¹⁷⁶

Incorrer na categoria de *subprecedent* “*unsettled*” deve ser evitado ao máximo pelo tribunal que julgar o IRDR, pois é instituto voltado à isonomia e segurança jurídica. Por isso, deve-se evitar que o tribunal reveja o seu entendimento pouco tempo após a fixação da tese jurídica. Essa situação, talvez, seria a pior que se possa esperar após o julgamento do IRDR. Tal como no sistema do *stare decisis*, a mutabilidade deve ocorrer apenas quando for necessário, ou seja, diante da alteração superveniente da lei, alteração social, ou quando houver um erro ao se julgar o precedente.

¹⁷⁵“One category involves cases in which the Court acts ambitiously to move doctrine in a new direction but where the effort does not succeed. [...] Courts that trade on commitments to *stare decisis* to launch doctrinal innovations run the risk that those efforts will come up short. Subprecedent, because it might be unplanned, captures that phenomenon.” (MAZZONE, Jason, *op. cit.*, p. 29-32)

¹⁷⁶“Unplanned subprecedents constitute a seventh and the final category. In this category, subprecedents emerge when case law is not settled. Despite efforts by the Court to issue a solid doctrinal line that will guide future decision making, the Court issues contrary and confusing decisions in short periods of time. The result is that, like a television screen that never focuses, reliable doctrinal rules fail ever to come into view. We are left with a muddle of cases that lack general reliability.” (*Ibidem*, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3175533>> - Acesso em: 01 mar. 2021)

O conceito de *subprecedents* e suas categorias ajuda a formular, por exclusão, o que não se almeja ao fixar a tese jurídica do IRDR. A tese jurídica não terá aplicação a uma pequena gama de casos, não terá aplicação por tempo determinado, não terá sua aplicação, posteriormente, reduzida, não será fixada de forma que não seja aplicada a casos futuros e não deverá ser “*unsettled*”, permitindo que sua aplicação se dê de forma confusa e contrária. Por isso, ao julgar a tese jurídica do IRDR, o tribunal deverá, conscientemente, tentar evitar que o julgamento incorra nesses problemas.

Assim, este estudo voltará sua atenção à tentativa de propositura de parâmetros para a formação de teses jurídicas no IRDR que evitem os problemas acima narrados.

2.2 Parâmetros propostos para a formação de uma tese jurídica

2.2.1 A ratio decidendi e sua relação com a tese jurídica

A *ratio decidendi* pode ser conceituada como o núcleo essencial de uma decisão judicial, que pode ser aplicado a outros casos que, ainda que não versem sobre fatos idênticos, compartilham fatos essenciais.¹⁷⁷ Pode-se defini-la, ainda, como passo necessário pelo qual o juiz deve passar para chegar à sua decisão, que se pretende universal.¹⁷⁸ Não há um conceito único, mas sua importância decorre do fato de que a identificação da *ratio decidendi* consiste na essência do sistema do *stare decisis* do *common law*, pois esta é a parte que de fato vincula em um precedente¹⁷⁹, enquanto o restante da decisão, por exclusão, será o *obiter dictum* e, portanto, não vinculará.¹⁸⁰

¹⁷⁷A definição é dada por Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Otávio Barioni: “A *ratio decidendi* ou holding é o núcleo da decisão judicial, do qual é extraída a regra jurídica generalizável para outros casos que tratem dos mesmos fatos essenciais. Não é algo que esteja pronto e definido de maneira expressa pelo tribunal, mas a regra generalizável que pode ser inferida ou construída a partir da decisão judicial” (ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 44, 2019, p. 183-204)

¹⁷⁸DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. (Org.) **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2013, p. 333-362.

¹⁷⁹“Os ingleses chamam a parte efetivamente vinculante da decisão de *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. A *ratio decidendi* pode ser considerada o núcleo do precedente” ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, 2009, p. 1149.

¹⁸⁰NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 168-171.

Como a *ratio decidendi* é essencial para o funcionamento de um sistema de precedentes, cabe aos tribunais brasileiros preocuparem-se com a *ratio decidendi* dos casos sob julgamento.¹⁸¹

A definição da *ratio decidendi* no sistema do *common law* é uma tarefa difícil e, muitas vezes, sem consenso.¹⁸² Isso se deve ao fato de que, como já explicado, no *common law* a formação de um precedente se dá em momento posterior, no qual, diante de um novo caso concreto, o tribunal verificará se a decisão anterior – sua *ratio decidendi* – deverá ser aplicada ao novo caso sob exame.

Com efeito, a doutrina do *common law* não entra em acordo nem quanto ao método de identificação da *ratio decidendi*, apesar de se poder falar em dois métodos que, historicamente, se sobressaíram.¹⁸³ Há o teste de Wambaugh que, segundo a lição de Luiz Guilherme Marinoni,¹⁸⁴ além de entendido como falho pela doutrina contemporânea do

¹⁸¹“Se os Tribunais Superiores querem assumir uma nova função – e parece que necessitam urgentemente – eles precisam assumir também a sua parcela de responsabilidade, mudando a forma de julgar os casos que lhes são submetidos. [...] se o Tribunal não tem preocupação com a *ratio decidendi*, ele não pode esperar que o precedente seja respeitado futuramente, porque ele contribuiu ou criou essa situação de dificuldade da interpretação do precedente.” (*Ibidem*, p. 230).

¹⁸² “O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial, embora seja certo que a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo” MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416.

¹⁸³ “Não há sinal de acordo no *common law* sequer acerca de método capaz de permitir a identificação da *ratio*. De qualquer forma, dada a sua notoriedade, devem ser referidos o denominado teste de Wambaugh e o método de Goodhart.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416).

¹⁸⁴ “Para Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após, deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume o seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido – portanto, outra proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*.

O teste de Wambaugh – bastante próximo ao de Vaughan C. J., formulado no século XVII – é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*. Aponta-se para a situação em que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416).

common law, se baseia na formulação de uma proposição sem a qual o caso seria decidido de forma diferente e, para se provar se a proposição é ou não uma *ratio decidendi*, insere-se uma palavra apta a inverter o significado da proposição. Assim, se a decisão do tribunal permanecesse a mesma após a inserção de tal palavra na proposição, não se estaria diante de uma *ratio decidendi*. O método é apontado como falho porque não se sustentaria quando dois fundamentos distintos pudessem levar à mesma conclusão, de forma que, ainda que se invertesse a proposição de um dos fundamentos, o tribunal chegaria à mesma conclusão pelo segundo fundamento.¹⁸⁵ Já o método de Goodhart volta sua atenção muito mais aos fatos do caso considerados para chegar à conclusão do juízo.¹⁸⁶ Nesse segundo método, a identificação da *ratio decidendi* demanda a verificação de quais são os fatos materiais do caso julgado e quais são os fatos imateriais.¹⁸⁷

A tarefa da extração da *ratio decidendi* de um precedente no *common law* pode demandar bastante tempo e até ser aperfeiçoada com o tempo, a partir do julgamento de mais casos nos quais se aplique o precedente.¹⁸⁸ De toda forma, mais do que se atentar à conclusão do julgamento, é necessário analisar como se chegou àquela conclusão, os motivos determinantes, os fatos considerados, ou seja, é essencial examinar a fundamentação da decisão que é tida como um precedente.¹⁸⁹

¹⁸⁵No mesmo sentido já apontou Tucci: “Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva” CRUZ E TUCCI, *op. cit.*, Disponível em

http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx Acesso em: 15 mar. 2020.

¹⁸⁶ “O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. [...] frise-se que a doutrina de Goodhart dá importância ao princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). Qualquer Corte que se considerar vinculada pelo precedente deve chegar à mesma conclusão a que se chegou no caso em que instituído o precedente, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como materiais, ou que fatos considerados materiais no caso anterior agora estejam ausentes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416)

¹⁸⁷ GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), p. 161-183. Disponível em <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>> Acesso em: 30 mai. 2020.

¹⁸⁸ “Dicas de como uma regra de direito anteriormente anunciada deva ser aplicada são, com frequência, encontradas nas decisões anteriores, e isso pode ser feito de forma explícita ou implícita (um exemplo são os casos que interferem em questões de política pública, cujas implicações exigem uma abrangência maior). Ainda o escopo de uma decisão pode ser decidido por um caso subsequente. Nessa hipótese, a última interpretação dada pelo Tribunal ao precedente será a que será aplicada aos casos futuros. Não se pode perder de vista, porém, que os Tribunais geralmente retêm uma discricionariedade significativa ao decidirem quando a regra de direito expressada no precedente deve ser aplicada de forma abrangente ou limitada.” (FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96).

¹⁸⁹“Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a

Como não há unanimidade quanto ao método de identificação da *ratio decidendi*, também era de se esperar que não houvesse acordo quanto a qual é a *ratio decidendi* de um caso. Nesse sentido, conforme já mencionado no capítulo anterior, Aluisio Mendes já destacou que o legislador brasileiro se preocupou com as dificuldades enfrentadas no *common law* para a definição da *ratio decidendi* e, assim, em vez de seguir a lógica do precedente do *stare decisis*, cuja definição do alcance e sentido da *ratio* é feita em momento posterior, preocupou-se em estabelecer, desde já, uma tese jurídica que deverá ser aplicada aos casos posteriores, que permite que os precedentes do sistema brasileiro trabalhem de forma mais eficiente com a identificação dos casos que demandarão sua aplicação, em especial quando se está diante de casos repetitivos.¹⁹⁰ Com isso, surge a questão: qual é a relação entre a tese jurídica e a *ratio decidendi*?

Se ainda há dificuldade em se extrair a *ratio decidendi* de um julgamento dentro do *common law*, no qual o *stare decisis* se encontra solidamente estabelecido e o ensino jurídico é voltado para a sua identificação e trabalho com o sistema de precedentes vinculantes, sua identificação no sistema brasileiro será de maior indefinição ainda. Por outro lado, se o que se busca com o sistema de precedentes brasileiro é conferir maior uniformidade, coerência, racionalidade e eficiência ao ordenamento jurídico, é melhor que o trabalho de extração e definição da *ratio decidendi* e definição da tese jurídica fique a cargo de quem proferiu o julgamento, isto é, o órgão colegiado que julgar o IRDR. Isso evitará que se gere mais incerteza e insegurança jurídica após o julgamento do IRDR, além de evitar tentativas de distinção injustificadas com relação à tese jurídica firmada no julgamento do IRDR.

fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, p. 351-416, 2012)

No mesmo sentido: “[...] impõe, inicialmente, excluir qualquer possibilidade de que o elemento vinculante do precedente esteja na parte dispositiva da decisão E não poderia mesmo ser de outro modo. A parte dispositiva de uma decisão se aplica, tão somente, ao caso que por aquele pronunciamento é julgado. Quando se trata de examinar esse mesmo pronunciamento judicial como um precedente, pouco importa saber quem saiu vencedor ou vencido no processo em que aquele precedente foi construído. O que importa é saber os fundamentos que determinaram a conclusão a que ali se chegou.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 268)

¹⁹⁰“A complexidade e o refinamento do trabalho com precedentes a partir da *ratio decidendi* não é propriamente o modelo desejado para racionalizar as decisões em casos de massa. É preciso um elemento facilitador, consistente na fixação da tese jurídica para esses litígios que envolvam direitos homogêneos, em que pode ser identificada uma situação fática padrão replicada em inúmeras relações jurídicas” (ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 44, 2019, p. 183-204).

Alexandre Câmara esclarece que, quando o legislador brasileiro se refere aos “fundamentos determinantes da decisão”, também se refere à *ratio decidendi*^{191/192} e, uma vez formado um “padrão decisório vinculante”,¹⁹³ faz-se necessário que se verifique quais são seus fundamentos determinantes. É de se notar que o legislador previu a necessidade de que os fundamentos determinantes da decisão que julga o IRDR – que já se destacou equivalerem à *ratio decidendi* – constarem no registo eletrônico dos respectivos tribunais, junto com os dispositivos legais relacionados à tese jurídica firmada.¹⁹⁴

Ao tratarem sobre o tema, Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Otávio Barioni afirmaram que tese jurídica não se confunde com a *ratio decidendi*, bem como que aquela se limitaria a ser uma proposta de *ratio decidendi*. Nesse sentido, os autores afirmaram que a tese jurídica seria uma hipótese de sua incidência, apesar de muitas vezes ser formulada sem expressar a *ratio*, que poderia ser encontrada apenas no acórdão do caso paradigma afetado para o julgamento da tese jurídica.¹⁹⁵ Prosseguem afirmando que a tese jurídica permite definir uma “zona de certeza positiva das situações fático-jurídicas que estão abrangidas pela regra criada

¹⁹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 269-270.

¹⁹²Luiz Guilherme Marinoni também utiliza a expressão “fundamentos determinantes da decisão” como sinônimo de *ratio decidendi*. MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, p. 351-416, 2012.

¹⁹³Expressão utilizada pelo autor para se referir às decisões elencadas no art. 927 do CPC/15 que, neste estudo, se adota como denominação o termo “precedente”: “O objetivo deste estudo é examinar o modo como são produzidos e aplicados alguns pronunciamentos emanados do Judiciário, e que são aqui genericamente denominados padrões decisórios vinculantes. A denominação padrões decisórios não foi escolhida ao acaso. Ela é expressamente empregada na redação do § 5º do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015 e designa, genericamente, tanto alguns precedentes como os enunciados de súmula. Assim, são padrões decisórios vinculantes os precedentes e os enunciados de súmula que formalmente receberam, por imputação legal, eficácia vinculativa” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.1).

¹⁹⁴Trata-se do art. 979, § 2º, do CPC/15: Art. 979, § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Em primeira reflexão sobre a questão, esta pesquisadora sugeriu que os fundamentos determinantes da decisão que julga o IRDR deveriam constar “ainda que de forma sucinta, na tese jurídica firmada”, no entanto, após maior reflexão, optou-se por uma tese jurídica que expresse seus fundamentos determinantes, na medida e que esses equivalerão à sua *ratio decidendi*, conforme já abordado. Para as primeiras reflexões, remete-se o leitor para VIANNA, Lydia de Freitas. Primeiras reflexões sobre o julgamento e fixação da tese no IRDR. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.) **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ed.Salvador: Juspodivm, v. 1, 2020, p. 893-914.

Em sentido semelhante: “Exige, ainda, a lei processual que os padrões decisórios resultantes do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas sejam cadastrados em bancos de dados mantidos pelos tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, devendo tal registro conter “os fundamentos determinantes da decisão” (art. 979, §§ 1º e 2º). Não deve, pois, haver dúvida de que a eficácia vinculante dos padrões decisórios que formalmente são dela dotados reside em seus fundamentos determinantes (ou, caso se prefira empregar expressões que não estão em língua portuguesa, *ratio decidendi*, como dizem os britânicos, ou *holding*, como preferem os norte-americanos)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 269-270).

¹⁹⁵Parece ter sido isso o que ocorreu no julgamento do Tema 210 da Repercussão Geral, analisado no capítulo anterior.

pelo precedente”, que contribui para o melhor gerenciamento dos casos, de forma que *ratio decidendi* e tese jurídica se relacionam como continente e conteúdo, isto é, a *ratio decidendi* pode ser mais ampla do que a tese jurídica e, por esse motivo, por vezes é necessário voltar a análise ao acórdão do julgamento do caso paradigma que deu origem à tese jurídica para se definir se um caso se submete ou não à *ratio* daquele caso paradigma.

Taís Schilling Ferraz, por sua vez, já destacou que teses jurídicas e *ratio decidendi* podem conviver no ordenamento jurídico brasileiro, bem como que é comum que os tribunais não façam constar os fundamentos determinantes da decisão nas teses jurídicas, apesar de a *ratio decidendi* ser o elemento central de um precedente. Nesse sentido, a autora já alertou que é necessário se “atribuir maior valor à fundamentação dos precedentes, sua *ratio decidendi*, de forma que o sistema concebido seja verdadeiramente capaz de alcançar os propósitos pretendidos pelo legislador, de segurança jurídica e estabilidade”. Mais, a autora também entende que os institutos não se confundem, na medida em que a tese jurídica “vem sendo retirada ao final dos julgamentos de repercussão geral e repetitivos”, além de vir sendo “construída como um preceito genérico e abstrato”, enquanto a *ratio decidendi* é a “razão para a decisão” e “não expressa o que o tribunal ao final decidiu, mas sim e especialmente por que o tribunal assim decidiu”.¹⁹⁶

No entanto, também não se concorda completamente com o posicionamento da autora. Devido à cisão cognitiva e decisória do IRDR, já explicada no capítulo anterior, o tribunal não julgará um caso concreto, mas, sim, uma questão jurídica controvertida. Nesse contexto, a tese jurídica não deverá equivaler à parte dispositiva de um acórdão que julga um caso concreto, mas deverá expressar a “razão para a decisão”. Com efeito, a tese jurídica deverá expressar não apenas o que o tribunal decidiu, mas também o porquê assim decidiu e tal definição não deverá ocorrer após o julgamento do IRDR, mas consistirá, exatamente, no seu objeto e, portanto, sua definição deverá ocorrer durante o julgamento do IRDR. Nesse sentido, ao julgar o IRDR, o tribunal deverá buscar extrair a *ratio decidendi* de seu julgamento e expressá-la na tese jurídica firmada no IRDR. Assim, uma tese jurídica equivalerá à *ratio decidendi* e, por consequência, o elemento vinculante do IRDR será a tese jurídica.

No mais, a tese jurídica é uma proposta de *ratio decidendi* e exprime uma hipótese de incidência e, por certo, é possível que a tese jurídica não se confunda com a *ratio decidendi* do caso paradigma, todavia, essa não deve ser a regra. Para o melhor aproveitamento do julgamento do IRDR, faz-se necessário que a tese jurídica expresse a *ratio decidendi* e

¹⁹⁶FERRAZ, Taís. Schilling. Ratio Decidendi X Tese Jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, v. 265, 2017, p. 419-441.

apresente não apenas uma hipótese de incidência, mas as hipóteses de incidência daquela tese jurídica – possivelmente até por meio da formulação de sub-teses. Por isso, um parâmetro para a formação de uma tese jurídica é que esta expresse a *ratio decidendi* do julgamento e as hipóteses de sua incidência.

A formulação de uma tese jurídica que expresse a *ratio decidendi* do caso paradigma permitirá sua aplicação de forma mais eficiente, pois não demandará maiores esforços na interpretação do acórdão do caso paradigma que fora afetado para o julgamento do IRDR e, também, evitará que sejam suscitadas distinções irrelevantes com relação à tese jurídica, cujo único intuito é burlar o sistema de precedentes brasileiro e litigar contra o que foi estabelecido no julgamento do precedente, no caso, o IRDR.

Ressalte-se que não se pretende estabelecer um fechamento interpretativo do sistema de precedentes e sua imutabilidade, o que por certo seria prejudicial ao sistema jurídico, mas se parte da premissa da necessária estabilidade do direito, de forma que o *distinguishing* deve ser restrito aos casos em que deva ser utilizado, e não deve ser utilizado como mecanismo de manifestação de mero inconformismo com um precedente. O *distinguishing* deve ser utilizado de forma racional e justificada e, para isso, a preocupação com a formação da tese jurídica é essencial.

Lembre-se, ainda, que o IRDR se volta ao julgamento de demandas repetitivas que, por vezes, terão substrato fático idêntico. Os casos de litigância de massa demandam ainda mais que a tese jurídica expresse exatamente a *ratio decidendi*, pois permitirá um julgamento mais célere desses casos (por muitas vezes iguais).¹⁹⁷

O que deve vincular é a tese jurídica, mas não se pode adotar uma postura absolutamente formalista quanto ao dever ser e o ser, sob pena de se colocar em xeque o bom funcionamento do IRDR. O que se quer dizer com isso é que uma tese jurídica deverá expressar a *ratio decidendi* do julgamento e, a princípio, será essa tese jurídica que vinculará o julgamento dos demais casos. No entanto, uma tese jurídica que não expresse adequadamente a *ratio decidendi* não deverá impedir que o seu efeito vinculante seja buscado no corpo do acórdão. Em outros termos, não é porque uma tese jurídica foi mal formulada que

¹⁹⁷O alerta de Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni é importante, na medida em que destacam a necessidade de a tese jurídica facilitar a compreensão de quem a aplicará, especialmente quando se tratar de casos idênticos, apesar de fazerem a ressalva quanto à possibilidade de aplicação a hipóteses análogas: “[...] os limites linguísticos construídos pelo tribunal, ao julgar o caso que servirá como precedente, como se verá adiante, têm o sentido específico de facilitar a identificação dos casos idênticos aos quais o precedente será aplicável. Mas, de forma alguma, podem ser interpretados como perfeita delimitação do potencial do precedente a outras hipóteses análogas, quando houver conformidade dos fatos essenciais do caso concreto com a *ratio decidendi* do precedente” (ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. **Revista de Processo**, v. 44, 2019, p. 183-204).

ela deverá ser adotada cegamente, admitindo-se tão somente a vinculação com relação à tese jurídica e prejudicando o julgamento dos casos que são submetidos ao IRDR. Nesses casos, dever-se-á buscar no acórdão paradigma a *ratio decidendi*, aplicando-a aos casos posteriores.

2.2.1.1 A forma de julgamento dos órgãos colegiados

Há outra questão que merece ser analisada com vias à formação da tese jurídica no IRDR: a forma de votação dos magistrados brasileiros.¹⁹⁸ Não há como se perder de vista que a forma de deliberação na formação de teses jurídicas “exige uma mudança no modo como são tomadas as decisões colegiadas, evitando-se a assim chamada ‘pseudocolegialidade’”¹⁹⁹. Quanto ao ponto, em estudo sobre decisões do STF,²⁰⁰ já atentou para o fato de que por vezes a compreensão dos votos é difícil, em especial quanto à identificação de qual é a *ratio decidendi*.²⁰¹ É comum se verificar que os ministros cheguem em um acordo quanto ao dispositivo da decisão, mas não quanto à sua fundamentação,²⁰² podendo-se falar em “ratio do

¹⁹⁸“Um fator que contribui para a insegurança jurídica na jurisprudência diz respeito à motivação das decisões colegiadas. O sistema de precedentes vinculantes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 encontrará um grande obstáculo na sistemática de votação dos Tribunais. É muito comum que cada um dos magistrados apresente suas próprias razões de decidir, tornando difícil, senão impossível extrair do julgado uma fundamentação comum para nortear a solução de casos pendentes e futuros. [...]” (FUX, Luiz. BODART, Bruno. O novo código de processo civil: superando as fronteiras entre common law e civil law. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Cândido Rangel Dinamarco; Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Luiz Fux. (Org.) **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 59).

¹⁹⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 142.

²⁰⁰“[...] como dotar a uma decisão do STF os amplos efeitos que o próprio Tribunal tem procurado dar às suas decisões se não for possível, em alguns casos, determinar qual é a decisão final? Como influenciar cortes inferiores se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF? O STF tem dado uma resposta clara à sociedade quando decide sobre casos difíceis? Essas são questões que parecem não estar no horizonte de preocupações dos ministros do STF, embora representem obstáculos a legitimidade das decisões do Tribunal, especialmente se ele se impõe um papel mais “ativo.” (VOJVODIC, Adriana de Moraes; CARDOSO, Evorah Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. Revista Direito GV, v. 9, 2009, p. 21-44).

²⁰¹ “Estudar o processo decisório do STF não é uma questão meramente formal. Compreender melhor como os ministros votam é fundamental para que se exerça um controle democrático mais apurado de suas decisões. A leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função.” (VOJVODIC, *op. cit.*, p. 21-44)

²⁰²“Note-se, dessa maneira, a dificuldade em se determinar, ainda que em um caso de decisão unânime, qual foi a decisão tomada pelo Tribunal como um todo. Ainda que se entenda que o voto do ministro relator, que guia a tomada de decisão dos demais ministros, tem um peso maior na fundamentação do caso, podendo-se entender que a partir dele seria possível extrair a *ratio decidendi*, não há como deixar de considerar o fato de que fundamentações conflitantes com o voto do ministro relator relativizam a adequação dessa *ratio decidendi* ao que foi efetivamente decidido pelo Tribunal. A unanimidade se dá tão-somente com relação ao dispositivo da decisão, o elemento questionado por meio da ADI, mas não se reflete no momento da justificação dessa solução dada pelo Tribunal.”(*Ibidem*, p. 21-44).

ministro”²⁰³, como se cada voto aditivo pudesse apresentar sua própria *ratio decidendi*. No entanto, como se viu, a extração da *ratio decidendi* é mais voltada à fundamentação do que à conclusão do julgado, de forma que esses votos aditivos colocam em xeque o funcionamento do sistema de precedentes brasileiro e, por isso, é necessário que o tribunal repense a forma de julgamento do IRDR.

O referido estudo ainda apontou para o fato de que por vezes os ministros nem sequer estavam a tratar sobre o mesmo problema, o que também dificultava a identificação da *ratio decidendi*, em especial porque “ao escolherem problemas diferentes, ao invés de terem perspectivas de interpretação diferentes de um mesmo problema, cada ministro decide um caso completamente diferente”²⁰⁴. Como o julgamento do IRDR se dá a partir da definição de uma questão jurídica controvertida, havendo cisão cognitiva e decisória, é mais fácil de se evitar esse tipo de problema, pois, ao apresentar a questão jurídica controvertida, o IRDR permite que haja maior controle quanto ao problema que o tribunal responderá, contribuindo para uma melhor organização da resposta – a tese jurídica/*ratio decidendi*. Assim, ter a *ratio decidendi* expressa na tese jurídica é o melhor caminho para se evitar incertezas e incompreensões.

O ideal, portanto, é que o julgamento do IRDR seja unânime, não apenas quanto à sua conclusão, como também quanto à fundamentação. De tal forma, será possível extrair a *ratio decidendi* e fazê-la constar da tese jurídica. A unanimidade da votação de um precedente não é requisito para seu efeito vinculante desde que haja maioria quanto à fundamentação,²⁰⁵ mas, para fins deste estudo, acredita-se que a tese jurídica unânime quanto à votação e aos fundamentos servirá melhor aos escopos do IRDR²⁰⁶ pois isso evitará que ela seja alterada por mera alteração da composição do órgão julgador²⁰⁷.

²⁰³*Ibidem*, p. 21-44.

²⁰⁴*Ibidem*, p. 21-44.

²⁰⁵ “Evidentemente em um julgamento colegiado só se pode considerar existir algum fundamento determinante da decisão se tal foi acolhido pelo menos pela maioria dos integrantes da turma julgadora. E isto leva, necessariamente, a que se tenha de reformular o modo como dão os julgamentos colegiados no Judiciário brasileiro. É que, tradicionalmente, o que se fez no Brasil foi “somar conclusões de votos”, de modo que se reputa majoritário um entendimento quando uma conclusão é manifestada pelo menos pela maioria dos votantes. Pode haver, porém, casos em que uma conclusão tenha sido alcançada pela maioria (ou unanimidade) dos integrantes do tribunal, mas os juízes que a hajam sustentado se tenham valido de fundamentos completamente diferentes.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 274).

²⁰⁶ Na medida em que já se demonstrou que o placar de votação de um precedente está relacionado à sua força (NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 174-178).

²⁰⁷ “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem até ter a sua composição alterada, o que é inevitável, mas a partir do momento em que isso ocorre, com frequência abre-se a possibilidade de alteração da jurisprudência firmada tão somente porque a composição se alterou. Isso compromete a segurança jurídica, decorrendo, a nosso ver, de uma visão distorcida da função jurisdicional, bem como de uma falta de cultura de respeito aos precedentes. Aqui no Brasil, o novo Ministro pretende expor ao Tribunal a sua visão pessoal do que

2.2.2 A possibilidade de expansão da questão jurídica submetida a julgamento

O momento de definição da questão jurídica controvertida é bastante importante para o resultado do julgamento do IRDR, leia-se, a formação da tese jurídica. Não obstante a importância da formulação da questão jurídica controvertida que será objeto do julgamento do IRDR, o legislador foi silente sobre seu momento de formação, de forma que a reflexão acadêmica a respeito do tema se mostra ainda mais necessária.

Se a tese jurídica deve perdurar no tempo, com aplicação ao maior número de casos possíveis, tal como já se expôs neste estudo, qual sua relação com a questão jurídica controvertida que deu ensejo à instauração do IRDR? A questão jurídica será dotada de estabilidade ou ela poderá ser expandida? E se puder ser expandida, qual o limite? Este tópico se debruçará sobre essas questões.

Tal como um projeto de pesquisa científica precisa de uma boa pergunta como seu guia, a tese jurídica precisa de uma boa questão jurídica controvertida que guie o seu julgamento, em especial porque a questão jurídica submetida a julgamento delimitará, de certa forma, o contraditório que se formará em torno do julgamento.²⁰⁸

Nesse sentido, ao receber o pedido de instauração do IRDR e afetar os casos paradigmas para o julgamento da tese jurídica, o tribunal deverá analisar com profundidade a controvérsia para poder identificar o que se pretende responder – e pacificar – com o julgamento do IRDR.

é o Direito ou de como ele deva ser aplicado, não se importando muito com a opinião sedimentada do seu colega que o antecedeu. Não há ainda uma preocupação com a estabilidade, a segurança jurídica e a continuidade do Direito, bem como uma preocupação menos pessoal e mais institucional. Pensamos que o Juiz, Desembargador ou Ministro, não presta jurisdição em seu nome pessoal, e sim em nome do Estado, de modo que ele é seu longa manus. Suas opiniões pessoais são, como o nome diz, pessoais, mas não refletem necessariamente a opinião já manifestada pela Instituição em casos anteriores. Se a simples mudança na composição pudesse representar uma mudança de jurisprudência consolidada, teríamos um Tribunal de homens, e não de direito.” (*Ibidem*, p. 220-221).

²⁰⁸ Aluisio Mendes já havia ressaltado a importância da delimitação da questão jurídica controvertida ao afirmar que “Deve ser feita a identificação com precisão da questão a ser pacificada. Do contrário, a controvérsia e a confusão perdurarão, tanto para se saber quais são os processos pendentes, e que devem ser suspensos, quanto, depois, para a aplicação eventual da tese que reproduza a falta de definição ou mesmo obscuridade” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 181).

Ao tratarem sobre o tema e diante do silêncio do legislador, Fredie Didier Jr. e Sofia Temer conceituam a denominada decisão de organização do IRDR²⁰⁹ e sua correlação com o objeto de cognição do julgamento da tese jurídica. Os autores, além de destacarem a necessidade de identificação da questão jurídica controvertida com clareza e precisão, afirmaram que a tese jurídica será delimitada pela questão jurídica, pois a tese jurídica não poderia ir além do que foi posto na decisão de organização do IRDR, sob pena de violação ao princípio da congruência.²¹⁰ Em sentido semelhante se posiciona Daniel Vianna Vargas,²¹¹ para quem há necessária correlação entre a questão jurídica afetada para julgamento e a tese jurídica, sob pena de violação do princípio da congruência e até mesmo do princípio do contraditório. Assim, para o referido autor, a identificação da questão jurídica controvertida limita o objeto do IRDR e a cognição que será formada no decorrer do julgamento. No mesmo sentido defendido pelos autores, está o Enunciado 606 do FPPC.²¹²

A afirmação dos autores certamente é importante, em especial pela preocupação do debate que se formará em torno da questão jurídica controvertida. Afinal, o contraditório e a abertura do debate são essenciais para o bom funcionamento do IRDR e para a legitimidade democrática da decisão – questão que será abordada em tópico próprio. Ocorre que não se pode descartar a hipótese de o próprio contraditório que vier a se formar em torno da questão jurídica controvertida permitir que, de certa forma, a tese jurídica ultrapasse a questão jurídica

²⁰⁹ O conceito de decisão de organização do IRDR é a seguir transcrito: “A decisão de organização do incidente corresponde à formalização do que foi decidido pelo órgão colegiado no que diz respeito à admissibilidade e aos limites objetivos do incidente, notadamente quanto à definição da questão jurídica e à identificação das circunstâncias fáticas que ensejaram a controvérsia e para as quais a tese será aplicável. Mas a decisão vai além: é neste ato que o relator irá adotar as medidas para o regular processamento do incidente e para viabilizar que a definição da tese jurídica seja legítima, sob a perspectiva de oportunizar a efetiva divulgação de sua instauração e o engajamento dos sujeitos envolvidos no debate” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

²¹⁰ “A identificação da questão afetada é essencial para delimitar o que constará na decisão final de mérito, porque a ela ficará vinculado o tribunal, que não poderá fixar teses sobre outras questões, sob pena de quebra do dever de congruência.” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

²¹¹ Sobre o ponto, o autor assinalou que “[...] somente é possível prestigiar minimamente o contraditório se houver a devida identificação da questão jurídica – o objeto ou o mérito do incidente. Mais, há necessidade de sua estabilização e, principalmente, uma vez estabilizado objetivamente, faz-se imperiosa a correlação entre o julgamento do IRDR e a questão jurídica estabilizada, não sendo possível julgamento extra petita [...] Ainda que não haja demanda na acepção jurídica clássica do vocábulo, as regras quanto à estabilização objetiva devem alcançar de forma plena o objeto do IRDR, sendo este consubstanciado, como explicitado, pela controvérsia sobre questão unicamente de direito.” (VARGAS, Daniel Vianna. **Estabilidade objetiva do IRDR: escritos sobre congruência e eficácia vinculante**. Disponível em <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artgo_EstabilidadeObjetivaIRDR_DanielViannaVargas.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021).

²¹² “Deve haver congruência entre a questão objeto da decisão que admite o incidente de resolução de demandas repetitivas e a decisão final que fixa a tese” Disponível em <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2021.

controvertida que deu origem à instauração do IRDR. Uma posição absolutamente rígida com relação ao momento de definição da questão jurídica controvertida e sua relação com a tese jurídica não parece ser a melhor opção, tanto em atenção ao caráter de mecanismo de gestão assumido pelo IRDR, quanto com vistas à formação da tese jurídica.

Em um contexto de “desespero” do Judiciário, como mencionado no capítulo anterior, parece mais adequado que se permita que a tese jurídica possa ultrapassar os limites definidos pela questão jurídica controvertida que deu origem à instauração do IRDR. Isso porque, em razão da natureza dialética do processo, e principalmente por ser um instrumento processual que possibilitará a ampliação do debate por meio da participação de diversos sujeitos processuais, é possível que surjam questões que não haviam sido percebidas anteriormente e que, por isso, não haviam constado da questão jurídica controvertida afetada para julgamento.

Em sendo um verdadeiro mecanismo de gestão, deve-se possibilitar a expansão da tese jurídica a ser firmada. Isso porque é melhor que se expanda a tese jurídica no curso do julgamento do IRDR, do que em curto espaço de tempo seja necessário afetar novamente o tema para julgamento ou que seja necessário instaurar um novo IRDR. Nesse sentido, deve-se evitar que a tese jurídica firmada no IRDR incorra em uma das hipóteses de *subprecedents* do tópico anterior, em especial os “*golden tickets*”, “*you never call, you never write*”, “*slip slidin’ away*” e “*unsettled*”.

Conforme já se afirmou, ao julgar o IRDR, o tribunal deverá voltar sua atenção ao “caso futuro” e, em sendo assim, ao perceber que há um assunto não vislumbrado na questão jurídica controvertida afetada para julgamento, o tribunal deverá tratar da questão e fazê-la constar da tese jurídica. Assim, sugere-se que se permita redefinir a questão jurídica controvertida sob julgamento²¹³ e que sejam criadas sub-teses que tratem especificamente

²¹³A possibilidade já foi sugerida por Aluisio Mendes: “O comando inscrito no inciso I do art. 1.037, do CPC, possui aqui plena aplicação, pois deve ser feita a identificação com precisão da questão a ser pacificada. Do contrário, a controvérsia e a confusão perdurarão, tanto para se saber quais são os processos pendentes, e que devam ser suspensos, quanto, depois, para a aplicação eventual da tese que reproduza a falta de definição ou mesmo obscuridade. A redefinição da questão ou das questões jurídica(s) poderá ser feita a requerimento de um dos intervenientes (Ministério Público, Defensoria Pública ou partes), bem como de ofício pelo órgão julgador do IRDR, conforme proposta formulada pelo relator ou por qualquer integrante do colegiado. Naturalmente, caberá ao relator, ao apresentar seu voto, se manifestar sobre a identificação precisa da questão que será o objeto de discussão e julgamento no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Embora a questão, como já mencionado, ainda possa sofrer modificações por ocasião do julgamento final, ou seja, do mérito do IRDR, não se pode menosprezar a importância quanto à definição desde o momento da admissibilidade do incidente em razão de alguns motivos. O primeiro é que a fixação da questão, por ocasião da admissibilidade, norteará as discussões e contraditórios pertinentes, devendo-se, assim, guardar a efetiva correlação entre o objeto, debate e decisão. Em segundo lugar, a definição da questão de direito será fundamental para a verificação da relação entre o objeto do IRDR e os processos em tramitação, de modo a se aferir se estes versam ou dependem da respectiva elucidação, ou seja, se estarão submetidos aos efeitos do julgamento do incidente e se enquadrar nas hipóteses de eventual suspensão.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas**

dessas questões que venham a surgir no curso do julgamento do IRDR. É importante, também, que todos os argumentos analisados constem do acórdão que julgar o IRDR, tal como estabelece o art. 984, § 2º, do CPC/15.²¹⁴

O art. 986 do CPC/15 permite a revisão da tese jurídica de ofício ou a requerimento dos legitimados para o pedido de instauração do IRDR e tal previsão legal indica que a tese jurídica não é imutável, de forma que corrobora com a possibilidade de expansão da questão jurídica inicialmente afetada para julgamento.²¹⁵ Afinal, se é possível alterar a tese jurídica após a conclusão do julgamento do IRDR, com maioria de razão é possível expandir a tese jurídica no curso do julgamento do IRDR. A medida é salutar para o bom funcionamento do IRDR e do tribunal, pois a definição de uma tese jurídica em um procedimento de IRDR demanda recursos materiais e humanos do tribunal, com a sessão (ou sessões) de julgamento do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência daquele tribunal e com o tempo necessário para a análise dos argumentos suscitados, por exemplo.

Outro ponto que corrobora a possibilidade de a tese jurídica ir mais além do que a questão jurídica controvertida inicialmente afetada para julgamento é a previsão do § 2º do art. 984, que determina que o acórdão deverá tratar de todos os argumentos suscitados para a formação da tese jurídica.²¹⁶ Isso porque, primeiro, o dispositivo legal determina que todos os

Repetitivos: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 181)

²¹⁴Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

²¹⁵O mesmo dispositivo é utilizado por Daniel Vargas para defender que não se pode ir além da questão jurídica controvertida afetada para julgamento: “Portanto, nessa hipótese, faz-se mais uma vez necessária a correta identificação do mérito – e da questão prejudicial –, bem como aplicam-se as regras já apontadas quanto à estabilização objetiva de forma extensiva à questão prejudicial. Ou seja, para que a questão prejudicial alcance eficácia vinculante, a mesma deve ser integrante da controvérsia objeto do IRDR e expressamente mencionada na decisão como parte integrante da tese jurídica fixada. Por fim, uma última ressalva se mostra percuciente nessa discussão particular. Pelas razões já delineadas, inviável a aplicação do art. 508 do CPC ao julgamento do IRDR. O princípio do “deduzido e do deduzível” ou a “eficácia preclusiva da coisa julgada” não tem cabimento em relação ao IRDR. [...] Dois são os argumentos para a não aplicação do princípio do deduzido e do deduzível ao IRDR. Um de ordem legal, outro de natureza teórica. Da conjugação dos artigos 984, § 2º, 985, II, parte final e 986, todos do CPC, infere-se que o órgão colegiado deverá enfrentar todos os fundamentos suscitados, sendo permitida a revisão da tese jurídica mediante requerimento dos legitimados. Embora haja eficácia vinculante, não existe definitividade da decisão paradigma, sendo possível sua alteração mediante procedimento próprio, levando-se em conta para delimitação da eficácia e necessidade de revisão, os fundamentos suscitados e a construção da tese jurídica.”. (VARGAS, *op. cit.*, Disponível em <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artgo_EstabilidadeObjetivaIRDR_DanielViannaVargas.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021). No entanto, obstar a expansão da tese jurídica sob o fundamento de que a tese jurídica pode ser revista não parece a melhor opção, seja porque vai de encontro ao princípio da eficiência processual, seja porque o mesmo contraditório que se formará quando afetar-se o IRDR para a revisão da tese jurídica poderá ser realizado durante o julgamento que fixa a tese jurídica e a possibilidade de expansão da tese jurídica será medida de economia processual.

²¹⁶ Art. 984 § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

argumentos sejam analisados, de forma que se espera que um argumento que enseje análise para além da questão jurídica afetada para julgamento também seja objeto de análise pelos magistrados (ainda que seja para afirmar que o assunto não é objeto daquele julgamento). Segundo, não há um prejuízo caso se discuta questão que não estava inicialmente afetada para julgamento – desde que a questão seja objeto de contraditório ampliado.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que as concepções de que a expansão da questão jurídica controvertida violaria o contraditório, bem como de que há uma estabilização rígida da questão jurídica controvertida parecem estar fortemente atreladas a uma concepção de processo subjetivo de “A” em face de “B” pelo motivo “Z” e de tutela do direito subjetivo das partes. O IRDR, todavia, é um mecanismo que se afasta dessa concepção e que se vincula à tutela do direito objetivo: tutela-se a ordem jurídica, que não pode conviver com a situação de duas demandas iguais que chegam a resultados diferentes. Em se tratando de tutela de direito objetivo, de estabelecimento do sentido de uma norma e suas consequências, é mais apropriado que se possibilite a expansão da questão jurídica controvertida inicialmente afetada para julgamento. É preciso diferenciar: não há formação de coisa julgada no IRDR e, por esse motivo, não há necessidade de se falar em uma estabilização rígida da questão jurídica controvertida. Aliás, sendo o não julgamento de um caso concreto ponto que diferencia a tese jurídica firmada no IRDR de um precedente típico do *stare decisis*, é importante que se possa fazer uso da vantagem que se tem: a de não se estar rigidamente vinculado aos limites impostos pelas partes, fatos e pedido do caso concreto.

Deve-se ressaltar que, no precedente do *stare decisis*, não é possível formular mais de uma *ratio decidendi* (ou sub-teses), pois o precedente surge do julgamento de um caso concreto, de forma que há a preocupação em se limitar o poder que o Judiciário exerce sobre a evolução do direito.²¹⁷ No entanto, a diferença crucial reside no fato de que o IRDR não julga

²¹⁷A lição de Luiz Guilherme Marinoni é importante para se compreender a questão: “De modo que há discussão no common law sobre a natureza dos vários fundamentos que, em princípio, seriam capazes de permitir o alcance de idêntica solução. Note-se que essa discussão deriva de uma circunstância peculiar ao common law. A dificuldade em ver um julgado com várias *rationes decidendi* tem a ver com a ideia de que o precedente, no common law, reflete a solução do caso e não a solução das questões nele envolvidas. Mediante os precedentes, os jurisdicionados e as Cortes subsequentes são informados de como os casos devem ser julgados. Quando se insiste na ideia de uma única *ratio decidendi*, seja ela o primeiro fundamento, seja ela a que, a partir da leitura da linguagem do anterior julgado, for definida pela Corte que está com o caso em mãos, demonstra-se que a única preocupação existente diz respeito à solução do caso. Ora, se houvesse preocupação em cristalizar, mediante precedente, a solução de dada questão jurídica versada no caso, não haveria razão para negar a qualidade de *ratio decidendi* às razões que, por exemplo, examinam causa de pedir cumulada. Perceba-se, aliás, que quando a doutrina afirma, com preocupação, que o poder de escolha de uma das *rationes* faz com que a Corte crie novo precedente, revela-se claramente que o precedente, no common law, dirige-se a permitir a resolução de casos e não de questões que podem importar à solução de casos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416)

um caso concreto e, por isso, também não está limitado pelos limites cognitivos impostos pelas partes em um dado conflito subjetivo. Assim, em havendo ampla discussão sobre determinada questão jurídica, ainda que inicialmente não diretamente inclusa na questão jurídica controvertida, poderá constar da tese jurídica, ou suas sub-teses, na lógica do sistema de precedentes brasileiro do IRDR.²¹⁸

A possibilidade de redefinição da questão jurídica controvertida e expansão da tese jurídica, todavia, não pode ser um xeque em branco. Tal possibilidade deve ser reconhecida para que o julgamento ocorra da forma mais eficiente possível, mas deve respeitar o contraditório que se formará no curso do IRDR. Nesse sentido, a possibilidade de redefinição da questão jurídica controvertida e expansão da tese jurídica será delineada pelo debate ampliado que se formará. Será, então, a atuação dos sujeitos processuais e os argumentos aduzidos que permitirão a flexibilização da questão jurídica inicialmente afetada para julgamento. Nesse contexto, ao perceber o surgimento de um novo argumento, de um contexto um tanto quanto mais abrangente e até de uma situação fática subjacente, o tribunal deverá permitir que tal questão seja objeto de amplo debate, debate este que conferirá legitimidade democrática para a expansão da questão jurídica controvertida.

Ainda que o contraditório sirva como balizador, a questão jurídica inicialmente afetada deverá ser respeitada para que não se ultrapasse desarrazoadamente o objeto do IRDR. Por exemplo, caso se discuta questão jurídica que envolva transporte rodoviário, será possível expandir a questão jurídica controvertida para tratar de questões relativas ao transporte rodoviário, mas, se a norma jurídica em discussão não versar, por exemplo, sobre transporte aquaviário, a questão jurídica não deverá ser expandida para tratar deste último.

De volta ao problema que se apresentou no item 1.3., é possível observar em diversos trechos do acórdão que julgou o Tema 210 da repercussão geral do STF a menção ao fato de

²¹⁸É de se notar que no próprio common law a impossibilidade de extrair *ratio decidendi* de questão amplamente debatida perturba os doutrinadores: “Compreendem-se melhor, dessa forma, os desabafos de alguns doutrinadores do *common law* quando se deparam com questões ampla e profundamente discutidas pelas Cortes, muitas vezes decididas à unanimidade, que tecnicamente são consideradas obiter dicta apenas por não constituírem passo necessário ou suficiente à resolução do caso. [...] No sistema brasileiro, em que a força dos precedentes nada deve à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à solução que é dada ao caso. Assim, por exemplo, em uma ação rescisória julgada procedente, nada impediria que as razões que serviram para rejeitar uma das causas de pedir assumissem a qualidade de *ratio decidendi*. Ora, o mesmo motivo que estimula à obrigatoriedade das decisões que resolvem os casos está presente quando se está diante de decisões que, embora sem solucionar os casos, emprestam significado a questões frequentemente discutidas no Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416).

que a Convenção de Montreal também regula o transporte aéreo internacional de carga²¹⁹ e, mesmo assim, continuou-se o julgamento sem tratar especificamente da questão e sem fazê-la constar expressamente na tese jurídica. Opção melhor teria sido tratar especificamente do transporte aéreo internacional de carga, tanto no debate, quanto na tese jurídica, inclusive – e preferencialmente – possibilitando-se a participação de sujeitos que integram o *business* do transporte aéreo internacional de carga. Isso evitaria o próprio STF ter suscitado a possível necessidade de afetar o tema novamente para julgamento cerca de dois anos após a fixação da tese jurídica.²²⁰

Nesse sentido, a questão jurídica controvertida delineará o objeto do IRDR e deve ser bem formulada para que possa guiar seu julgamento, no entanto, atribuir estabilidade rígida à questão jurídica afetada para julgamento poderá ir de encontro ao princípio da eficiência e à lógica de mecanismo de gestão que é o IRDR. Assim, a melhor leitura parece ser aquela que permite expandir a questão jurídica controvertida para que possam constar da tese jurídica assuntos e peculiaridades que não estavam inicialmente inseridos no objeto de cognição do IRDR.

²¹⁹O Ministro Gilmar Mendes: “[...] Dois aspectos devem ficar sobremaneira claros neste debate. O primeiro é que as disposições previstas nos acordos internacionais aqui referidos aplicam-se exclusivamente ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. A expressão ‘transporte internacional’ é definida no art. 1º da Convenção [...]”.

A Ministra Rosa Weber, em voto vista: “[...]A Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal disciplinam, em síntese, os seguintes aspectos: i)âmbito de aplicação e delimitação do conceito de transporte aéreo internacional; ii)documentos instrumentais à execução do contrato de transporte aéreo internacional (bilhete de passagem, nota de bagagem, conhecimento aéreo etc.); iii)obrigações do transportador aéreo internacional, do viajante e do expedidor de bagagens/cargas; iv) regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional; e v)jurisdição responsável por dirimir eventuais litígios e prazo prescricional aplicável. [...] No atinente a cargas, o limite previsto na Convenção de Montreal é idêntico ao preconizado na Convenção de Varsóvia, na redação conferida a esta pelos protocolos adicionais de 1975, qual seja, 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sessão Plenária**. RE 636331 / RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 25 mai. 2017).

O Ministro Celso de Mello: “Essa observação, como ninguém o desconhece, encontra apoio na própria realidade da prática internacional, pois, como se sabe, já em 1929, celebrou-se a Convenção de Varsóvia, posteriormente atualizada, entre outros, pelos Protocolos de Haia(1955) e da Guatemala(1971), culminando, em 1999, com a Convenção de Montreal, que unificou determinadas regras concernentes ao transporte aéreo internacional e que atualizou, modernizou e refundiu a Convenção de Varsóvia, reafirmando a conveniência de viabilizar-se um desenvolvimento ordenado das operações de transporte aéreo internacional e da circulação de passageiros, bagagens e cargas, conforme os princípios e objetivos da Convenção de Aviação Civil Internacional firmada nos Estados Unidos da América, em Chicago, em 1944”.

²²⁰ Trata-se de acórdão proferido pela 2ª Turma do STF, ao julgar o Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.154.120/SP, no qual suscitou a possibilidade de afetar o tema para julgamento mais uma vez, a fim de que seja possível analisar expressamente a extensão da tese jurídica do Tema 210 ao transporte aéreo internacional de carga e, inclusive, à seguradora sub-rogada: “[...] A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E há até uma terceira posição, não é, Presidente? Seria prover o agravo para vir o recurso, porque, como essa matéria seria, na proposta do Ministro-Vistor, para se aplicar aqui diretamente às ações regressivas, o que não era expresso nos precedentes, teria o processamento com o recurso, porque aí seria inclusive, eventualmente, o Plenário, para se uniformizar. Acho esta matéria muito importante. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.154.120/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 09 Abr. 2019).

Afinal, quando verificadas questões que serão ou poderão ser posteriormente suscitadas nos casos em que se aplicará a tese jurídica, o tribunal deverá permitir que os sujeitos processuais que participam do IRDR exerçam o contraditório em torno daquela(s) questão(ões) para que conste na tese jurídica e seja dotado de efeito vinculante. Tal medida evitará que a tese jurídica seja objeto de revisão em curto espaço de tempo ou tenha seu efeito vinculante afastado em casos que ela poderia ter aplicação evidente (possivelmente gerando a prolação de decisões contraditórias).

2.2.3 A tese jurídica deve ser clara: impossibilidade de múltiplas interpretações

Apesar de forte resistência, o *civil law* brasileiro precisou adotar o sistema de precedentes, não apenas diante da existência de decisões conflitantes no ordenamento jurídico, mas também diante da percepção de que era preciso abandonar o paradigma da raiz do *civil law* de que a lei seria suficiente e completa, apta a apresentar uma solução a todas as situações que lhe fossem submetidas²²¹, em especial diante das mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo.²²² Com efeito, a introdução de conceitos jurídicos indeterminados,

²²¹“Considerando-se o juiz da tradição do civil law, isto é, aquele desejado pela Revolução Francesa, torna-se inevitável afastá-lo do julgador que decide com base em conceitos indeterminados e em regras abertas. Não há dúvida. O juiz que deve decidir pronunciando as palavras da lei - como queria Montesquieu - não pode se confundir com aquele que pode dar significado a conceito indeterminado ou concretizar regra aberta, adotando a solução que lhe parecer oportuna e adequada ao caso concreto. [...] Na verdade, a técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elemento que requer complementação pelo juiz. De qualquer forma, o que realmente importa é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei. Aliás, os próprios doutrinadores do common law reconhecem, quando olham para o civil law, que nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos, não há sequer como admitir a distinção, por alguns realizada, entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam o direito). [...] Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 63-65).

²²²“A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça. Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta "substância" e estes "princípios foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem "rígidas", no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição. A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. [...] No entanto, percebe-se que há, no civil

cláusulas abertas e princípios, ampliam as possibilidades de interpretação de um determinado enunciado normativo, na medida em que as possibilidades cognitivas aumentam e demandam que o intérprete complete o sentido da norma.²²³

Nesse contexto, o sistema de precedentes contribui para a definição de qual deve ser a interpretação a ser seguida por determinado tribunal, na medida em que, se houver um julgamento do STF ou do STJ, será a interpretação daqueles tribunais superiores a interpretação a ser adotada pelos demais tribunais e, em havendo o julgamento de IRDR por determinado tribunal de segundo grau, na sua respectiva área de circunscrição, será aquela

law, preocupação em negar ou obscurecer - ou talvez tornar irrelevante - o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do Legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém-se intacto, como se importante fossem apenas os princípios e não a transformação da realidade. Como é óbvio, não se quer dizer que o princípio da separação dos poderes não mais tem significado ou importância. Deseja-se tão-somente demonstrar que, quando se tenta acomodar a realidade na forma das regras, corre-se o risco de ver surgir algo que mais parece com uma imagem refletida a partir de um espelho de circo. O vício de acomodar a realidade às regras e aos princípios faz com que a realidade seja distorcida e até mesmo negada. São as regras e os princípios que devem adquirir outra conformação, adaptando-se às novas realidades, e não o contrário. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do civil law, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do common law. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no civil law.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, 2009, p. 37-41. Disponível em <https://www.academia.edu/29348429/APROXIMA%C3%87%C3%83O_CR%C3%8DTICA_ENTRE_AS_JURISDI%C3%87%C3%95ES_DE_CIVIL_LAW_E_DE_COMMON_LAW_E_A_NECESSIDADE_DE_RESPEITO_AOS_PRECEDENTES_NO_BRASIL_CRITICAL_APPROACH_BETWEEN_CIVIL_LAW_AND_COMMON_LAW_AND_THE_NEED_FOR_RESPECTING_PRECEDENTS_IN_BRAZIL> Acesso em: 30 mai. 20).

²²³“Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (1) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (i) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloquente pelas diferentes categorias com as quais trabalha nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas. As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém: ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação” (BARROSO, *op. cit.* Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>).

interpretação a ser adotada – pelo menos até que haja pronunciamento dos tribunais superiores sobre a mesma matéria.²²⁴

Como a tese jurídica é formada a partir da necessidade de se esclarecer uma controvérsia – na medida em que há decisões judiciais conferindo tratamento díspar para situações iguais ou semelhantes – o tribunal deverá atentar para os termos que redigirá a tese jurídica.

Quando se está a definir o sentido do direito, deve-se buscar a clareza²²⁵ e deve-se evitar que a tese jurídica possibilite múltiplas interpretações.²²⁶ Com efeito, a tese jurídica não pode gerar a dúvida de “o que se quer dizer com isso?”, mas, ao revés, deverá dar a resposta à dúvida surgida.

Nesse contexto, como um dos motivos para a necessidade de adoção de um sistema de precedentes brasileiro foi a vasta gama de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, faz-se necessário que se evite a formulação de uma tese jurídica que contenha esses termos.

²²⁴“Entretanto, quando se toma em consideração a dissociação entre texto e “norma judicial”, os textos de caráter aberto e a necessidade de conformação da lei às normas constitucionais, chega-se à conclusão de que a Corte Suprema deve definir o adequado sentido extraível do texto legal, mediante razões que evidenciem as suas opções interpretativas como racionalmente aceitáveis. Nesse sentido, ainda que se possa dizer que a decisão não escapa da ordem jurídica num sentido global, ela apresenta uma solução que constitui norma que se coloca fora ou ao lado da ordem legislativa. É exatamente aí que se encontra o pressuposto teórico da Corte, cuja função é extrair um sentido da ordem legislada, tornando-o parte da ordem jurídica vinculante. [...] O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem no STJ a Corte Suprema com função de definir o sentido que deve ser extraído da lei federal. Definir o sentido extraível do texto está longe de significar expressar o sentido exato da lei. [...] Realmente, toca-se no cerne da questão quando se percebe que a Corte Suprema não mais serve para tutelar o legislador contra os juízes, mas, ao contrário, para auxiliar o legislador. Hoje, o STJ e o Legislativo realizam tarefa harmônica e coordenada para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de dar à sociedade um direito adequado à realidade social. Tem-se, assim, (i) que a real função do STJ não é controlar a legalidade das decisões, mas definir o sentido atribuível ao texto da lei a partir de um método interpretativo aberto a valorações e decisões racionalmente justificáveis; (ii) que a alteração da função da Suprema Corte, preocupada com o direito federal infraconstitucional, é consequência do impacto do constitucionalismo e da evolução da teoria da interpretação; (iii) que essa nova função coloca a Suprema Corte ao lado do Legislativo, retirando-a do lugar de tutela ao legislador, em que foi posta pelo direito inspirado nos valores da Revolução Francesa; e (iv) que a Suprema Corte, diante da sua função contemporânea, agrega substância à ordem jurídica -que então passa também a ser composta pelos seus precedentes. [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 75-76).

²²⁵“Os precedentes precisam dispor de clareza, solidez e profundidade nos seus fundamentos, pois, do contrário, dificilmente serão respeitados e seguidos. Isso não significa que este cuidado tenha que estar presente em todas as decisões judiciais. Esclarecendo, as decisões judiciais, em geral, precisam estar fundamentadas. Mas, se não representam inovação, mas simples aplicação de precedentes, poderão, naturalmente, se valer dos fundamentos, e conseqüentemente da clareza, solidez e profundidade contidos no *leading case* seguido. Portanto, a preocupação reforçada com a fundamentação seria inerente aos precedentes e também às decisões que venham se distanciar do precedente, seja a partir do *distinguishing* ou do *overruling*” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87)

²²⁶Este aspecto já foi abordado por esta pesquisadora, ainda que de forma sucinta, em trabalho preliminar sobre o tema: (VIANNA, Lydia de Freitas. Primeiras reflexões sobre o julgamento e fixação da tese no IRDR. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.) **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Panorama e perspectivas. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2020, p. 893-914).

Isso porque caso a tese jurídica contenha conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, o órgão que aplicará a tese jurídica deverá definir e interpretar tais termos, possibilitando a adoção de conclusões distintas. Na verdade, é esperado que a tese jurídica acabe por esclarecer como conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas devem ser compreendidos dentro do contexto em que inseridos.²²⁷

Por isso, o tribunal não deve usar conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e princípios ao formar a tese jurídica, a não ser, e excepcionalmente, quando explicar como tais conceitos devem ser apreendidos pelo órgão julgador e pelos jurisdicionados no contexto daquele IRDR.

2.2.4 Necessária concretude: tese jurídica não é lei

Outro ponto a ser observado pelo tribunal ao formular a tese jurídica deverá ser o fato de que não estará a editar uma lei, genérica e com alto grau de abstração, mas sim uma tese jurídica, que não deve ser equiparada, na sua forma de ser, na sua redação, a uma lei.²²⁸ Por mais que a tese jurídica deva expressar a *ratio decidendi* e voltar a atenção ao “caso futuro”, bem como à universalização de suas razões, ela não deverá ser genérica²²⁹ e deverá ser dotada

²²⁷“É importante pontuar que quanto mais ‘aberto’ o texto normativo do qual surja a controvérsia de direito, mais importante se torna o trabalho do tribunal, ao julgar o IRDR, para descrever o fato-tipo qual a tese jurídica se aplica. Assim, se a questão de direito repetitiva se referir a textos normativos que enunciam cláusulas gerais, mais detalhada deverá ser a descrição da situação fática para a qual ele se aplica, já que a própria hipótese fática contida no texto legal é aberta. Quanto menos a lei descrever a situação fática, mas deverá fazê-lo o tribunal, através da descrição do fato-tipo, para especificar o âmbito de aplicação da tese jurídica.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 77-78).

²²⁸O problema de se redigir uma tese jurídica com alto grau de abstração já foi notado por Taís Schilling Ferraz: “A expressão foi cunhada pelo legislador, que, embora bem-intencionado na pretensão de criar no Brasil um sistema de respeito aos precedentes, acabou por permitir a interpretação, inclusive nos tribunais superiores, de que todo o resultado de um julgamento com repercussão geral ou repetitivo resulta em uma norma geral e abstrata. A edição de teses jurídicas, tal como vem ocorrendo nos tribunais superiores, além de resultar em verdadeira construção de norma, a ser utilizada como premissa maior em julgamentos subsequentes, vem, na prática, limitando o potencial de construção do Direito pela via dos precedentes, diante da mensagem que emite aos tribunais de origem e juízes de primeiro grau. A tendência é tomar a norma e nela subsumir todos os casos sobrestados ou que venham a ser ajuizados, havendo pouco espaço para a individualização de questões e, paradoxalmente, sua aplicabilidade resulta restrita aos casos que sejam iguais.” (FERRAZ, *op. cit.*, p. 419-441).

²²⁹“[...] A facilitação propiciada pela criação da tese jurídica não pode tornar o precedente preceito abstrato, absolutamente desvinculado aos fatos essenciais discutidos nos recursos selecionados para a apreciação da matéria. A tese jurídica não pode ser vista como uma regra jurídica genérica, que possa incluir em seu bojo inúmeras situações fáticas que não foram objeto de contraditório e, portanto, de consideração pelo tribunal. [...]” (ALVIM, Teresa Arruda; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 44, p. 183-204, 2019) Os mesmos autores ainda prosseguem: “Não se pode deixar de lado, ainda, a existência de teses jurídicas mal redigidas ou de casos em que as circunstâncias concretas estejam sujeitas a inúmeras variações fáticas. A eventual tese jurídica genérica pode colocar em risco a aplicação do

de maior concretude, que permitirá que se verifique com mais facilidade suas hipóteses de incidência.²³⁰ Afinal, a formulação de uma tese jurídica se faz necessária em razão das possibilidades de interpretação geradas pela própria lei.

Com efeito, por mais que o IRDR tutele mais o direito objetivo, tenha seu sistema de julgamento pautado na cisão cognitiva e decisória, e, assim, se afaste de um precedente do *stare decisis*, já que não há o julgamento de um caso concreto, o tribunal não faz sua análise em abstrato. Ao contrário, o julgamento do IRDR parte dos casos paradigmas afetados para seu julgamento e dos argumentos e situações levantados por todos aqueles que participarem de seu julgamento, os sujeitos dos casos paradigmas, os sujeitos dos casos sobrestados, o Ministério Público, o *amicus curiae*, etc. Haverá, assim, não apenas a contextualização da questão jurídica controvertida, como sua colocação no mundo dos fatos.²³¹ A lição de Sofia Temer²³² é importante para a compreensão da questão:

No IRDR, a resolução das questões de direito não será realizada a partir de uma completa abstração da realidade, até porque "não há teses sem fatos". Os fatos, porque essenciais para análise da questão de direito, estarão presentes na resolução da controvérsia, mas não como fatos efetivamente ocorridos em uma situação concreta (até porque o tribunal não julgará nenhuma "causa"), e sim como fatos pressupostos, projetados, generalizados.

Com efeito, pensamos que na atividade de cognição e resolução da controvérsia de direito, o tribunal adotará uma situação fática padrão para decidir sobre o texto do qual se extrai a norma, seu sentido e alcance.

O incidente será instaurado a partir de alguns casos concretos, nos quais haja discussão sobre a questão de direito. Tais "causas", apesar de servirem como substrato para o incidente, com ele não se confundem. Instaurado o incidente, há uma separação em relação aos casos concretos, já que não há no IRDR a resolução do conflito subjetivo. Essa separação é essencial para garantir a qualidade da cognição operada no incidente, que deve analisar a controvérsia sem se vincular demasiadamente às peculiaridades do caso concreto, de modo a estabelecer uma tese que possa ser usada como padrão decisório.

Desse modo, para a resolução da questão jurídica comum deverá ocorrer a abstração em relação aos casos concretos, e será formada, no incidente, uma situação fática padrão.

precedente criado para lidar com litígios de massa, porque indevidamente pode considerar situações que são distintas, às quais não se deveria aplicar a mesma solução jurídica".

²³⁰“Aplicar precedente não é o mesmo que referir jurisprudência, exemplificando como casos anteriores foram decididos; é julgar com base na rule construída para a solução de um caso anterior, adotando-a como a própria razão de decidir. Isto, porém, não equivale a transformar decisões judiciais em normas abstratas. Um precedente não tem a generalidade e a abstração da lei. É produto do exame de circunstâncias concretas, examinadas dentro e à luz de um contexto determinado. Ainda que dele se possam colher um ou mais preceitos universalizáveis, esses jamais poderão ser totalmente abstraídos dos elementos de fato e de direito que lhe deram fundamento” (FERRAZ, *op. cit.*, p. 419-441).

²³¹“Nosso sistema de uniformização de jurisprudência é, em última análise, um sistema de teses ou enunciados de súmulas, mas estes nunca deverão omitir-se quanto ao quadro fático ou circunstancial dos processos de que resultam as teses ou os enunciados sumulares” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incidente de resolução de demandas repetitivas: natureza e função. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord).. **Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 523)

²³²TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 73-74.

Para tanto, parece ser possível defender que o tribunal deverá identificar um fato-tipo (ou um conjunto de fatos-tipo) para resolver a questão de direito repetitiva.

Por isso, é importante que o tribunal, ao admitir o IRDR e definir a questão jurídica controvertida, se atente às peculiaridades daquela questão posta, buscando entender os *players* envolvidos e até mesmo como funciona o nicho sob análise, se for o caso. Com efeito, ao se atentar às peculiaridades e relações jurídicas subjacentes, o tribunal poderá formular um “fato-tipo” ou “um conjunto de fatos-tipo” que melhor represente a controvérsia sob julgamento e que permitirá um melhor julgamento e consequente fixação da tese jurídica.²³³ Será nesse contexto que surgirão, eventualmente, as sub-teses do IRDR.²³⁴

Nesse sentido, e de volta ao que se falou em tópico anterior, o tribunal deverá se atentar às situações que, eventualmente, não estariam expressamente abarcadas pela questão jurídica controvertida e respectiva tese jurídica para que possa expandir sua análise e formar uma tese mais concreta.

Deve-se atentar ao paradoxo de que, quanto maior o grau de abstração de uma tese jurídica, será possível que ela tenha aplicação a uma gama de casos maior, contudo, será mais difícil que se identifique sem sombra de dúvidas a aplicação de tal tese jurídica a determinado caso²³⁵ e isso deve ser evitado por uma tese jurídica que pretenda ter aplicação a uma vasta gama de casos.

²³³“O fato-tipo será descrito pelo tribunal a partir dos processos que tenham servido como substrato para instauração do incidente e, também por isso é importante que haja a seleção dos melhores processos para que, a partir deles, seja instaurado o IRDR. É uma atividade que envolve, ao mesmo tempo, abstração e concretude, porque o tribunal partirá de situações fáticas concretas, que se apresentam nos casos repetitivos e que são observadas, em geral, na realidade, abstraindo delas os elementos que lhes sejam homogêneos e importantes para a questão analisada, e descreverá, então, uma situação fática-tipo, que será vislumbrada como modelo fático para posterior aplicação da tese” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 75)

²³⁴“Por isso, tal raciocínio parece ser aplicável ao sistema que pretende resolver apenas questões de direito, a partir de um modelo que represente a controvérsia, fixando tese que será aplicada posteriormente a todos os casos que se aproximem daquela situação. Nada impede, ademais, que o tribunal fixe sub-teses para variantes fáticas extraídas dos casos que servirem como substrato para o incidente, considerando fatos-tipo distintos, ou seja, em acontecendo A, entende-se B; ocorrendo C, entende-se D.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 77).

²³⁵O ponto em questão foi ressaltado em estudo sobre as decisões do STF: “Entender que somente as premissas mais abstratas de um raciocínio formam a *ratio decidendi* de um caso é torná-lo quase inútil para a resolução de casos futuros”. Em nota de rodapé para explicarem o raciocínio, os autores ainda destacaram que “podemos identificar dois tipos de influências que um precedente pode gerar em decisões futuras. *Rationes* muito abstratas, que se resumem, por exemplo, a afirmar a preponderância de um princípio jurídico em relação a outro, em um determinado tipo de situação, pode ser considerada uma *ratio* abrangente, pois terá a capacidade de influenciar um grande número de casos futuros. *Rationes* mais específicas, que se referem mais precisamente a determinados tipos de situações, e acabam por exigir diversas condicionantes para que possa ser aplicada em casos futuros. No entanto, o grau de persuasão, ou de força normativa, que cada uma dessas *rationes* terá será inverso ao seu grau de amplitude. Ou seja, uma *ratio* genérica, ampla, tem a capacidade de servir de parâmetro de julgamento de um número maior de casos, mas, ao mesmo tempo, seu poder de persuasão com relação a esses casos será mais fraco, e mais facilmente se justifica a sua não aplicação” (VOJVODIC, Adriana de Moraes;

Apesar de parte da doutrina²³⁶ defender que as teses jurídicas devem ser formuladas como se fossem enunciados de súmula, este estudo parte da premissa de que é necessário tomar cuidado com o grau de abstração que por vezes é adotado nas súmulas. Deve-se lembrar que a criação das súmulas teve como base a otimização do trabalho dos ministros do STF, com vias a evitar a necessidade de uma análise mais aprofundada de um precedente,²³⁷ que é um fator positivo enquanto *case management*, em especial diante da quantidade expressiva de recursos levados à análise dos tribunais. Contudo, a redação das súmulas por vezes peca em relação ao caráter de abstração e generalidade,²³⁸ havendo casos que, inclusive, nem sequer é possível se aferir o substrato que deu origem àquele entendimento.²³⁹

CARDOSO, Evorah Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, v. 9, 2009, p. 21-44).

²³⁶“Uma vez fixada a tese, que, aliás, costuma ser sintetizada em texto conciso (a lembrar os enunciados sumulares), o órgão colegiado passa a julgar os casos afetados, aplicando-a.” (MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. A fixação de teses jurídicas à luz do acesso à justiça e da análise econômica do direito. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Cândido Rangel Dinamarco; Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Luiz Fux. (Org.) **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 587).

Em sentido semelhante, afirmando que a tese jurídica pode guardar semelhança com os enunciados de súmula: “Por certo, a tese jurídica não é um precedente, como concebido no sistema de *stare decisis*. Não houve o julgamento de um caso concreto, do qual se pode extrair a *ratio decidendi*, a partir do contexto fático existente, para que os casos futuros possam seguir o precedente. A tese jurídica pode guardar semelhança, por outro lado, pelo menos no sentido formal, com os enunciados de súmula. Embora estas advenham, tradicionalmente, de julgados precedentes, que acabaram refletindo o entendimento pacífico e reiterado do tribunal sobre um determinado tema, razão pela qual, no estatuto processual anterior, resultavam do denominado Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Por sua vez, a tese jurídica firmada no Incidente de Resolução de Demandas não é estabelecida a partir de julgados reiterados. Pelo contrário, surge, basicamente, de julgamento concentrado, em torno de uma questão de direito e com o escopo de produzir a correspondente tese jurídica.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 206-207)

²³⁷“Quando o Min. Victor Nunes Leal, nos idos dos anos 70 do século passado idealizou e fomentou a instituição da Súmula do STF, tivera o zelo de alertar que o objetivo dessa empreita era, modestamente, o de operar como um método de trabalho, seja acelerando ritos, agilizando julgamentos, ou, enfim, operando como fator de tratamento igualitário às partes. São suas palavras: “A súmula não é estática nem estratificante, porque está previsto no Regimento do Supremo Tribunal, não só o seu acréscimo continuado, como também o mecanismo de sua modificação. Portanto, o que nela mais importa, como solução duradoura, não é propriamente o conteúdo dos seus enunciados (contra os quais e que se rebela boa parte dos críticos); o que mais importa na Súmula é ser um método de trabalho, um instrumento de auto-disciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referência especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitaram a aplicar a Súmula” (LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o restatement of the law dos norte-americanos. Revista LTr. n.30. São Paulo: Ed. LTr, jan.-fev. 1996, p. 7. *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**: natureza - eficácia - operacionalidade. 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 413)

²³⁸“Os enunciados de súmula são redigidos de maneira abstrata e genérica, com pretensão universalizante, o que poderia conduzir, na prática, a um certo distanciamento dos precedentes que lhes deram origem. Não obstante, os preceitos constantes nas súmulas devem ser interpretados com base nos julgados que motivaram sua edição.” (ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVA; Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. **Legalidade da taxa DI**: Comentários à decisão do STJ no REsp 1.781.959. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/347079/legalidade-da-taxa-di-comentarios-a-decisao-do-stj-no-resp-1-781-959> Acesso em: 12 Jul. 2021)

²³⁹“O problema das súmulas é a sua pretensão de sintetizar uma *ratio decidendi* extraída dos precedentes escolhidos para justificar a sua edição em poucas linhas. É muito difícil conseguir, via súmula, expressar o

É melhor, então, que a tese jurídica seja mais extensa, permitindo contextualizar sua aplicação, do que resumida em poucas linhas desvinculadas do contexto em que a referida tese foi formada.

No entanto, é preciso se evitar que se incorra nos *subprecedents* “*Golden tickets*”, com âmbito de aplicação excessivamente restrito. Trata-se de uma tarefa semelhante a andar em corda bamba: procura-se o equilíbrio, de forma que a tese jurídica não peque por excessiva abstração, nem por excessiva especificidade.

Para a fixação de uma tese jurídica, o tribunal, então, deverá evitar que seja proferida uma tese jurídica genérica e buscar sua formulação com conceitos que lhe atribuam concretude e permitam a identificação das situações em que terá aplicação.

2.2.5 Todos os argumentos devem ser analisados com o esgotamento do debate

Se a tese jurídica deve ser apta a perdurar no tempo e com aplicação ao maior número possível de casos, é importante se atentar ao que será objeto de discussão, pois será o contraditório que conferirá legitimidade democrática à tese jurídica perante aqueles que sofrerão seus efeitos, apesar de não terem participado diretamente do julgamento.²⁴⁰

Com efeito, para que seja formada uma tese jurídica que almeje perdurar no tempo e seja aplicável a grande número de casos, é necessário que haja o esgotamento do debate que se formará quanto à questão jurídica controvertida. O legislador, inclusive, foi sensível a tal necessidade, ao prever expressamente a necessidade de se fazer constar no acórdão todos os argumentos suscitados no decorrer do incidente.²⁴¹

Não foi à toa que o legislador muniu o IRDR de diversos mecanismos aptos a ampliar o contraditório, tal como a requisição de informações aos demais órgãos fracionários do tribunal, a participação do *amicus curiae* e do Ministério Público, e até mesmo a designação de audiências públicas. O legislador percebeu que, para o bom funcionamento do IRDR, era

verdadeiro significado de um precedente, e isso provoca a sua má aplicação, e ainda diminui sua força.” (NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 238).

²⁴⁰ “[...] a legitimidade democrática dos padrões decisórios vinculantes não resulta da mera observância de uma forma predeterminada, do procedimento estabelecido na lei. É preciso que se desenvolva um método participativo, a ser levado a sério por todos os atores do processo, tanto na sua formação como na sua aplicação” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 110-111)

²⁴¹ Art. 984, § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

necessário que houvesse ampla discussão, mormente porque se trata de um mecanismo a ser julgado não por um tribunal superior, mas por um tribunal de segundo grau e porque pode ser instaurado desde a primeira instância, conforme abordado em capítulo anterior.

A vinculatividade da tese jurídica se dará quanto aos argumentos que foram aduzidos e analisados, caso contrário, será possível que uma futura parte inconformada com aquele resultado utilize esse argumento para diferenciar o seu caso e afastar a incidência da tese jurídica,²⁴² ainda que não haja distinção relevante. Por isso, é importante que o tribunal busque analisar todos os argumentos suscitados de forma profunda,²⁴³ bem como procure, ativamente, ampliar o debate por meio dos mecanismos de ampliação do contraditório já mencionados. Isso permitirá não apenas que a tese jurídica seja dotada de profundidade, mas também que os jurisdicionados acolham o entendimento firmado pelo tribunal.

Nesse contexto, o relatório do acórdão do IRDR desempenhará um importante papel para a identificação dos pontos que foram debatidos no julgamento e, por isso, faz-se necessário que se elabore um relatório completo e detalhado,²⁴⁴ que não se limite apenas a indicar que determinados sujeitos se manifestaram, mas que indique em que sentido se manifestaram, quais argumentos foram aduzidos etc.

A fundamentação no acórdão que julga o IRDR assume importância ainda maior do que a fundamentação necessária às decisões judiciais, pois a tese jurídica será tão profunda quanto o debate que se formar nela.²⁴⁵

No entanto, este estudo não parte de uma perspectiva voltada unicamente à eficiência processual e ao melhor gerenciamento do Poder Judiciário na formação da tese jurídica. A

²⁴²Com efeito, ao analisar as formas de superação de teses jurídicas firmadas em sede de recursos repetitivos, Leonardo Faria Schenk já alertou para a necessidade de se admitir recursos especiais que tragam novos argumentos, não enfrentados no julgamento da tese jurídica, pois esses novos argumentos são aptos à superação da tese jurídica firmada: Também a adoção de uma interpretação conforme a Constituição é defendida para que a presidência do tribunal de origem deixe de aplicar o art. 1.030, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), e admita os recursos especial ou extraordinário quando a parte recorrente suscitar argumentos novos, ainda não apreciados pelos tribunais superiores, dada a sua potencialidade para a superação do padrão decisório anterior” (SCHENK, Leonardo Faria. *Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores*. **Revista de Processo**, v. 311, 2021, p. 215-232).

²⁴³Em sentido semelhante, mas sob a perspectiva dos fundamentos suscitados pelos julgadores: “É essencial que, em um julgamento colegiado, cada fundamento do voto do relator seja enfrentado de forma individualizada. E no caso de algum outro integrante do colegiado suscitar algum fundamento que não tenha sido expressamente enfrentado nos votos anteriores, é essencial que se devolva a palavra aos que já haviam votado, para que se pronunciem sobre este novo fundamento. Só assim se terá uma colegialidade verdadeira, e será possível identificar quais fundamentos foram acolhidos (ou rejeitados) por votos suficientes para formar a maioria. Este tema, porém, já foi tratado anteriormente neste estudo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 276).

²⁴⁴A importância do relatório foi abordada por Fernanda Pantoja e Gilberto Andressa. PANTOJA, Fernanda Medina. *Colegialidade e Deliberação*. **Publicado pela página do Instagram Mulheres no Processo**. Disponível em < https://www.instagram.com/tv/COuIoPHnwPi/?utm_medium=copy_link > Acesso em: 10 Jul. 2021.

²⁴⁵TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 180-184.

preocupação é, também, com a qualidade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o intuito do IRDR deve ser o de “julgar menos e melhor”²⁴⁶ e, por isso, não se poderia deixar de analisar em que medida que o contraditório deve se formar na tese jurídica, o que será objeto do próximo capítulo.

²⁴⁶“Nesse contexto, fica muito claro que, para o NCPC, seu sistema de precedentes é uma valiosa e ousada aposta para se diminuir os estoques de processo que são decorrência do elevado grau de litigiosidade da sociedade contemporânea. E para que se obtenha bons resultados, é imprescindível que todos os atores do processo tenham a mente aberta para que se possa julgar menos e melhor. O Tribunal que, desempenhando com firmeza o seu dever de fundamentar, apreciar a maior gama de argumentos contrários e favoráveis a cada tese, estará produzindo não apenas uma decisão para um único litígio, mas sim uma metadecisão que, fixando regras, standards e rotinas, orientará os órgãos jurisdicionais inferiores. O sucesso do sistema de precedentes, portanto, passa pela construção da cultura de precedentes, pela deferência e respeito às decisões das Cortes Superiores e, ainda, pela existência de pontes de comunicação entre órgãos jurisdicionais inferiores e Tribunais Superiores para se evidenciar a necessidade de alteração do precedente com o intuito de não se petrificar o direito inadequado do ponto de vista social.” (BERNARDO, Clarissa Campos. ; ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. O sistema de precedentes no novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral. In: Volpe, Luiz; Lucon, Paulo Henrique dos Santos. (Org.) **Coleção Repercussões do Novo CPC** - Direito Eleitoral. 1ed.Salvador: Editora JusPodivm, v. 12, 2016, p. 75-91. Disponível em <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/110326b23e420a9f095757542fa156dd.pdf> Acesso em: 12 Jul. 2021).

3 O CONTRADITÓRIO NA FORMAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO IRDR

O contraditório, como princípio constitucional que é, deve ser observado em qualquer processo. A questão que se coloca é que, no julgamento do IRDR, o contraditório assume importância ainda maior, em razão de a tese jurídica ter efeito vinculante para outros casos nos quais os sujeitos não puderam participar diretamente da formação da tese jurídica que afetará sua esfera jurídica.²⁴⁷

A redução do déficit do contraditório na formação da tese jurídica é fundamental para o seu funcionamento, razão pela qual possibilitar a participação de indivíduos possivelmente afetados pela tese jurídica é, também, garantir participação em contraditório, conferindo legitimidade ao sistema de precedentes brasileiros²⁴⁸ e permitindo o esgotamento do debate relativo à questão jurídica controvertida.

Além de necessitar ser respeitado com vistas a conferir legitimidade democrática para a tese jurídica, o contraditório também se mostra importante na medida em que permite ao julgador ter acesso a informações e conhecimentos que não são de sua expertise. Tal aspecto se relaciona não apenas com conhecimentos técnicos, mas, também, com conhecimentos jurídicos, na medida em que o campo do conhecimento jurídico é vasto, de forma que é bastante improvável que algum jurista tenha especialidade em todas as matérias.²⁴⁹

²⁴⁷Ao tratar sobre o respeito aos precedentes no sistema do *stare decisis*, Toni Jaeger-Fine destacou que o contraditório é fator a ser observado para fins de respeito e aplicação de um precedente: “Um princípio fundamental da jurisprudência norte-americana é o de que os Tribunais devem limitar suas decisões aos fatos apresentados no caso em particular a eles submetidos. Isso é relevante ao princípio do *stare decisis* porque inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes.” (FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96,).

²⁴⁸“Essa forma de participação é um dos mecanismos que buscam diminuir o déficit de contraditório no julgamento de casos repetitivos ante a vinculação *pro et contra* da tese jurídica e da vinculação horizontal e vertical do precedente judicial formado. Decorre, assim, da noção contemporânea de contraditório, que aponta para o direito que o indivíduo possui de influenciar na formação da convicção do magistrado em relação a uma decisão que poderá lhe afetar negativamente.”(DIDIER JR, Fredie ; ZANETTI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org).. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 775)

²⁴⁹“Os dois aspectos supramencionados (diversidade de matérias e quantidade de processos) acabam esbarrando em um terceiro elemento de dificuldade: a relativa falta ou reduzida especialização dos órgãos julgadores. O fenômeno de certo modo, pode ser indicado como estando na contramão da história moderna e contemporânea, na qual a sociedade, a indústria, os serviços, empresas, o ensino e os profissionais caminharam no sentido da especificação e repartição das áreas de estudo e de trabalho. No próprio ensino jurídico na advocacia, constata-se o crescente incremento desta ramificação. No entanto, pode-se apontar, ainda, no Brasil, como deveras limitada especialização dos órgãos judiciais.” (*Ibidem*, p. 90)

Nesse sentido, Alexandre Câmara já ressaltou a necessidade de se observar o princípio do contraditório na formação de teses jurídicas:

[...] a legitimidade constitucional da eficácia vinculante de alguns padrões decisórios depende da rigorosa observância desse modelo, o qual impõe um processo participativo que permita a atuação em contraditório efetivo e dinâmico das partes e a atuação dos juízes na deliberação que resultará na formação do padrão decisório, a qual deverá receber uma especial fundamentação.²⁵⁰

O mesmo autor também já afirmou que “o modelo participativo de processo exige que todos os seus sujeitos dialoguem incessantemente para que se produza, democraticamente, o resultado final a que o ele se dirige”.²⁵¹

A legitimação de uma decisão judicial decorre da participação dos litigantes, que não pode ser meramente formal, mas, sim, efetiva.²⁵² Como já se destacou, a participação se mostra ainda mais sensível quando se está diante do IRDR, pois se trata de um instituto processual que visa a formação de uma tese jurídica que terá eficácia vinculante em casos nos quais as partes não puderam participar diretamente da formação daquela tese jurídica. Nesse sentido, possibilitar a participação de outros sujeitos e ampliar o contraditório²⁵³ é medida salutar para o julgamento do IRDR e necessária para a fixação de qualquer tese jurídica. Deve-se buscar um “debate qualificado” no julgamento do IRDR,²⁵⁴ o que apenas será possível com a participação ampla de diversos sujeitos que contribuirão para o debate que se formar.²⁵⁵

A necessidade de munir o julgador de outros elementos – como por exemplo pelas informações do *amicus curiae* ou mesmo de advogados especializados na questão jurídica

²⁵⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 70.

²⁵¹*Ibidem*, p. 109.

²⁵²CRUZ, E. TUCCI, *op. cit.*, Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina/25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPR_ETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx> Acesso em: 15 mar. 2020.

²⁵³“nada impede, e tudo recomenda, que se aumente o grau de participação nos processos que podem resultar em precedentes vinculantes para casos futuros” (NOGUEIRA, *op. cit.*, p.).

²⁵⁴“O tema ganha importância à luz do CPC/2015 porque, embora já fossem reconhecidas intervenções movidas para ‘evitar precedente prejudicial’, a instituição de um regime explícito a respeito da obrigatoriedade da observância de determinadas decisões judiciais (arts. 926 a 928) torna mais premente identificar tais atuações. Sobretudo porque considerando que a legislação institui procedimentos destinados especificamente a construir precedentes “de propósito, há um espaço pré-definido que deve se destinar ao debate qualificado, visando a que seja proferida a decisão que servirá como padrão decisório que será aplicado em diversos processos, o que o torna especialmente propício para intervenções e atuações.” (TEMER, Sofia. **Participação no processo civil**. Repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 250-251).

²⁵⁵“O estudo sobre a estrutura subjetiva do incidente e a definição das possibilidades de atuação dos sujeitos é muito relevante, porque tem vinculação direta com a instrução do incidente de resolução de demandas repetitivas. apresentação de informações, dados e argumentos, o debate em torno as teses” propostas, a realização de audiências públicas e o envolvimento da sociedade são indispensáveis para a qualidade da decisão construída no acidente, porque quanto mais profunda e detalhada a cognição realizada do órgão julgador, melhor será a tese jurídica ali fixada.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 219).

controvertida – não parte de uma perspectiva voltada meramente à dicotomia certo x errado, mas sim de que há múltiplas possibilidades de interpretação²⁵⁶, sendo importante que o magistrado tenha acesso a perspectivas distintas para ampliar e aprofundar a cognição no IRDR.²⁵⁷

Como a representação no IRDR parte dos “interesses objetivamente considerados”²⁵⁸, em vez de julgar um conflito subjetivo a partir de uma perspectiva de conflito polarizado entre parte autora e parte ré,²⁵⁹ impõe-se a reflexão do delineamento do contraditório e da forma de participação dos sujeitos no IRDR, em especial porque é necessário que os interesses daqueles que não participarão diretamente do julgamento sejam representados em juízo. Assim, uma questão que se coloca é: como deve se dar o contraditório no julgamento do IRDR?²⁶⁰

²⁵⁶Como já se ressaltou, a existência de interpretações distintas a respeito da norma jurídica constou da exposição de motivos do CPC/15 (Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>> Acesso em: 16 jun. 21).

²⁵⁷“O escopo é reunir um quadro mais completo possível sobre o objeto do IRDR. Nesse sentido, é de fundamental importância que o tribunal tenha, diante de si, as diversas variáveis possíveis, em termos de fundamentos e argumentos, relacionados à questão posta no incidente. Não se trata, apenas, de se buscar os dois lados da moeda, ou seja, as alegações oriundas das duas partes postas em conflito nos processos originários. O objetivo é que possam ser colhidas as diversas nuances em torno da questão, considerando que a decisão a ser proferida pelo tribunal deve enfrentar, de modo mais amplo possível, os fundamentos expostos nos diversos processos existentes. Somente assim poderá haver largo espectro vinculativo, pois, do contrário, a decisão proferida no IRDR ficará exposta à alegação dos interessados e afirmação pelo juízo da distinção em relação aos fundamentos enfrentados de modo comum e os que foram apresentados nos processos pendentes.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 198).

²⁵⁸SILVA, Ricardo Menezes da. Representação, vinculação e o problema (não resolvido) das omissões estratégicas no IRDR. **Revista de Processo**, v. 314, 2021, p. 195-226.

²⁵⁹Nesse sentido, não se deve falar em substituição processual quanto à representação dos interesses daqueles que não participarão do IRDR diretamente. Quanto ao ponto, a lição de Sofia Temer é importante: “No Brasil, nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, o regime é o de legitimação extraordinária, na modalidade de substituição processual, pelo qual os legitimados indicados na lei atuam substituindo os ausentes, o que é temperado por um regime benéfico (aos ausentes) quanto à extensão dos efeitos das decisões. Não obstante, esta fórmula não pode ser simplesmente importada para o incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque não há propriamente uma substituição dos titulares das relações jurídicas substanciais no âmbito do incidente, eis que as suas relações substanciais não serão ‘trazidas’ para serem apreciadas e julgadas no IRDR. Não haverá a substituição do titular do direito por outro sujeito, pelo simples fato de que o direito subjetivo não será ‘defendido’ por ninguém no incidente. Os sujeitos não serão substituídos na defesa de seus próprios direitos -- ao menos não como ocorre nas ações coletivas -- porque não há essa ‘transposição’ da tutela dos direitos dos processos repetitivos para o incidente.

Assim, parece possível afirmar que não ocorre propriamente a tradicional substituição processual no incidente, porque o sujeito que conduzir o debate no incidente não irá substituir ninguém na defesa de seu direito, ou seja, não há defesa de direito subjetivo de outrem” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 156-157).

²⁶⁰“Em razão do desenvolvimento da dogmática processual coletiva. Atingiu-se certo consenso acerca do fato de que, embora haja direito ao contraditório nestes mecanismos diferenciados, este direito não pode ser exercido nos mesmos moldes do processo civil individual. A doutrina sustenta, então, uma adaptação do direito ao contraditório e das formas de participação aos meios processuais como as ações coletivas e os destinados à resolução de casos repetitivos” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 156).

3.1 O contraditório como direito de influência e fator legitimante na formação da tese jurídica

Inicialmente, uma premissa deve ser esclarecida: é inviável permitir a participação de todos os interessados e isso, por si só, já é um ponto sensível no IRDR e nos demais instrumentos voltados à fixação de uma tese jurídica. Por isso, é necessário que se procure equilibrar a ausência de participação direta com “contrapartidas institucionais que assegurem a tutela efetiva dos interesses dos sujeitos ausentes”²⁶¹, assim como permitir a participação daqueles que serão afetados pela tese jurídica, ainda que tal possibilidade de participação não seja irrestrita.²⁶² Diante disso, a reflexão a respeito de filtros legítimos para a participação direta na formação da tese jurídica é importante.²⁶³

Nessa conjuntura, é necessário se atentar à estrutura multipolarizada que se forma no IRDR²⁶⁴ e tentar compatibilizá-la com o princípio do contraditório de forma que haja representação, mesmo que indireta, dos interesses e argumentos daqueles que não participarão da formação da tese jurídica, com vias a torná-la legítima do ponto de vista democrático.

Deve-se atentar, ainda, que é possível que pessoas que à primeira vista estariam dentro do mesmo grupo tenham perspectivas distintas e seu(s) direito(s) pode(m) ser afetado(s) de forma igualmente distinta. Em outros termos, é possível que haja conflito de interesses dentro

²⁶¹SILVA, Ricardo Menezes da. Representação, vinculação e o problema (não resolvido) das omissões estratégicas no IRDR. **Revista de Processo**, v. 314, p. 195-226, 2021.

²⁶²“No caso específico do modelo de julgamento de casos repetitivos, o interesse jurídico que possibilita a intervenção não decorre das relações jurídicas de direito material existentes nas causas-piloto, mas exatamente da situação jurídica coletiva já constatada e das vinculações que advém da tese jurídica e do eventual precedente judicial firmados acerca da questão de direito. Assim, há que ser garantido a esses membros dos grupos atingidos o direito de influenciar a formação do convencimento do órgão jurisdicional sobre a questão controversa de direito, objeto do IRDR/REER.” (DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 783).

²⁶³“Não sendo possível adotar o regime de atuação próprio do processo civil individual, com a ampla participação pessoal e direta (de Caio e Tício, para ilustrar), e, ainda, não sendo adequado o regime do processo coletivo para tutela de direitos individuais homogêneos, mediante substituição processual, é preciso revisitar o modelo que identifica os sujeitos e define suas formas de participação no IRDR.

É necessário, também, que se apresente uma nova concepção do direito ao contraditório, que não seja entendido como igualdade de condições de participação direta e pessoal, a qual atenda aos desígnios constitucionais e se coadune com esta técnica de caráter objetivo.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 158).

²⁶⁴“Com efeito, e em especial para os casos em que a questão objeto do IRDR seja processual, não será possível extrair dos milhares processos subjetivos um esquema que possa ser reproduzido no IRDR. Não há, no IRDR. Essa ‘polarização’ em torno da lide que é típica dos processos subjetivos. Diante de tais constatações, é possível defender que a estrutura subjetiva do incidente de resolução de demandas repetitivas é multipolarizada” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 171)

de um mesmo grupo.²⁶⁵ Nesse sentido, a representação dos interesses daqueles que não poderão participar diretamente da formação da tese jurídica é crucial para a formação de uma tese jurídica.

Por isso, o conceito de contraditório como direito de influência é essencial para a compreensão do debate e participação no julgamento do IRDR.²⁶⁶ A forma de participação dos sujeitos, então, foge da perspectiva tradicional e passa a ser vista como a possibilidade de influenciar na formação da tese jurídica, não como parte, diretamente, mas por meio de uma participação indireta, que se dará por meio da apresentação de argumentos para serem considerados na formação da tese jurídica. O conceito de participação como possibilidade de convencimento é importante para a compreensão da questão:

No incidente, o direito ao contraditório é direito à influência, que aqui, se exerce independentemente do envolvimento pessoal (ainda que apenas para ‘aceitar’ eventual representação) e, por isso, dispensa a manifestação de consentimento ou de vontade dos sujeitos envolvidos. A natureza objetiva do incidente dispensa, então, a perquirição da vontade dos sujeitos parciais das demandas repetitivas. Como o incidente visa à definição da melhor solução para um problema de conformidade e coerência do ordenamento jurídico, o direito à influência no debate que ocorre no incidente decorre da possibilidade de estabelecimento de diálogo fundado em argumentos racionais.

²⁶⁵“No IRDR, a multipolaridade decorre da pluralidade argumentativa, elemento indispensável para permitir a consolidação de entendimento judicial sobre a questão jurídica. Em realidade, quanto maior a quantidade de demandas repetidas afetadas e, ainda, quanto mais ‘pontual’ for a questão de direito objeto do incidente, maiores serão as chances de dissidências entre os interesses dos sujeitos processuais e menor será a possibilidade de manter no IRDR uma estrutura equivalente à das demandas repetitivas (que, por sua vez, é equivalente às relações substanciais), e, assim, mais multipolarizada será a estrutura do incidente” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 172)

“[...] em razão da multipolaridade dos procedimentos de julgamento de casos repetitivos, é possível se identificar a existência de subgrupos dentro de cada um dos grupos. Nunca haverá uma unidade completa acerca da interpretação que deverá ser conferida para a questão de direito, o que faz com que surjam diferentes subgrupos.” (DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 775).

²⁶⁶Ravi Peixoto faz análise acerca do contraditório como influência em qualquer demanda. A posição se aplica ao IRDR, com maioria de razão, diante do efeito vinculante da tese jurídica nele formada: “O contraditório, então, deixa de ter como conteúdo apenas a noção de bilateralidade e possibilidade de reação, para ter, como elemento essencial, o direito de influência, à medida que o juiz passa a ser obrigado a levar em consideração a argumentação das partes. Há uma revalorização do diálogo, fazendo com que o juiz passe a ser, também, participante do diálogo processual, o que não o torna sujeito parcial, mas tão somente The impõe um dever de diálogo constante com as partes e, também, no momento da decisão. Um ponto de extrema importância para destacar é o ato decisório, que não deixa de ser um ato de autoridade. Ainda assim, existem diferenças importantes. Enquanto no processo assimétrico a decisão é vista como um mero ato do juiz, no processo baseado em um contraditório efetivo todo o diálogo realizado durante o iter processual deve ser levado em conta, havendo, portanto, uma valorização da fundamentação das decisões judiciais, imposta pela constituição, através do art. 93, IX, e pelo CPC, através do art. 489, § 1º. Um processo baseado no contraditório-influência tem, no momento da decisão, uma Tassimetria condicionada”, ou seja, jamais poderá o magistrado furtar-se de valorizar o diálogo exercido durante o procedimento. Não se pode mais admitir que o julgador possa “escolher” os argumentos a serem analisados na decisão. Aqui, o processo cooperativo impõe uma mudança de postura da magistratura, que deve se adaptar ao novo modelo, abandonando uma postura autoritária e antidialógica no momento de construção das suas decisões.” (PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução história e a situação atual. **Revista de Processo**, v. 294, p. 121-145, 2019).

A participação aqui é vista, então, como a possibilidade de convencimento, através da apresentação (direta ou indireta) de razões para resolução da controvérsia jurídica. É dispensável, no incidente, perquirir o que o sujeito quer ao propor a demanda em que se discuta a questão jurídica.²⁶⁷

Será a partir da questão jurídica controvertida e dos casos paradigmas afetados para o julgamento do IRDR que se terá um norte quanto a quais interesses precisam ser expostos e representados no curso do julgamento,²⁶⁸ apesar de não haver total rigidez quanto à questão jurídica e a formação da tese jurídica, como já se demonstrou.

Quanto ao ponto, deve-se esclarecer que não se concorda com a posição de que deve haver representação adequada no IRDR quanto às partes ausentes, no sentido típico das ações coletivas, pois a representação adequada pressupõe que a vontade do representante será a vontade do representado.²⁶⁹ Isso porque este trabalho parte da premissa de que a decisão será legítima desde que seja formada em contraditório por meio dos mais diversos argumentos aduzidos no curso do IRDR,²⁷⁰ bem como porque, conforme já se ressaltou, argumentos não analisados no julgamento do IRDR podem ser aduzidos como forma de *distinguishing* para afastar a aplicação da tese jurídica.

Desde que os argumentos sejam aduzidos, com qualidade, e sejam considerados na formação da tese jurídica, não se vislumbra um problema em razão de alguém ser afetado pela tese jurídica firmada. Isso porque se parte do pressuposto da isonomia entre os jurisdicionados

²⁶⁷TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 160.

²⁶⁸“[...] o incidente, apesar de ser técnica processual objetiva que não visa à resolução direta de nenhum conflito matérica, é instaurado a partir de situações conflituosas concretas repetitivas, com o objetivo de, posteriormente, regular tais situações. Embora haja abstração na cognição e no julgamento da questão de direito (o que acarreta em um regime diferenciado quanto aos pressupostos de atuação: legitimidade e interesse), há sim um vínculo com questões concretas, como já mencionamos. Para atingir o objetivo final do incidente, que é solucionar a questão de direito repetitiva e fixar a tese, concorrerão diversos sujeitos, cada qual com seu interesse e legitimidade, atuando em todo o procedimento ou apenas em atos isolados, como num feixe de linhas argumentativas que por vezes se superpõem e por vezes se afastam. No IRDR, a multipolaridade decorre da pluralidade argumentativa, elemento indispensável para permitir a consolidação de entendimento judicial sobre a questão jurídica” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 167-172).

²⁶⁹ Em sentido contrário ao deste estudo, Melina Faucz Kletemberg afirma ser necessário haver a representação adequada, em especial dos ausentes, inclusive com o controle judicial de tal representação. (KLETEMBERG, Melina Faucz. **A representação adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas**. Dissertação (mestrado). Programa de pós graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 199. 2019).. Alinhado ao entendimento deste estudo, está o posicionamento de Sofia Temer (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 185).

²⁷⁰“[...] o incidente assemelha-se ao espaço público em que são apresentados fundamentos racionais para a tomada de decisões. O ‘teste do debate público’, ou seja, a tentativa de refutação através de argumentos racionais, é o que legitima a decisão proferida no IRDR perante toda a sociedade e, por consequência, a posterior eficácia da decisão sobre a esfera dos sujeitos das demandas repetitivas”. Não a sua participação pessoal, mas a sua participação “virtual” no convencimento para fixação da tese, através do teste da aceitabilidade racional” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 160-161).

e necessária segurança jurídica no ordenamento jurídico. Para ilustrar a questão, se A e B pedem o mesmo em juízo, a partir dos mesmos argumentos e substrato fático, eles devem receber o mesmo – e isso poderá ser permitido pela aplicação da tese jurídica. O que não se pode admitir é que recebam respostas diferentes,²⁷¹ sem que haja distinção relevante.

Nesse contexto, o fato de os ausentes não participarem diretamente da formação da tese jurídica não obstará a legitimidade democrática desta e a produção de efeito vinculante quanto aos ausentes. Isso, pois, concebendo-se o contraditório como direito de influência e como possibilidade de convencimento, não haverá prejuízo para os ausentes, desde que os argumentos sejam bem aduzidos por aqueles sujeitos que participarem diretamente do IRDR e, mais importante, analisados pelos julgadores.

Assim, a partir da ideia de contraditório como direito de influência e possibilidade de convencimento, a criação de filtros para participação direta dos interessados se mostra uma medida não apenas aceitável, como também desejável. Desejável, pois a participação direta de todos os interessados se mostra impraticável devido ao número de interesses e demandas que o IRDR possivelmente afetará (já que depende da “efetiva repetição de processos”). Aceitável porque se parte da premissa da possibilidade de influenciar na formação da tese jurídica, de forma que se dois ou mais sujeitos contribuiriam para o debate exatamente da mesma forma, não há por que todos eles participem diretamente.

Nesse sentido, estabelecer a contribuição com novos argumentos como filtro para a participação direta no IRDR se mostra uma medida legítima,²⁷² na medida em que é importante que se busque a “pluralidade argumentativa”²⁷³ em torno do incidente. Nesse

²⁷¹“Muito mais do que o consentimento de quem quer que seja, o que é relevante para legitimar a decisão é a demonstração de que houve possibilidade de convencimento através do exercício do direito de influência, ainda que por sujeitos ‘não-representantes’ ou mesmo ‘não-interessados’, se considerada a concepção clássica de interesse jurídico” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 164).

²⁷²“Há, sem dúvidas, que se permitir a participação de tais sujeitos no incidente. Não somos partidários, contudo, de uma atuação sem limites, pelo tão só fato de os sujeitos sobrestados possuírem, de fundo, o mesmo interesse dos sujeitos condutores. [...] Considerando, então, a necessidade de apresentar alguns elementos para construir esse sistema de participação diferenciado, parece, para nós, que o principal filtro para nortear a atuação dos sujeitos sobrestados seja a apresentação de novos argumentos que possam contribuir com a definição da melhor solução racional para a questão de direito objeto do incidente” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 201-203).

“[...] a intervenção desses interessados ocorre por uma modalidade especial de intervenção, denominada intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos, em que o interveniente auxiliará na formação da decisão das causas-piloto, munindo-a com novos argumentos que possam levar à formação de uma tese jurídica ou precedente judicial que lhe seja favorável.” (DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 784).

²⁷³CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, 2014, p. 201-229.

contexto, a sugestão de criação de uma “listagem de argumentos”²⁷⁴ já suscitados no IRDR é uma medida interessante. Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo da Silva Alves propõem como filtros para a participação a “contribuição argumentativa” e o “grau de interesse na controvérsia”. Quanto ao primeiro filtro, os autores esclarecem que o relator deverá buscar a representatividade mais ampla possível da questão jurídica controvertida a fim de representar os “subgrupos”²⁷⁵ e ressaltam que a participação deverá ser permitida apenas quando se demonstrar a efetiva contribuição ao debate por meio de um novo argumento.²⁷⁶

Outro ponto que poderá ser considerado para fins de participação é a expertise do advogado.²⁷⁷ Imagine-se que se discute questão jurídica relacionada ao direito previdenciário e que, apesar de já haver outras manifestações com os mesmos argumentos, um sujeito

²⁷⁴“Isso porque, apesar de defendermos a ampla possibilidade de participação dos sujeitos afetados, a *utilidade* da intervenção dependerá da demonstração de que há novos elementos que podem contribuir para que se atinja a melhor decisão sobre a questão jurídica,²⁶ o que dependerá desta precisa identificação. Também por isso é que vem se defendendo a apresentação de uma *listagem dos argumentos*, que sirva como “guia de consulta” para os sujeitos interessados e para a sociedade civil.” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. . A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

²⁷⁵“Assim como, em razão da multipolaridade dos procedimentos de julgamento de casos repetitivos, ainda é possível se identificar a existência de subgrupos dentro de cada um dos grupos. Nunca haverá uma unidade completa acerca da interpretação que deverá ser conferida para a questão de direito, o que faz com que surjam diferentes subgrupos. Por exemplo, dentro do grupo das partes dos processos sobrestados, poderão existir um subgrupo que defende a interpretação x, um subgrupo que defende a interpretação y e ainda um outro que compreende que a interpretação z é mais adequada. A identificação desses subgrupos é crucial para uma adequada resolução da questão, tendo em vista que, quanto maior for a participação dos respectivos representantes dos subgrupos maiores serão as chances de que todos os fundamentos que cercam a questão sejam analisados e, consequentemente, menor será o espaço para rediscussão da interpretação conferida por falta de um debate abrangente e exaustivo dos fundamentos que cercam a questão.” (DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 775)

²⁷⁶DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 771-792.

²⁷⁷Ibidem, p. 771-792.; no mesmo sentido, Sofia Temer levanta a possibilidade, ainda que não nos mesmos termos, de se considerar a expertise do advogado: “Outro ponto que parece ser importante quanto aos critérios para escolha diz respeito à figura do advogado do sujeito condutor. Vimos, quando tratamos das premissas sobre a atuação dos sujeitos no incidente, que a decisão passa, através do diálogo que a precede, por um teste da aceitabilidade racional, que exige que se busque uma decisão que seja racionalmente aceitável pelo ‘auditório ideal’ (aqui, a sociedade). Neste contexto, a linguagem e a possibilidade de persuasão têm papel central, devendo ser mitigadas quaisquer falhas ou deficiências no processo comunicativo. N’outros termos: a qualidade e legitimidade da decisão dependem, necessariamente, de um acordo razoável acerca da linguagem através da qual se exerce o processo de convencimento pela comunicação. Assim sendo, parece crucial atenuar eventuais problemas de linguagem e distorções comunicativas, tarefa em relação à qual o advogado assume especial importância. Com efeito, o bom advogado, com formação acadêmica relevante, atualizado e especializado na matéria em discussão, pode ser um dos fatores essenciais para evitar distorções que possam decorrer do mau uso da linguagem técnica. A especialização do advogado pode ser, então, mais um dos fatores que pode auxiliar na escolha dos condutores.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 187).

processual requer sua intervenção, sendo representado por advogado não apenas especializado no tema, mas também uma referência na área. Nesse caso, sua expertise recomenda sua participação, na medida em que é possível que os argumentos e subsídios que este advogado esteja apto a fornecer se mostrem essenciais para a representação dos mais diversos interesses.

A lição de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo da Silva Alves é importante para a sistematização dos filtros de participação no IRDR:²⁷⁸

Resumindo-se, deverão ser admitidos como intervenientes para a realização de ato processual específico no IRDR/REER somente aqueles sujeitos que demonstrem a utilidade de sua intervenção, utilidade essa que deve ser aferida a partir da noção de contribuição argumentativa, que se consubstancia pela: a) apresentação de novos argumentos, que efetivamente contribuirão para o debate acerca da questão de direito; b) representação de compreensão de questão de direito pertencente a um subgrupo que ainda não estava sendo representado; c) expertise do advogado do membro de grupo.

No entanto, não apenas “novos” argumentos devem ser desejados, mas, também, “melhores” e “mais profundos” argumentos. Em um exemplo hipotético, imagine-se que já se admitiu a participação de um sujeito “A” que tenha afirmado “X”, sem ter explicado os aspectos técnicos que levam à sua conclusão. Caso um sujeito “B” faça a mesma afirmação, mas apresente a explicação técnica, com dados científicos, por exemplo, sua contribuição ao debate será valiosa e relevante, por isso, sua participação deve ser admitida. Em resumo, se um sujeito demonstra que seu argumento ainda não foi aduzido,²⁷⁹ ou mesmo que ele é capaz

²⁷⁸DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 787.

²⁷⁹Em sentido semelhante, mas partindo da premissa de que deve haver um representante adequado, nos moldes das ações coletivas, Cíntia Regina Guedes atentou para a necessidade de se admitir a participação de representante capaz de aduzir argumentos ainda não suscitados e que se atem às eventuais divergências que venham a surgir dentro de um mesmo grupo. Ainda que este trabalho não parta da ideia de representação adequada típica das ações coletivas, o raciocínio quanto à necessidade de análise dos argumentos de todos os grupos, inclusive quanto às divergências internas desses grupos, se aplica ao presente trabalho: “Quanto maior a repercussão do tema, mais pessoas serão atingidas pela decisão, e, portanto, maior deve ser a representatividade dos que vão falar em juízo, representando os interesses dos litigantes. Pode haver, entre os titulares de direitos a serem atingidos pela decisão do IRDR, grupos de partes interessadas que tenham interesses conflitantes, ou seja, que defendam conclusões diferentes sobre a tese jurídica a ser definida. Pode haver, ainda, dentro do mesmo grupo ou classe de pessoas que defendam a mesma conclusão acerca da tese jurídica. alguns cuja situação jurídica tenha uma peculiaridade em relação aos demais, e que, portanto, devem ter assegurado o seu direito de apresentar suas diferenças e características próprias na discussão jurídica, através de outra organização que represente os interesses desses subgrupos.” Indo além, mesmo quando os interesses de um grupo ou subgrupo já estejam representados no IRDR, se ficar evidenciado que a manifestação do representante desse grupo não contempla todos os argumentos ou informações sobre a vexata quaestio, deve-se admitir a participação complementar de outro representante que possa contribuir com novos argumentos e agregar informações relevantes ao julgamento. Em suma, a garantia da participação de representantes de todos os interessados, abordando todos os aspectos possíveis da controvérsia, deve ser a mais ampla possível, por ser condição de validade e de aplicabilidade da decisão a ser tomada no julgamento do IRDR.” (GUEDES, Cíntia Regina. O incidente de resolução de demandas repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de

de “melhor argumentar” ou “melhor subsidiar” o tribunal, é desejável que o tribunal admita sua participação.

O importante para fins do bom funcionamento do IRDR é que a tese jurídica deverá ser permeada pelo debate e pelo contraditório enquanto direito de influência e possibilidade de convencimento, podendo-se arguir a distinção caso determinado argumento não tenha sido considerado pelo tribunal ao fixar a tese jurídica.

3.2 Os mecanismos para a ampliação do contraditório no IRDR.

3.2.1 A publicidade quanto à instauração do IRDR

A partir da premissa do contraditório como direito de influência e de que a tese jurídica esgotará o debate e considerará todos os argumentos aduzidos, deve-se pensar em como dar a possibilidade daqueles que, a princípio, não participarão diretamente do debate, participarem do IRDR e apresentarem seus argumentos. A publicidade em torno do IRDR é essencial para possibilitar a participação – e influência – na formação de uma tese jurídica.

A ciência daqueles possivelmente afetados pela tese jurídica a respeito da instauração do IRDR é essencial para a formação de uma tese jurídica, na medida em que este será o momento que se permitirá que participem do julgamento e apresentem seus argumentos e perspectivas. Trata-se, mesmo, de possibilitar o acesso à justiça daqueles que serão afetados pelo julgamento e, com isso, conferir legitimidade democrática à tese jurídica.

Paulo Cezar Pinho Carneiro elencou quatro subprincípios que informam o princípio do acesso à justiça, quais sejam, acessibilidade,²⁸⁰ operosidade, utilidade e proporcionalidade.²⁸¹

(Org.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 763).

²⁸⁰“A acessibilidade pressupõe a existência de pessoas, em sentido lato (sujeitos de direito), capazes de estar em juízo, sem óbice de natureza financeira, desempenhando adequadamente o seu labor (manejando adequadamente os instrumentos legais judiciais e extrajudiciais existentes), de sorte a possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos individuais e coletivos, que organizam uma determinada sociedade.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63-107).

²⁸¹O subprincípio da operosidade significa que “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça.”; por sua vez, o subprincípio da utilidade tem como função garantir que a atividade jurisdicional “possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com menor sacrifício para o vencido.”; o subprincípio da proporcionalidade

O autor também atentou ao fato de que o primeiro fator que torna algo acessível é o conhecimento dos direitos por parte dos cidadãos e a forma como podem se utilizar de seus direitos. O direito de informação, assim, “é ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada para que o acesso à justiça”²⁸² e, por isso, deve-se prezar pela informação adequada acerca do IRDR, principalmente a informação quanto a sua instauração e julgamento, na medida em que isso possibilitará que os interessados e possivelmente afetados pela tese jurídica participem do debate.

Não foi à toa que o legislador previu que a instauração do IRDR deve ser precedida de ampla publicidade, inclusive com registro no CNJ.²⁸³ Com efeito, o CNJ já implementou o cadastro eletrônico denominado “Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios”.²⁸⁴

consiste na atividade do juiz em que ele “projeta e examina os possíveis resultados, as possíveis soluções, faz comparação entre os interesses em jogo, e, finalmente, a opção, a escolha daquele interesse mais valioso, o que se harmoniza com os princípios e os fins que informam este ou aquele ramo do direito.”. (*Ibidem*, p. 63-107)

²⁸² *Ibidem*, p. 63.

²⁸³ Trata-se do art. 979 do CPC/15. Quanto ao tema, Leonardo Greco já destacou: “Para viabilizar a ampla cognição sobre a tese jurídica debatida, o artigo 979 estabelece como primeiro efeito da instauração do incidente a “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. [...] Parece-me que a ampla divulgação, necessária para que o tribunal tome conhecimento de todos os fundamentos da tese suscitada, exigirá que os juízos e órgãos fracionários do tribunal, tomando conhecimento da instauração do incidente, remetam ao órgão competente para o seu julgamento cópias das peças dos autos nas quais as partes ou o próprio juízo tenha exposto fundamentos favoráveis ou contrários à tese discutida” (GRECO, *op. cit.*, p. 410).

²⁸⁴ Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/bnpr-web/>>. Acesso em: 02 ago 2019.

Quanto ao ponto, já se destacou em outro estudo que, em 2019, que “Dos 27 tribunais de justiça do país, foi possível verificar que em 23 desses tribunais contam com um espaço destinado unicamente a tratar dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí disponibiliza um link para consulta, todavia, a página encontra-se vazia. Por sua vez, não foi possível verificar no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, pois sua página principal permaneceu fora do ar durante o período em que foi realizado o levantamento de tais dados. Por fim, não foi possível encontrar um espaço nos sites dos Tribunais de Justiça dos estados do Tocantins e Acre. Caso tais estados contem com tal serviço, sugere-se que a informação conste de forma mais clara e visível no site, sob pena de se tornar um instrumento inócuo” (VIANNA, Lydia de Freitas. Primeiras reflexões sobre o julgamento e fixação da tese no IRDR. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org).. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2020, p. 893-914).

Em 2021, a pesquisa retornou aos tribunais que não contavam com um espaço destinado a tratar dos IRDRs ou que apresentaram algum tipo de problema. Quanto ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, a página que, em 2019, encontrava-se vazia, já conta com as informações relativas aos incidentes instaurados no tribunal; quanto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, não foi possível localizar um espaço no site destinado a tratar sobre os IRDRs instaurados, apesar de se ter notícia de que o referido tribunal criou um Centro de Inteligência para o tratamento de demandas repetitivas (Disponível em <<https://www.aasp.org.br/noticias/tjrn-cria-centro-de-inteligencia-para-enfrentar-demandas-repetitivas-e-judicializacao/>> Acesso em: 09 ago. 2021); O Tribunal de Justiça do Estado do Acre conta com um Núcleo de Gerenciamento do Precedentes (Nugep), que direciona para os sites do STJ e STF e informa que, até o dia 21/07/2021, não havia nenhum IRDR e IAC instaurado no âmbito do referido tribunal (Disponível em <<https://www.tjac.jus.br/adm/nugep/consulta-de-precedentes/>> Acesso em: 09 ago. 2021); por fim, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins também conta com um Nugep, no qual é possível consultar os IRDRs instaurados (disponível em <<https://www.tjto.jus.br/index.php/estatisticas-nurer/2021nurer/2365-irdr2021-1/file>> Acesso em: 09 ago. 2021)

Quanto ao ponto, além da previsão de “*mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça*” o Legislador não estabeleceu nenhuma outra forma de publicidade quanto à instauração e julgamento do IRDR.

Assim, em consideração ao efetivo acesso à justiça, vale refletir se o cadastro no CNJ seria o meio mais adequado para que a informação efetivamente chegue ao jurisdicionado. Com efeito, os avanços tecnológicos vêm alterando as formas de comunicação e interação entre os indivíduos e, nesse contexto, deve-se refletir em como esses mecanismos podem ser aproveitados para viabilizar o acesso à justiça e permitir, inclusive, um melhor desenvolvimento do IRDR, com mais eficiência. Em tempos de redes sociais, *smartphones*, internet e globalização, seria a publicação no site do CNJ a forma mais efetiva de divulgação da instauração e julgamento do IRDR?

A resposta parece ser negativa e, por isso, passa-se a propor formas que melhor permitam a ciência do jurisdicionado acerca da instauração do IRDR, de maneira a lhe permitir que, caso queira, apresente requerimento para se manifestar.

Nos últimos anos as próprias empresas vêm mudando a forma de atendimento ao público. O serviço de atendimento ao cliente é feito pelo *Whatsapp*, muitas promoções são divulgadas por meio de *Instagram* ou *Facebook*, etc.

Essas mudanças nas formas de interações devem-se, principalmente, à percepção de que parcela considerável das pessoas passa mais tempo em suas contas de *Instagram/Facebook* do que em consulta a sites da internet. No final do ano de 2018, foi divulgada matéria jornalística que revelou que os brasileiros passam, em média, nove horas e catorze minutos por dia conectados à internet de seus celulares.²⁸⁵ Com a pandemia do coronavírus, estima-se que o uso de redes sociais aumentou cerca de 73% (setenta e três por cento), bem como que a própria busca de informação por meio das redes sociais superou a televisão e os meios impressos.²⁸⁶ Esses dados demonstram o potencial que o uso de redes sociais tem para se tornar aliado das ações de *marketing* e publicidade. Da mesma forma, esses dados indicam que as redes sociais podem ser usadas para conferir maior eficiência e efetividade ao Poder Judiciário quando este lidar com institutos que extrapolem os interesses de autor e réu, tal como o IRDR.

²⁸⁵ Brasileiro é um dos campeões em tempo conectado na internet. **G1**. Disponível em <<https://g1.globo.com/especial-publicitario/em-movimento/noticia/2018/10/22/brasileiro-e-um-dos-campeoes-em-tempo-conectado-na-internet.ghtml>> Acesso em: 12 fev. 2020.

²⁸⁶ Disponível em <http://www.loures.com.br/portfolio_page/ebook-habitos-pandemia/?utm_source=metro_site&utm_medium=artigo&utm_term=E-book-Habitos-Pandemia&utm_content=&utm_campaign=habitos-pandemia> Acesso em: 07 ago. 2021.

Para reflexão sobre o assunto, vale a pena voltar-se à experiência das ações coletivas e evolução do entendimento jurisprudencial sobre o tema. Em atenção à necessidade de se conferir a mais ampla divulgação às ações coletivas e sentenças coletivas, o STJ tem decisões a determinar a substituição da divulgação em jornais de grande circulação pela publicação na internet, seja nos sites dos órgãos oficiais, seja nos sites dos próprios réus.²⁸⁷

A postura do STJ já demonstra a percepção do Poder Judiciário quanto à insuficiência do modelo proposto pelo legislador para a divulgação das ações coletivas e pode ser aproveitada para o IRDR com vias a possibilitar maior publicidade.

Todavia, ainda surge uma questão quanto ao entendimento do STJ: o jurisdicionado tem o hábito de acessar o site do CNJ ou de determinada empresa (uma empresa de telefonia, por exemplo) para que tenha a efetiva ciência da instauração do IRDR ou de seu julgamento? Não necessariamente. No entanto, conforme se apontou acima, o jurisdicionado tem o hábito de acessar suas redes sociais, de forma que essa talvez seja uma ferramenta a ser aproveitada pelo Poder Judiciário.

A partir dos amplos poderes conferidos pelo artigo 139 do CPC/15, o magistrado pode determinar que certa empresa que participe diretamente do julgamento do IRDR – um litigante habitual, por exemplo – divulgue no seu perfil de *Instagram* ou *Facebook* a instauração do IRDR e qual seu objeto, de forma compreensível, para os usuários daquele serviço. A medida possibilitaria que a informação expandisse seu poder de alcance aos jurisdicionados.

²⁸⁷ Nesse sentido, o julgamento do REsp nº 1.586.515/RS, pela 3ª Turma, no qual restou assentado que “Em razão do dever do juiz de assegurar o resultado prático do julgado, determinando todas as providências legais que entender necessárias para a satisfação do direito da ação e com vistas ao alcance do maior número de beneficiários, a obrigação imposta ao recorrente de divulgar a sentença genérica em jornais de grande circulação deve ser substituída pela publicação na *internet*, nos sites de órgãos oficiais e no da própria recorrente, pelo prazo de 15 dias. [...]”; no mesmo sentido, o REsp nº 1.718.535/RS, no qual se ressaltou a íntima ligação entre a adequada publicidade e contenção da litigiosidade: “[...] 3. A publicidade da sentença genérica, proferida em ação civil coletiva, apresenta-se de extrema relevância ao propósito de se conferir efetividade à tutela jurisdicional na solução dos conflitos metaindividuais, a permitir que os lesados, cientes de seu direito reconhecido em título judicial, lhe dê concretude. Especialmente nos casos em que há lesão a direitos e interesses individuais homogêneos, não raras vezes a atingir expressivo número de pessoas, sobretudo em razão do estabelecimento de relações jurídicas cada vez mais massificadas de adesão, a ação coletiva revela-se como o meio judicial mais eficaz para promover o estancamento da litigiosidade em estado de latência, inerente a tal situação. Porém, o julgamento, em si, da ação coletiva, para esse propósito (de estancar a litigiosidade latente), revela-se, *in totum*, inócuo, se a sentença genérica não for seguida de informação idônea e suficiente de seus termos aos interessados, o que evidencia a necessidade de sua divulgação na *internet* e no sítio eletrônico da entidade demandada pelo prazo de 20 (vinte) dias (*ut* REsp 1586515/RS, Terceira Turma, DJe 29/05/2018). 3.1 Na espécie, a singela determinação de envio de correspondência aos segurados da Unimed acerca do conteúdo do provimento jurisdicional de procedência é insuficiente para promover a informação de todos os possíveis lesados, pois o provimento não abarca, por exemplo, aqueles segurados que não mais ostentam a condição de contratante. Não alcança, sequer os prestadores de serviços de saúde, conveniados ou não, que, indiretamente, também são atingidos pela norma contida na sentença coletiva [...]”.

O *Instagram* ainda conta com um sistema de publicidade que faz com que anúncios passem nos *stories* que as pessoas assistem ainda que elas não sigam determinado perfil. Essa pode ser mais uma forma de divulgação a ser explorada pelo relator do IRDR.

O mesmo vale para a Fazenda Pública, um litigante habitual que também já se encontra em perfis de redes sociais.²⁸⁸ Quanto a este, por exemplo, o relator do IRDR poderia determinar que identificasse os funcionários públicos que estejam relacionados ao objeto do incidente, o que facilmente poderia ser feito por meio dos e-mails institucionais de tais servidores.

Outra medida a se pensar é o uso de mensagens de texto. Diariamente, os cidadãos recebem mensagens de texto com os mais diversos conteúdos (Defesa Civil avisando sobre a possibilidade de chuvas fortes, propagandas de planos de telefonia móvel e tv a cabo, etc.) Esse mecanismo poderia ser utilizado com vias a permitir um melhor fluxo de informação acerca da propositura de ações coletivas e suas sentenças.

Mais uma forma a ser utilizada pelos magistrados é determinar que a empresa que participe diretamente do julgamento do IRDR informe aos seus consumidores, por meio de ligação telefônica com uma mensagem gravada, sobre a instauração do IRDR e seu objeto.

Outra possibilidade seria o uso da plataforma consumidor.gov como aliada da divulgação da instauração do IRDR. Ao identificar que a reclamação registrada se enquadra no objeto de algum IRDR já instaurado, a plataforma poderia alertar ao consumidor sobre a existência do mesmo, informando o número do processo, e sugerir que o consumidor procure um advogado ou a Defensoria Pública. Outra medida, ainda mais simples, pois não exigiria que esse trabalho fosse transferido à plataforma consumidor.gov, seria determinar que a empresa que participasse diretamente do julgamento do IRDR e que tomasse conhecimento de reclamação perante a plataforma fosse compelida a informar o reclamante sobre a instauração do IRDR, direcionando o consumidor à Defensoria Pública.

Esses são exemplos não exaustivos de como o relator poderia atuar de forma a conferir maior publicidade à instauração e julgamento do IRDR. A imaginação será o limite para se saber quais outras formas poderiam ser adotadas pelos relatores.

De toda forma, em sendo a publicidade importante para o bom funcionamento do IRDR e em atenção ao contraditório como direito de influência e convencimento, uma tese jurídica dependerá da “mais ampla e específica divulgação e publicidade”, sugerindo-se que

²⁸⁸ Como exemplo, tome-se a prefeitura do Rio de Janeiro: Disponível em < https://www.instagram.com/prefeitura_rio/> Acesso em: 16 jan.2022. A prefeitura de Niterói, por sua vez, conta não apenas com uma conta no Instagram, como também com um canal no Telegram para divulgação de notícias: Disponível em < <https://www.instagram.com/p/CYwAgBsth--/>> Acesso em: 16 jan.2022.

se adote não apenas a divulgação por meio do site do CNJ, mas, também, por meio de outros mecanismos.

3.2.2 A atuação dos magistrados no IRDR

O art. 977, inciso I, do CPC/15 estabelece a legitimidade do juiz e do relator para suscitar a instauração do IRDR,²⁸⁹ e há a possibilidade de o próprio órgão colegiado suscitar a instauração do IRDR.²⁹⁰ A previsão legal, como já se destacou, corrobora com a possibilidade de instauração do IRDR a partir do primeiro grau, sem que haja causa pendente de julgamento no tribunal de segunda instância.

Mais que isso, a legitimidade do juiz de primeiro grau e do relator para suscitarem o IRDR vai ao encontro do caráter de mecanismo de gestão desse instituto processual. Afinal, os magistrados estão na linha de frente e são capazes de perceber qual é o grande fluxo de demandas que lhe são levadas para julgamento cotidianamente.

A percepção acerca de quais questões jurídicas merecem ser objeto de IRDR pode ser ainda mais fácil para os relatores, na medida em que receberão para julgamento recursos e terão acesso ao conteúdo das sentenças apeladas, quando poderão verificar se há decisões conflitantes ou não. Isto é, se um relator verifica o julgamento de muitos recursos interpostos contra sentenças que divergem entre si, poderá perceber com maior facilidade a necessidade de pacificação da questão jurídica controvertida.

No entanto, a identificação também é possível pelos magistrados de primeiro grau, seja porque é comum na advocacia contenciosa que partes colacionem não apenas acórdãos, mas também sentenças de primeiro grau para demonstrarem que situações semelhantes já foram julgadas de forma favorável aos seus respectivos interesses. Nesse sentido, se um magistrado de primeiro grau se depara com uma petição inicial e uma contestação que

²⁸⁹Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício; [...]

²⁹⁰“Há que se indagar se o órgão colegiado não poderia também suscitar o incidente. E o ponto seria, em especial, relevante nas hipóteses em que a necessidade de decisão concentrada sobre a questão jurídica fosse levantada durante julgamento colegiado, em que o relator fosse vencido neste tópico. Parece que, na hipótese, o posicionamento minoritário do relator não poderia ter o condão de impedir, com base apenas na literalidade do inciso I do art. 977 do CPC. Se o relator pode suscitar, com muito maior autoridade poderá o órgão colegiado.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 130)

apresentam decisões que favorecem ambas as partes, o magistrado poderá verificar o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.²⁹¹

A legitimidade dos magistrados também se mostra importante porque é possível que a parte que figure como um “litigante eventual” não tenha interesse ou mesmo recursos financeiros para suscitar o IRDR. Pode ser, ainda, que a parte não esteja disposta a esperar o tempo necessário para o julgamento do IRDR e prefira esperar para ver o resultado do julgamento de sua demanda.

Também é possível que o “litigante habitual” não tenha interesse em suscitar a instauração do IRDR porque, a despeito de identificar resultados díspares para demandas idênticas, não há um efetivo prejuízo econômico ao se considerar o macro.²⁹² Isto é, a situação de incerteza acaba por beneficiar esses litigantes habituais, enquanto a formulação de uma tese jurídica com efeito vinculante que eventualmente lhe seja contrária lhe colocaria em uma “situação pior”, na medida em que a partir do momento em que há uma tese jurídica com efeito vinculante que seja contrária aos interesses de um litigante habitual, ele terá a certeza que não terá êxito nos processos, de forma que, ou adequará suas práticas ao entendimento do Poder Judiciário, ou certamente terá um passivo judicial maior. Mais, é possível que esse litigante habitual escolha um processo em que a outra parte seja mais fraca, tenha aduzido argumentos frágeis, facilitando a obtenção de uma tese jurídica mais favorável ao litigante habitual.²⁹³

A legitimidade dos magistrados pode suprir, então, esse possível lapso que haveria caso não houvesse o interesse das partes dos processos de origem em suscitar a instauração do IRDR e, ainda, possibilita que não haja a escolha enviesada de um litigante habitual à procura de um caso paradigma mais fraco.

²⁹¹Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

²⁹²“O agente econômico pode utilizar a oscilação do sistema judicial a seu favor. Como para ele o impacto financeiro de uma causa de massa é diluído no custo total de seus processos, é possível testar estratégias, teses e argumentos em busca de soluções que lhes sejam mais favoráveis. Isso se torna ainda mais factível se não houver certa previsibilidade na resposta às demandas de massa, pois aí o litigante habitual encontra espaço fértil para construir múltiplas argumentações que podem convencer juízes casuisticamente, mesmo em causas que mereçam soluções estruturais não casuais. Outra vantagem que o litigante habitual pode extrair do cenário de incertezas é um poder de barganha para acordos menos vantajosos ao consumidor [...]” (HOMCI, Arthur Laércio; GOES, Gisele Fernandes. *A Quem interessa o caos interpretativo na solução judicial das demandas consumeristas de massa no Brasil?*. In: XXVIII Congresso Nacional Do CONPEDI, 2019, Belém. Anais do Xxviii Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 43-57)

²⁹³ “Já mencionamos o risco de se deixar ao litigante habitual a escolha do processo a partir do qual se instaurará o incidente, podendo esse estrategicamente optar por uma ação na qual a outra parte tenha apresentado defesa pífia de seus direitos, direcionando, assim, a cognição do incidente a favor de seus interesses” (KLETEMBERG, *op. cit.*, p. 142-143).

Outra atuação dos magistrados se mostra importante: a prestação de informações. O art. 982, II, do CPC/15 prevê que o relator, após admitir o IRDR, “poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente”.²⁹⁴ Tal medida mostra-se relevante porque permitirá que se verifique fundamentos contrapostos para a fixação da tese jurídica.

Nesse sentido, talvez mais do que fazer uma requisição de informações genérica, o relator poderá especificar quais informações quer. Por exemplo, o relator poderá questionar se há processos em trâmite naquele juízo cujo objeto relaciona-se à questão jurídica controvertida, quantos processos há, se o juízo já sentenciou algum, se sim, que envie as sentenças, quais os argumentos suscitados pelas partes, quem são as partes envolvidas na questão jurídica controvertida e até mesmo se há alguma ação coletiva que se relacione com a questão jurídica controvertida. A obtenção de tais informações contribuirá para o esgotamento do debate e para que o tribunal tenha acesso aos mais variados argumentos, de forma que haja a representação dos interesses daqueles que não participarão diretamente do IRDR.

De toda forma, ainda que o IRDR seja suscitado por um magistrado, a abertura ao debate é medida essencial, em especial porque é necessário que os argumentos daqueles que participarem do IRDR sejam efetivamente analisados e considerados pelo julgador. Com efeito, é preciso que os magistrados estejam abertos ao diálogo para efetivamente levar em consideração os mais diversos argumentos suscitados.

A atuação do relator do IRDR deverá ser pautada por uma postura ativa, que zelee pela ampliação do debate e pelo bom andamento do IRDR. Vale lembrar que, apesar de a controvérsia sobre o magistrado adotar uma postura mais ativa ou passiva ter perdurado por muito tempo no célebre embate entre publicistas e privatistas, o CPC/15 prezou por uma visão cooperativa do processo²⁹⁵ e cabe ao magistrado zelar pelas garantias processuais, pela igualdade de tratamento entre as partes e pela efetividade da tutela jurisdicional. Com mais

²⁹⁴ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

²⁹⁵ “A cooperação, que nesse texto é apresentada como primeira das normas fundamentais a ser estudada, é considerada por muitos doutrinadores o elemento central de todo o atual sistema processual, pois identifica o novo desenho institucional da relação processual, outrora piramidal, por identificar as partes na base da dinâmica processual e o jus em seu ápice, dotado de superioridade e imparcialidade, para estabelecer, na atualidade uma estrutura circular, atribuindo a todos os sujeitos que atuam no exercício da jurisdição, deveres para com um resultado justo, efetivo, célere e adequado.” (RIBEIRO, Marcelo. Defensoria Pública na Tutela Coletiva: legitimidade ativa e intervenção como custos vulnerabilis. In: Marcelo Mazzola; Natália Ribeiro. (Org.) **Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na Advocacia**. 1ª. ed.Londrina: Thoth, 2021, v. , p. 316-317)

razão ainda o relator deve buscar, ativamente, viabilizar a representação dos interesses que permeiam a questão jurídica controvertida.²⁹⁶

Nesse sentido, o relator deverá verificar se o caso paradigma afetado para julgamento é um bom caso para representar a controvérsia, bem como buscar casos que possam complementar o quadro a ser analisado. O relator também deverá conferir ampla publicidade à instauração do IRDR, tal como já se destacou, e deverá, por exemplo, chamar entidades para que atuem na qualidade de *amicus curiae*. O relator também deverá procurar equilibrar a representação dos interesses e desenvolvimento do contraditório de forma mais isonômica, a fim de evitar que determinado interesse seja melhor subsidiado que outro. Em sentido semelhante:

Com efeito, se se trata de um julgamento que irá definir uma tese jurídica para ser observada pelos demais órgãos judiciais, é necessário que tribunais, ao debater o tema e os argumentos que serão considerados, busquem o equilíbrio entre os interesses em conflito também através do equilíbrio na admissão dos representantes que irão defender os diversos pontos de vista. Desta forma, a própria seleção daqueles que irão atuar como representantes dos interesses conflituosos deve ter por escopo a diminuição da assimetria de forças processo e a equalização do contraditório. Nesse sentido, incumbe aos tribunais ao decidir os pedidos de intervenção formulados pelos que pretendem participar do julgamento do IRDR, contemplar de modo paritário todos os grupos com interesses contrapostos, de molde que todos os múltiplos interesses conflituosos estejam representados no julgamento, e com representatividade e capacidade de manifestação equivalentes.

Visando garantir essa isonomia, sempre que identificar que somente se habilitaram a apresentar manifestações no IRDR representantes de um dos interesses contrapostos, ou que algum subgrupo não tem nenhuma representação de seus argumentos no incidente, cabe ao relator provocar a intervenção de organizações, entidades ou associações que possam representar os interesses desses grupos de pessoas interessadas, de modo a equilibrar as argumentações, resguardar o contraditório e garantir a própria legitimidade da decisão a ser tomada. Essa decisão de provocar a atuação dos interessados para equalizar as forças argumentativas no julgamento encontra fundamento tanto na norma constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa quanto no art. 7º do CPC, o qual, após enunciar a garantia de paridade de tratamento às partes em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, impõe ao juiz o dever de "zelar pelo efetivo contraditório", dever esse que deve ser cumprido através de providências tanto de natureza negativa (impedindo situações de desigualdade) quanto através de atitudes positivas, que efetivamente concretizem, em cada processo, a garantia da isonomia.²⁹⁷

²⁹⁶ “Embora a atividade do relator do IRDR não seja exatamente a mesma da exercida no julgamento dos recursos, parece possível defender (ainda que com alguma parcimônia) a aplicação do art. 932 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) à condução do IRDR, fixando *poderes do relator*, notadamente no que se refere à direção da instrução (inciso I), à intimação do Ministério Público (VII), e ao exercício de outras atribuições regimentais (inciso VIII), o que será de especial relevância para a decisão de organização, como aprofundaremos no próximo item deste estudo.

É possível aplicar também o parágrafo único do art. 932 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ao IRDR, o qual dispõe sobre a possibilidade de sanar vício ou complementar a documentação exigível, antes da inadmissão. Muito embora a inadmissão do incidente não gere preclusão (art. 976, § 3.º), é recomendável que o relator possibilite a complementação ou aditamento do pedido ou ofício de instauração, quando constata a probabilidade de existência dos seus requisitos, inclusive requisitando-a aos outros legitimados do art. 977.” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

²⁹⁷GUEDES, *op. cit.*, p. 766-767.

Todas essas medidas contribuirão para a ampliação do debate, esgotamento do tema, e conferirão legitimidade democrática à tese jurídica.

3.2.3 A escolha do caso paradigma, os “sujeitos condutores” e os “sujeitos sobrestados”

A partir da noção de contraditório como influência e como possibilidade de convencimento, percebe-se que as essenciais são a escolha do caso paradigma,²⁹⁸ bem como a participação dos “sujeitos condutores” e dos “sujeitos sobrestados”²⁹⁹ no IRDR, na medida em que eles representarão os interesses do conflito subjetivo que permeia a questão jurídica controvertida.

Eles serão o espelho que permitirá ao tribunal ter acesso ao “fato-tipo” que envolve a questão jurídica controvertida, permitindo que o tribunal escape de uma total abstração da tese jurídica. Afinal, a natureza objetiva do IRDR não afasta a tutela dos interesses subjetivos dos “sujeitos condutores” e dos “sujeitos sobrestados”, ainda que tal tutela seja realizada de forma secundária.³⁰⁰ Nesse sentido, mesmo que de forma indireta, haverá uma disputa de interesses,

²⁹⁸“Uma das questões mais sensíveis do incidente de resolução de demandas repetitivas diz respeito à escolha dos processos que servirão como modelo para reproduzir a controvérsia e viabilizar a fixação da tese jurídica.” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

²⁹⁹As expressões são de Sofia Temer: os “sujeitos condutores” são “[...] sujeitos que irão atuar no incidente de modo a melhor ilustrar a controvérsia sob análise, os quais deverão reproduzir, nos autos do IRDR, o debate sobre a questão de direito. Trata-se, então, da escolha de líderes, sujeitos que conduzirão o diálogo, apresentando argumentos para solucionar a questão.”, enquanto os “sujeitos sobrestados” são “sujeitos que são partes em processos considerados repetitivos, por conterem a mesma questão de direito afetada para resolução no incidente de resolução de demandas repetitivas. Tais sujeitos não foram escolhidos para conduzir o debate e, ainda assim, serão afetados pela fixação da tese, já que esta será aplicada posteriormente nas decisões que julgarem seus casos concretos” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 174-190).

³⁰⁰[...] é possível afirmar que o IRDR se preocupa preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos apenas serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos. Por isso, adotamos o entendimento segundo qual o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual objetiva. [...] apesar de objetivo - e, portanto, sem vinculação direta e imediata com a resolução de conflitos subjetivos específicos -, o IRDR não pode desconsiderar os aspectos fáticos dos casos que serão afetados, ou seja, das demandas repetitivas nas quais haverá a aplicação da tese. Como já foi destacado, a atividade cognitivo-decisória do IRDR é uma mescla de concretude e abstração. Por isso, embora haja abstração em relação aos casos concretos, não há desconsideração dos dados emergentes dos conflitos subjetivos.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, pp 82-90)

especialmente quando a questão jurídica afetada para julgamento se tratar de questão de direito material, já que, nesses casos, as partes dos processos afetados e sobrestados terão interesse direto em que a tese jurídica fixada ao final lhes seja favorável.

Nesse sentido, a escolha dos “sujeitos condutores” é importante e a possibilidade de participação direta dos “sujeitos sobrestados” é igualmente importante, na medida em que cada um desses sujeitos poderá contribuir para o debate.

O caso paradigma afetado para o julgamento do IRDR dará, em um primeiro momento, o substrato que o tribunal necessita para a compreensão da controvérsia e suas nuances.³⁰¹ O debate poderá ser complementado no curso do julgamento por meio da participação dos mais variados sujeitos, seja do *amicus curiae*, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da expedição de ofícios e requisição de informações e da realização de audiências públicas. Tais medidas de ampliação do debate poderão, também, contornar o problema das “omissões estratégicas”³⁰², mas devem ser adotadas conjuntamente à oitiva daqueles que serão diretamente afetados pela tese jurídica que será firmada.

Por isso, a escolha do caso paradigma é importante, especialmente por uma questão de representação de interesses.³⁰³ Desse modo, o tribunal não deve estar vinculado ao caso em que a instauração do IRDR foi suscitada e, caso entenda que o caso afetado não representa adequadamente a controvérsia, caberá ao relator buscar outros casos paradigma.³⁰⁴ De volta ao que se abordou no tópico relativo ao contraditório como direito de influência e

³⁰¹ “O IRDR (e a escolha do líder) não é analisado sob a perspectiva de eventual classe ou grupo de titulares de direitos subjetivos, mas sob a perspectiva da questão de direito a ser resolvida. O que importa, para fins de aferir os requisitos de atuação, então, é a apresentação do máximo (e dos melhores) argumentos para o debate, e não propriamente a defesa dos interesses (subjetivos) de um grupo ausente. Talvez seja possível adotar, então, uma ideia de ‘representatividade argumentativa’ do líder, que signifique a representação (no IRDR) de argumentos para solução da questão de direito.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 186-187).

³⁰² Trata-se da hipótese em que um sujeito que participe diretamente do processo de formação da tese jurídica, de forma intencional, omite argumentos, usualmente com o intuito de utilizar esses argumentos para uma futura distinção ou mesmo revisão da tese jurídica em seu favor. O tema é abordado por SILVA, Ricardo Menezes da. Representação, vinculação e o problema (não resolvido) das omissões estratégicas no IRDR. **Revista de Processo**, v. 314, p. 195-226, 2021.

³⁰³ Não se trata de representação adequada, típica das ações coletivas, mas de uma representação de interesses, que se dará por meio do contraditório como direito de influência e possibilidade de convencimento. Nesse sentido: “Perceba que é difícil definir critérios claros quanto à escolha dos líderes, o que dependerá necessariamente da análise do caso concreto. Talvez essa dificuldade decorra do fato de que o líder, no IRDR, não é exatamente o ‘representante adequado’ das ações coletivas, não sendo possível simplesmente transpor os critérios de um para outro” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 185).

³⁰⁴ “Primeiramente, é preciso destacar que o relator não fica vinculado (i) ao processo de onde surja o pedido ou ofício para instauração do IRDR; (ii) à escolha realizada pela presidência do tribunal (em se admitindo que haverá tal escolha),²⁹ o que decorre também da aplicação do art. 1.036, § 4.º do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ao IRDR, havendo, portanto, ampla margem de atuação do relator, que poderá selecionar os processos representativos.” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

possibilidade de convencimento, caso o processo em que a instauração do IRDR foi suscitada não seja um bom caso (não tenha exposto adequadamente os argumentos, careça de subsídios, etc.) e um dos processos que viriam a ser sobrestados não apenas conte com uma boa exposição de argumentos, mas também seja representado por um advogado com experiência na matéria, o tribunal poderá optar por colocar esse segundo caso como o caso paradigma, no qual a parte do processo de origem atuará como “sujeito condutor” do debate do IRDR. Não se trata de obstaculizar a participação daquele sujeito em que foi instaurado o IRDR, mas sim de permitir que o tribunal seja subsidiado da melhor forma possível, com a representação (com qualidade) dos mais diversos interesses.³⁰⁵ Essa medida é salutar, inclusive, para os casos em que um litigante habitual propositalmente suscita a instauração do IRDR em um processo que entende que a outra parte está enfraquecida, seja porque os argumentos são fracos, seja porque não está adequadamente representada por seu advogado.³⁰⁶ Outro aspecto a ser considerado na escolha do caso paradigma, ainda em relação ao advogado que o representa, é a disponibilidade do advogado para a efetiva representação desses interesses, tanto para o acompanhamento diligente do IRDR e análise das manifestações, quanto para despachar com os magistrados e realizar sustentação oral.³⁰⁷ Esse ponto, no entanto, se mostra sensível, na medida em que deve haver a preocupação para que esta análise não se mostre uma medida excludente, que eventualmente privilegie apenas grandes bancas de advocacia do Brasil.

Ainda que os “sujeitos condutores” tenham uma atuação na linha de frente da instrução e julgamento do IRDR, os “sujeitos sobrestados” também desempenharão importante papel, pois ao tomarem conhecimento do IRDR, poderão perceber se há algum argumento que não foi aduzido e, com isso, poderão contribuir com a exposição de tal argumento para o tribunal.³⁰⁸ Isso sem falar na própria divergência interna de interesses, na

³⁰⁵ “Ainda, a escolha deve ser fundamentada – o que ocorrerá, de preferência, na decisão de organização – e deve privilegiar os casos em que se verifique pluralidade de *perspectivas argumentativas*.” (DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

³⁰⁶ Cintia Regina Guedes manifestou preocupação quanto ao desequilíbrio que pode vir a surgir no julgamento do IRDR (GUEDES, *op. cit.*, p. 750-751).

³⁰⁷ Preocupação semelhante foi suscitada por Cintia Regina Guedes, ainda que estivesse a tratar do tema sob a perspectiva de necessidade de escolha de um representante adequado, nos moldes das ações coletivas: “Além da legitimidade, para que o representante seja considerado adequado ele deve possuir efetiva capacidade técnica e financeira para realizar a representação processual dos litigantes no processo de julgamento do incidente. o que inclui, por exemplo, a capacidade de coleta e levantamento dos dados e das informações importantes ao julgamento e a contratação de um advoga do que possa apresentar as manifestações processuais adequadas, realizar o despacho de memoriais, comparecer ao julgamento para realizar a sustentação oral, interpor os recursos que se fizerem necessários etc.” (*Ibidem*, p. 764).

³⁰⁸ Em sentido semelhante: “A participação, aqui, é especialmente importante, porque não é viabilizado ao sujeito sobrestado uma forma de ‘auto exclusão’ em relação à definição da tese pelo tribunal (a não ser que este desista

medida em que, como já ressaltado, é possível que, em um mesmo grupo, haja interesses conflitantes e que precisam ser considerados pelo tribunal na formação de uma tese jurídica.

Quanto à possibilidade de participação dos “sujeitos sobrestados”, Cintia Regina Guedes alertou para a insuficiência do prazo concedido pelo art. 983 do CPC/15³⁰⁹ para que estes sujeitos se manifestem. Conforme a autora alarmou, a forma da contagem do referido prazo não se atenta ao fato de que os “sujeitos sobrestados” provavelmente não terão ciência acerca do IRDR tão logo se dê sua instauração, mas sim quando seus próprios processos individuais forem suspensos. Desse modo, dificilmente os “sujeitos sobrestados” conseguiriam cumprir tempestivamente o prazo de quinze dias a partir da admissão do IRDR para requererem sua participação.³¹⁰ Assim, com vistas a preservar o contraditório e o esgotamento do debate, sugere-se que os “sujeitos sobrestados” tenham sua participação possibilitada mesmo após o escoamento do referido prazo – desde que sejam capazes de apresentar novos argumentos ou argumentos com mais qualidade.

Há, ainda, uma outra questão que deve ser objeto de atenção: os sujeitos ausentes, que são aqueles sujeitos que não tinham uma ação em curso à época da instauração e julgamento do IRDR, mas que virão a sofrer os efeitos da tese jurídica firmada, já que esta produzirá efeitos nos casos futuros.

Mais uma vez, o fato de a parte não ter a oportunidade de apresentar seus argumentos diretamente no julgamento do IRDR não será um problema, pois a delimitação do contraditório se dará na sua concepção de direito de influência, como já destacado. Assim, com a atuação dos outros sujeitos que participarão do IRDR, os “sujeitos ausentes” terão tido a oportunidade de ter seus argumentos considerados no julgamento, ainda que não tenham tido a oportunidade de aduzi-los diretamente.³¹¹

Com efeito, o Legislador já previu diversas formas de ampliação do contraditório no julgamento do IRDR que permitirão o esgotamento do debate, bem como que os mais variados pontos de vista sejam aduzidos para a formação de uma tese jurídica.

ou não chegue a propor a demanda, o que, aliás, não chega a ser uma espécie de exclusão, mas se assemelha mais à renúncia à prestação jurisdicional). A vinculação é pressuposto necessário do sistema, de modo que se justifica a participação dos sobrestados nos espaços em que os sujeitos condutores não tenham atuado satisfatoriamente.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 201)

³⁰⁹Art. 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.

³¹⁰GUEDES, *op. cit.*, p. 756.

³¹¹Como já se ressaltou, argumentos não analisados podem ser suscitados como distinguishing ou mesmo para suscitar a necessidade de revisão da tese jurídica.

Nesse contexto, a designação de audiências públicas, participação do Ministério Público, Defensoria Pública e *amicus curiae* desempenhará papel fundamental para que haja, de certa forma, a representação dos interesses daqueles que não terão nem ao menos a possibilidade de participar do debate que se formará em torno do IRDR, e cumprirá função essencial na ampliação do debate para a fixação da tese jurídica, em especial para conferir legitimidade democrática à tese jurídica quando esta produzir seus efeitos para os “sujeitos ausentes”.

Com efeito, as audiências públicas funcionam como mecanismo que permite aos indivíduos se inserirem no debate de tomada de decisões estatais, a partir da ideia de democracia deliberativa.³¹² A realização de audiências públicas permitirá que diversos sujeitos participem, inclusive eventuais “sujeitos ausentes”, quando terão a oportunidade de apresentar diversos prismas para consideração dos julgadores. Essas audiências ainda auxiliarão para a identificação das divergências que podem existir dentro de um mesmo grupo e compreensão da questão jurídica como um todo.³¹³

A publicidade quanto à designação da audiência pública é crucial para que esta cumpra sua função de abertura do debate, de forma que as mesmas sugestões feitas no item 3.2.1. podem ser aplicadas quanto à designação das audiências públicas.³¹⁴

Como se trata de ato processual que envolverá a participação de diversos indivíduos, além de visar a ampliação do debate, considera-se importante que os argumentos e perspectivas apresentados durante a realização das audiências públicas constem em ata ou que esta seja gravada.³¹⁵

³¹²CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 6, p. 41-42, 2007.

³¹³“Por conseguinte, a audiência pública contribui para a conscientização dos problemas da comunidade pelo indivíduo e ainda cumpre papel legitimante da ação administrativa, quando realiza o ideal rousseauiano de fazer convergir a vontade administrativa com a vontade geral da comunidade. [...] Cabe frisar que não só o consenso é objetivado na audiência pública, tendo também o dissenso preciosa valia. Isso porque os institutos de consulta pública se inserem na abertura do cânone interpretativo do princípio do contraditório como direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo, sendo esse o primeiro grande efeito processual da audiência que procuraremos aqui ressaltar” (CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 6, p. 44-45, 2007).

³¹⁴CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 6, p. 46, 2007.

³¹⁵Em sentido semelhante, ao tratar de audiências públicas designadas para tomada de decisões pela Administração Pública: “Após a audiência, é de bom alvitre haver a publicação das conclusões que a autoridade administrativa extraiu dos trabalhos, atendendo-se, portanto, ao dever de atenção, corolário do princípio do contraditório. Assim determina, por exemplo, o art. 34 da Lei n. 9.784/1999.” (CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 6, p. 47, 2007).

3.2.4 O Ministério Público e a defesa do direito objetivo

Como visto, os sujeitos condutores e os sujeitos sobrestados, atuarão no IRDR na defesa de seus interesses subjetivos. Não se descarta (e nem se deve descartar) a relevante contribuição desses sujeitos para a definição da tese jurídica, mas é necessário se ter em mente que esses sujeitos atuarão de forma parcial, pois tentarão fazer prevalecer os seus respectivos interesses. Isso porque, ainda que o IRDR vise a tutela do direito objetivo, a atuação dos “sujeitos condutores” e dos “sujeitos sobrestados” muitas vezes será com a finalidade de tutelar o seu respectivo interesse, pois sabem que, ao final, a tese fixada será aplicada aos seus casos.

Contudo, há sujeitos processuais cuja atuação não se pauta nos direitos subjetivos, mas sim na defesa do direito objetivo, no que se pode denominar de interesse público.³¹⁶ O Ministério Público desempenha um papel essencial na defesa do direito objetivo, pois se trata de um sujeito processual “desinteressado”³¹⁷, que atua na defesa de um “interesse institucional”, caracterizado pela transcendência do plano individual e que, assim, se afasta dos interesses subjetivos objeto das ações que deram origem à instauração do IRDR para ir ao encontro do coletivo e do social.³¹⁸

A função institucional de defesa da ordem jurídica atribuída ao Ministério Público pelo artigo 127, *caput*, da CRFB/88³¹⁹ confere ao mesmo uma atuação desinteressada e a importância de sua atuação no IRDR é refletida pelas funções que o legislador lhe atribuiu. Além de ter legitimidade para suscitar a instauração do IRDR,³²⁰ e ter o dever de assumir o IRDR caso a parte do processo paradigma desista de seu processo,³²¹ o Ministério Público também deverá ser intimado para manifestação, nos termos do art. 982, III, do CPC/15.³²² Tal

³¹⁶CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, ano 105, vol. 404, p. 10-11, (texto também disponível na internet, no seguinte endereço: https://www.academia.edu/1094320/Despolariza%C3%A7%C3%A3o_do_processo_e_zonas_de_interesse).

³¹⁷CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, ano 105, vol. 404, p. 10-11, (texto também disponível na internet, no seguinte endereço: https://www.academia.edu/1094320/Despolariza%C3%A7%C3%A3o_do_processo_e_zonas_de_interesse).

³¹⁸ DIDIER JR, Fredie ; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 776-777.

³¹⁹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

³²⁰ Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: [...] III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

³²¹ Art. 976, § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

³²² Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

intimação é um dever, pois permitirá a ampliação do contraditório que se formará em torno da questão jurídica controvertida.³²³

Seja na qualidade de parte que requereu a instauração do incidente, de substituto da parte que abandonou o processo que deu origem ao IRDR, ou ao se manifestar após intimação do relator, o Ministério Público, enquanto protetor da ordem jurídica, não deverá tentar que seja fixada uma tese favorável a um ou a outro. A atuação do Ministério Público deverá se pautar pela correta aplicação do direito objetivo e, por isso, sua atuação será enriquecedora e permeará o debate em torno da questão jurídica com argumentos que não se voltarão intencionalmente à defesa dos interesses de uns ou de outros.

A atuação do Ministério Público, em especial na posição de quem suscita o IRDR, é de suma importância para o bom funcionamento do referido instituto processual, com vias a dar maior racionalidade às decisões judiciais, mas sem que os juízes se deixem influenciar por um forte *lobby* que os litigantes habituais exercerão durante o julgamento do IRDR. O Ministério Público funcionará, pois, como importante contrapeso na balança de interesses que estarão afetos ao julgamento dos incidentes.

Como já se ressaltou, o litigante habitual pode não ter interesse em submeter a questão jurídica a julgamento por meio do incidente e, por outro lado, o litigante eventual pode também não ter tal interesse, seja porque não se considera preparado para enfrentar procedimento desta proporção, seja porque não tem interesse em que a resolução da sua demanda seja postergada em decorrência do julgamento da questão jurídica.

A atuação do Ministério Público, portanto, colabora para a ampliação do acesso à justiça, pois se trata de atuação desinteressada, com vias a proteger o ordenamento jurídico e que, no caso de ter gerado o reconhecimento da existência de um direito, terá sido crucial para a ampliação do debate em favor da parte que, usualmente, é a mais fraca. Por outro lado, no caso de ter gerado o reconhecimento de inexistência de um direito, permitirá o desafogamento do Poder Judiciário, gerando um melhor fluxo de trabalho para os tribunais e, por consequência, ao jurisdicionado.

[...] III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

³²³ “[...] O Ministério Público será necessariamente intimado, cabendo-lhe o juízo quanto à necessidade de intervenção. É o que se depreende da expressão “querendo”. Este cuidado, assim como todos que a lei tomou em torno da decisão do incidente, têm como razão de ser o fato de que a decisão, neste contexto gerada, tem efeitos que extrapolam o processo em que o incidente for gerado e vinculantes. A intimação do Ministério Público proporciona o que a doutrina tem chamado de “contraditório institucional”, que é, no fundo, contraditório com a própria sociedade [...]” (ALVIM, Teresa Arruda et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1405).

3.2.5 A Defensoria Pública

O Legislador atribuiu à Defensoria Pública legitimidade para o pedido de instauração do IRDR, na forma do art. 977, inciso III, do CPC/15.³²⁴ A atuação do referido órgão, no entanto, não se esgota em sua legitimidade para requerer a instauração do IRDR, pois também poderá intervir ao longo do julgamento com a finalidade de auxiliar na instrução do incidente. Nesse sentido, a Defensoria Pública poderá atuar não apenas para o requerimento de instauração do incidente, como também poderá participar na condição de “sujeito sobrestado” ou até mesmo como *amicus curiae*, atuações que serão pautadas por sua missão constitucional.³²⁵ A atuação deste órgão acaba por ser mais restrita que a do Ministério Público, já que este atua na defesa da ordem jurídica, enquanto a Defensoria Pública se pauta na defesa dos vulneráveis,³²⁶ pois deve se pautar em atenção à sua atribuição constitucional,³²⁷ de forma que, quando o IRDR tiver como objeto interesses de necessitados, a Defensoria Pública deverá atuar.³²⁸

Mais uma vez, o fato de a tese jurídica afetar um sem-número de pessoas que não tiveram a possibilidade de participação direta no julgamento do IRDR torna desejável que a Defensoria Pública atue, pois sua participação será um mecanismo importante para a representação dos interesses dos ausentes, em especial daqueles cujos interesses são classificados como vulneráveis.³²⁹

³²⁴Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

³²⁵TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 216.

³²⁶TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 216-217.

No mesmo sentido, José Roberto Mello Porto: “Em todas essas manifestações, exemplificativas, existe diferença essencial em relação com o atuar ministerial como *custos legis et iuris*: enquanto este é marcado por elementos objetivos, preocupado com a ordem jurídica, a Defensoria se pauta por elementos subjetivos, decorrentes dos vulneráveis envolvidos de maneira mais ou menos direta com a matéria posta em juízo” (MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. *Defensoria Pública na Tutela Coletiva: legitimidade ativa e intervenção como custos vulnerabilis*. In: Marcelo Mazzola; Natália Ribeiro. (Org.) **Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na Advocacia**. 1ª. ed. Londrina: Thoth, 2021, p. 266-267).

³²⁷Art. 134 da CRFB/88. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

³²⁸CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 193, 2011, p. 255-279.

³²⁹Nesse sentido, é a lição de José Roberto Mello Porto: “[...] sempre que os direitos tutelados no processo justificarem a atuação da Defensoria Pública no contraditório, deve ser admitida sua intervenção enquanto fiscal de tais direitos vulneráveis, o que é especialmente relevante em procedimentos formadores de precedentes e em

Vale lembrar que, pela natureza repetitiva do IRDR, será muito comum que litigantes habituais estejam presentes no julgamento desses institutos e, como tais, estarão munidos de um aparato jurídico que será, em princípio, mais forte,³³⁰ com advogados bem qualificados e preparados para sustentar a fixação de uma tese jurídica que favoreça esses litigantes habituais.³³¹ Nesse sentido, a participação da Defensoria Pública terá papel crucial para o equilíbrio dos interesses, bem como para a “paridade de armas” entre os interesses que estarão em contraposição durante a instrução e julgamento do IRDR.

Não é à toa que a noção de *custus vulnerabilis* surgiu para justificar a intervenção da Defensoria Pública como “guarda ou fiscal dos direitos dos vulneráveis”³³². Sobre o tema, Maurilio Maia esclareceu que “a intervenção defensorial de ‘custos vulnerabilis’ surge em prol interesse constitucional da carreira e com especial força voltada à formação precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos, amplificando contraditório nesse sentido”³³³.

Por isso, sempre que o IRDR versar sobre direito do consumidor, recomenda-se a participação da Defensoria Pública. O mesmo se aplica aos IRDR’s instaurados que versem sobre matéria criminal, tendo em vista a natureza dos direitos envolvidos nesta área, assim

demandas coletivas, especialmente as estruturais” (MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Defensoria Pública na Tutela Coletiva: legitimidade ativa e intervenção como custos vulnerabilis. In: Marcelo Mazzola; Natália Ribeiro. (Org).. **Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na Advocacia**. 1ª. ed.Londrina: Thoth, 2021, p. 266-267).

³³⁰“Como o IRDR destina-se, primordialmente, à uniformização do entendimento jurídico dos tribunais em questões repetitivas que afetem uma multiplicidade de processos, ele tem como destinatário principal as demandas de massa, que se repetem nos tribunais brasileiros. As demandas de massa são aquelas que habitualmente têm em um dos polos um mesmo litigante (o Poder Público, as instituições financeiras, as concessionárias de serviços públicos etc.) e de outro cidadão/consumidor/contribuinte individual, e cujas postulações são semelhantes, ou envolvem a mesma tese jurídica. Essas demandas já contêm, estruturalmente, um grande desequilíbrio entre as partes em conflito, pois tem-se de um lado um litigante habitual, que, além de ser grande organização, possui uma enorme base de processos repetidos, e de outro o litigante eventual, não habituado a demandas judiciais e sem grande estrutura para conduzi-las. Nesse contexto, o litigante habitual possui uma série de vantagens processuais decorrentes de sua posição.” (GUEDES, *op. cit.*, p. 749).

³³¹CHAVES, Guilherme Veiga. Estudo do "Caso Planaltina", o IRDR sem representante dos ausentes, transformado em recurso especial repetitivo sem contraditório. **Migalhas**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/345335/o-irdr-sem-representante-dos-ausentes-transformado-em-resp-repetitivo>> Acesso em: 14 jun. 2021.

³³²“Para além da atuação da Defensoria Pública como legitimada coletiva, o ordenamento autoriza sua intervenção institucional em outro papel: o de guarda ou fiscal dos vulneráveis (custos vulnerabilis) ou fiscal dos direitos dos vulneráveis. Trata-se de específica espécie de atuação, não na representação direta dos assistidos, mas enquanto instituição. A figura jurídica nasce, analogicamente, do papel do Ministério Público, enquanto fiscal do ordenamento jurídico (custos legis), permitindo a equiparação de ambas as instituições constitucionais permanentes” (MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Defensoria Pública na Tutela Coletiva: legitimidade ativa e intervenção como custos vulnerabilis. In: Marcelo Mazzola; Natália Ribeiro. (Org).. **Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na Advocacia**. 1ª. ed.Londrina: Thoth, 2021, v. , p. 265-266).

³³³MAIA, Maurilio Casas. O Ministério Público e a Defensoria Pública como intervenientes constitucionais autônomos no IRDR: sobre as legitimidades institucionais de Custos Iuris, de Custos Vulnerabilis e de Amicus Communitatis. In: PORTO, José Roberto Mello; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Org).. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panoramas e Perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 571.

como em qualquer incidente cuja controvérsia jurídica envolva direitos de partes presumidamente vulneráveis.³³⁴

Quanto à possibilidade de intervenção da Defensoria Pública para além do pedido de instauração do IRDR, Sofia Temer abriu duas possibilidades: a intervenção da Defensoria Pública como “sujeito sobrestado” e como *amicus curiae* quando se estiver diante de direito de vulnerável³³⁵.

Maurilio Maia, por seu turno, defende que a classificação da intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae* não se atenta às peculiaridades da atuação do referido órgão. Isso porque, mais do que “amiga da corte”, a Defensoria Pública estaria voltada a ser “amiga da comunidade vulnerável”. Segundo o autor, a atuação da Defensoria Pública em atenção à sua missão constitucional seria incompatível com a função de *amicus curiae*, em especial porque em determinados procedimentos, a atuação do *amicus curiae* é limitada, por exemplo, no que tange à legitimidade recursal (em que pese o próprio autor ressaltar que, no IRDR, não há limitação de interposição de recurso para o *amicus curiae*).³³⁶

O referido autor adverte que é possível que, dentro de um mesmo grupo de vulneráveis, haja divergências internas, e sustenta que a Defensoria Pública deve atuar a defender cada um desses interesses no IRDR, de forma que seria necessário admitir a intervenção de tantos defensores públicos quantos fossem o número de subgrupos divergentes cujos interesses devem ser resguardados na formação da tese jurídica.³³⁷ Nesse sentido, o autor defende que a Defensoria Pública poderá atuar tanto como *custos vulnerabilis*, quanto como *amicus communitatis*:

[...] enquanto a intervenção de Custos Vulnerabilis representa uma busca harmonizadora dos vulneráveis em uma manifestação institucional do interesse da

³³⁴ “[...] a Defensoria poderá atuar em IRDRs em que a questão de direito, apesar de abstratamente considerada tenha sido (ou possa ser) extraída de demandas em que esteja presente o signo da vulnerabilidade, nas quais, portanto, seria lícita sua atuação” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 215).

³³⁵ “Com efeito, a Defensoria poderá atuar no IRDR, além do pedido de instauração (para o qual lhe foi atribuída uma legitimidade específica), desde que seja caracterizada como sujeito sobrestado, ou que atue como *amicus curiae* caso demonstre a existência de interesse institucional para o caso específico. A Defensoria, então, não possui necessariamente as mesmas possibilidades de atuação do que o Ministério Público nos atos de instrução e julgamento porque não recebe esta atribuição autônoma, de modo que sua atuação se assemelha à dos demais sujeitos já analisados, devendo, ainda, sempre atender suas finalidades constitucionais. A Defensoria pode atuar, a nosso ver, como *custos vulnerabilis*, ou seja, como fiscal dos vulneráveis, tese defendida pela doutrina e encampada pelo STJ” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 216).

³³⁶ I, p. 576-577.

³³⁷ “Tratando-se de grupos hipossuficientes desorganizados, a possibilidade de representação postulatória por advogado ou defensor público é dificultosa. Nesse ponto a Defensoria Pública deve assumir seu papel constitucional de “expressão e instrumento do regime democrático” e garantir a manifestação de cada grupo abrangido pela manifestação institucional (*custos vulnerabilis*) apaziguadora das vulneráveis. Cada novo grupo desorganizado distinto terá defensor público distinto sendo indicado como “Defensoria Pública-Amicus Communitatis do grupo X e assim por diante.” (MAIA, *op. cit.*, p. 576-578).

Defensoria Pública em prol dos necessitados e dos direitos humanos, a possibilidade de conflito de interesses poderá ensejar novas intervenções em favor de interesses de outras comunidades que, em razão do pluralismo democrático, não foram alcançadas pela sobredita manifestação institucional da Defensoria Pública - a esta última intervenção denomina-se *amicus communitatis on communitatis*.

Portanto, todos os interesses dos grupos vulneráveis, mesmo quando antagônicos, receberão paritário padrão defensivo do Estado Defensor perante o Poder Judiciário e mesmo fora dele (atuação extrajudicial).

Por outro lado, grupos organizados - porém hipossuficientes econômicos - poderão atuar por meio de defensor público enquanto representante postulatório do mesmo modo que os grupos autossuficientes financeiramente poderão ar por meio de representante postulatório (advogado). Em tais casos, a figura *Amicus Curiae* parece mais adequada e isonômica em face da menor vulnerabilidade em relação aos grupos socialmente desorganizados - mas em tais situações o defensor público atuaria como representante postulatório e não em legitimidade institucional.

Não se desconhece que, tradicionalmente, a Defensoria Pública vem sendo admitida enquanto *Amicus Curiae* pelo STF e STJ". Todavia, além de o tema demandar estudo específico, ressalta-se que a função de *Amicus Curiae* possui limitações incompatíveis com a integralidade da assistência jurídica (LXXIV, art. 5º CRFB) preconizada constitucionalmente, tais como a limitação de recorribilidade. Oportunamente, saliente-se que no caso do IRDR, embora inexista a referida limitação recursal, a quantidade de interesses comunitários divergentes e o intuito harmonizador dos vulneráveis em colisão pelo *Custos vulnerabilis* não cabem em uma manifestação defensorial única de *Amicus Curiae* havendo insuficiência constitucional na figura de amigo da corte diante da eventual pluralidade de interesses destinados à proteção defensorial, a qual deve ser superada pelo inc. V do art. 4º-A da LC n. 80/1994, caso ocorra em um IRDR suscitado em um tribunal.

Portanto, posiciona-se no sentido de que a Defensoria Pública, no IRDR deverá assumir o papel de *Custos Vulnerabilis* - em prol de sua essencialidade ao S tema de Justiça -, e, em caso de conflitos de interesse com outros grupos hipossuficientes desorganizados, deve existir outra manifestação em favor da comunidade divergente (*Amicus Communitatis*), aplicando-se o inc. V do art. 4º-A de LC n. 80/1994. Por outro lado, grupos organizados e hipossuficientes, de menor vulnerabilidade social, poderão falar por si enquanto *Amicus Curiae* e através de um defensor público na condição de representante postulatório, caso não tenham condições de constituir um advogado.³³⁸

A ideia de que todos os interesses de subgrupos presumidamente vulneráveis sejam representados quando conflitantes se alinha ao que já se defendeu neste estudo. No entanto, mais do que classificar a modalidade interventiva da Defensoria Pública, o objetivo deste estudo é analisar a delimitação do contraditório no IRDR, em especial a partir da participação dos mais variados sujeitos que nele intervirem. Assim, a análise da modalidade interventiva foge à preocupação deste trabalho e, com isso, não será discutida, principalmente porque seria necessário aprofundar-se no tema das modalidades de intervenção. O que importa para fins deste estudo é a representação dos interesses daqueles que serão afetados pela formação da tese jurídica, para conferir legitimidade democrática à mesma e, também, para que o IRDR cumpra seu papel de mecanismo de gestão e instrumento apto a conferir isonomia e estabilidade ao sistema jurídico brasileiro.

³³⁸*Ibidem*, p. 577-578.

No entanto, a participação da Defensoria Pública no IRDR, em especial quando se estiver diante da existência de conflitos dentro de um mesmo grupo, também deve ser orientada pelos filtros expostos no item 3.1, de forma que a participação de mais de um defensor público também deve passar pela análise de contribuição argumentativa do mesmo, seja para contribuir com um novo argumento ou dado, seja para aprofundar um argumento já aduzido, permitindo o esgotamento do debate.

3.2.6 O *amicus curiae* e sua relevante contribuição ao debate

O *amicus curiae* “é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes”³³⁹ e seu surgimento remonta ao direito romano, apesar de ter sido nos Estados Unidos da América onde o instituto teve seu desenvolvimento. Como o modelo do *stare decisis* permite que um processo individual tenha repercussão em um sem-número de interesses e demandas, houve a necessidade de se criar um sujeito processual capaz de representar, em juízo, diversos setores sociais.³⁴⁰

No direito brasileiro, há autores que identificam traços da existência do *amicus curiae* desde o Brasil Império e, mais tarde, é possível verificar a previsão do instituto no art. 31 da Lei 6385/76, que estipulou a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos que tenham como objeto assuntos que se incluem nas atribuições fiscalizadoras do referido órgão, no âmbito administrativo. A figura do *amicus curiae* também é verificada na

³³⁹TALAMINI, Eduardo. In.: TALAMINI, Eduardo; Alvim, Teresa (Org.); DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.); DANTAS, Bruno. (Org).. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1ª. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, versão digital, p. 385.

³⁴⁰“A expressão latina *amicus curiae* significa ‘amigo da Corte’ (friend of the court ou Freund des Gerichts). As origens do instituto do *amicus curiae* remontam ao direito romano segundo alguns autores, mas foi certamente no direito norte-americano que a figura interventiva desenvolveu-se. 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 a 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. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 12).

Lei nº 8197/91 e na Lei nº 8.884/94, que previam a intervenção da União Federal e do CADE, respectivamente, em determinados casos.³⁴¹

Foi no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade que essa figura processual teve sua ascensão, no qual sua admissibilidade advém da ideia de democracia deliberativa e participativa, a partir da noção de pluralismo social.³⁴² Foi nessa concepção publicística que houve uma crescente preocupação com a figura do *amicus curiae* no âmbito do direito processual, pois se faz necessário que o processo represente um cenário de debate público.³⁴³

Muito se discutiu a respeito de como se dava a atuação do *amicus curiae*, bem como quais seriam os interesses motivadores de tal sujeito processual. Questionava-se se o “amigo da corte” seria um sujeito desinteressado e até que ponto a existência de um interesse, ainda que indireto, impossibilitaria sua atuação. A evolução doutrinária permitiu que se admitisse que o *amicus curiae* pode, sim, ter algum interesse na demanda em que atuará.

Ao tratar sobre a figura, Eduardo Talamini realizou distinção do *amicus curiae* em relação às demais modalidades de intervenção de terceiros, na medida em que o *amicus curiae* não assume a figura de parte e sua intervenção está desvinculada do interesse jurídico relativo a eventual vitória de uma das partes.³⁴⁴ O autor também distinguiu a figura do *amicus curiae* do perito do juízo e da testemunha, que atuam no auxílio de questão técnica ao juízo e com o

³⁴¹CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 13-14.

³⁴²“No Brasil, o instituto do *amicus curiae* foi recentemente consagrado nos processos de controle de constitucionalidade pela Lei 9.868/1999, permitindo uma efetiva manifestação social acerca das questões constitucionais, com a possível realização de audiências públicas, oitivas de peritos, apresentação de memoriais etc. Sua admissibilidade nos processos em que se desenvolve jurisdição constitucional decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da extensão do conceito de intérprete da Constituição.” (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 13).

³⁴³“No campo do direito processual, a progressiva referência e preocupação com o *amicus curiae* é devida à concepção publicista da jurisdição que dominou a doutrina, nos últimos tempos. Admitindo o processo como ramo do direito público, identifica-se no exercício da jurisdição a busca do Estado em realizar objetivos que são seus e que precedem os interesses das partes envolvidas: objetivos sociais – educação social e pacificação de conflitos – e políticos, no sentido de preservar as liberdades públicas, afirmar o poder estatal e assegurar a participação popular por meio do processo.” (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 10).

³⁴⁴“Diferentemente da assistência litisconsorcial, do chamamento, da oposição e da intervenção acarretada pela desconsideração de personalidade jurídica, o *amicus curiae* não assume a condição de parte. Diferentemente da assistência simples, a intervenção do *amicus* não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes” (TALAMINI, Eduardo. In.: TALAMINI, Eduardo; Alvim, Teresa (Org.); DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.); DANTAS, Bruno. (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1ª. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, versão digital, p. 385).

depoimento de fatos relevantes, respectivamente, enquanto a atuação do *amicus curiae* é voltada ao fornecimento de subsídios ao julgador.³⁴⁵

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, afirma que o *amicus curiae* tem um interesse institucional, que transcende o interesse individual das partes e que justifica sua intervenção em determinadas ações.³⁴⁶ Nesse sentido, o autor entende que a figura do *amicus curiae* deve ser imparcial e sua atuação deve se aproximar das funções exercidas pelo Ministério Público, enquanto *custos legis*, e ao perito. Dessa forma, Cassio Scarpinella Bueno entende que o *amicus curiae* não tem, nem pode ter, um interesse “seu” na causa que possa desviá-lo da consecução de suas próprias finalidades, que é fornecer elementos para o proferimento de uma decisão melhor.

Ao tratar dessa figura processual, Cabral adotou entendimento intermediário e afirmou que o interesse do *amicus curiae* no litígio decorre do direito à participação no processo e, assim, é reflexo ou mediato,³⁴⁷ característica que diferencia o *amicus curiae* dos intervenientes típicos, que precisam demonstrar interesse jurídico na demanda a fim de que a intervenção seja admitida.

O CPC/15 apresentou dupla inovação ao prever regra geral de participação do *amicus curiae* em processos de jurisdição ordinária e mudar a justificativa do instituto. Com relação à segunda inovação, o legislador trouxe a exigência de que o *amicus curiae* tenha a capacidade

³⁴⁵“O *amicus* também não é um auxiliar do juízo nem é equiparável a terceiros que prestam colaboração instrutória pontual no processo. Sob esse aspecto, o CPC/2015 claramente tomou uma posição, ao incluí-lo entre os terceiros intervenientes. Sua posição é inconfundível com a do perito (que auxilia o juiz com conhecimentos técnicos extrajurídicos para o fim probatório, ou seja, para reconstruir fatos pretéritos) e a da testemunha (que depõe sobre fatos relevantes para a causa acerca dos quais teve alguma percepção sensorial). Já o auxílio que o *amicus curiae* pode prestar ao juiz, por um lado, abrange inclusive e especialmente subsídios técnicos jurídicos (embora também possa envolver informações técnicas de outras áreas, relevantes para os dados jurídicos). Por outro, ele não irá investigar, para o juiz, os fatos da causa.” (TALAMINI, Eduardo. In.: TALAMINI, Eduardo; Alvim, Teresa (Org.); DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.); DANTAS, Bruno. (Org).. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1ª. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, versão digital, p. 385-386).

³⁴⁶ “O interesse institucional, destarte, traço característico, típico, do *amicus curiae*, é que plasma toda sorte de poderes e deveres processuais do *amicus curiae*; é ele que dá o norte da sua própria razão de ser, de ingressar e de agir em juízo. Da mesma forma, no processo civil tradicional, é a maior ou a menor intensidade do interesse jurídico que define se, quando e como pode o terceiro intervir e atuar em processo alheio. O interesse institucional, destarte, tem o condão de dar rendimento à temática relacionada ao *amicus curiae*, colocando em relevo a intensidade e a qualidade do que o move para dentro do processo e que define o seu agir, a sua ‘função processual’. O ‘ser’ *amicus curiae*, destarte, só tem sentido dessa perspectiva de análise. É esse seu interesse que o distingue dos demais sujeitos do processo, dos demais terceiros, de todos aqueles que, a qualquer título, podem pretender intervir em processo alheio. O seu interesse, por definição, sobrepassa o das partes”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 517).

³⁴⁷“O *amicus curiae*, uma vez admitida sua manifestação, não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo. Não há interesse em integrar a relação processual, vez que o título executivo que porventura seja formado não incluirá o amigo da Corte, pelo que, neste particular, seu interesse é reflexo ou mediato. [...] Por outro lado, nada impede que o amigo da Corte tenha um interesse, mesmo que indireto reflexo, meramente econômico, no deslinde do processo, o que modernamente vem sendo observado em alguns países. Todavia, a existência deste interesse ou sua qualificação como ‘jurídico’ não é requisito para a intervenção do *amicus curiae*.”.(CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 18-19).

de incrementar o debate.³⁴⁸ O *amicus curiae*, então, assume a função de cooperar e colaborar com o juiz.³⁴⁹

O Código de Processo Civil ainda dispôs que o *amicus curiae* deve ter “representatividade adequada”. A previsão legal acompanhou o entendimento que já havia sido firmado na jurisprudência, todavia, trata-se de uma impropriedade, já que esse requisito tem origem nas *class actions* do direito estadunidense, que se justifica em razão do regime de vinculação daquele instituto.³⁵⁰ Como no Brasil o *amicus curiae* não age na qualidade de substituto processual, não há motivo que justifique tal exigência. Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a expressão “não exige que o *amicus curiae* seja o porta-voz de um grupo ou de um determinado segmento social, mas sim que tenha conhecimento e idoneidade para colaborar para o esclarecimento das questões em debate”³⁵¹.

Como já se ressaltou, os interesses subjetivos subjacentes ao IRDR serão tutelados, mas de forma secundária, já que as partes do processo de origem poderão atuar no processo de formação da tese jurídica. Os interessados participarão do julgamento do IRDR na defesa de

³⁴⁸“De qualquer modo, a expressão legal ‘especificidade do tema objeto da demanda’ mostra algo sobre o pressuposto de admissão da intervenção do *amicus curiae*: exige-se um exame sobre a potencial possibilidade que o *amicus* tenha de incrementar o debate com sua manifestação. Assim, conquanto não haja necessidade de demonstração de um interesse jurídico, e mesmo que em nossa opinião tampouco deva ser exigida ‘representatividade adequada’, aqui não há como fugir: o conteúdo da manifestação do amigo da corte deve ser apto a prestar uma relevante contribuição para a discussão. Trata-se de uma prognose sobre o potencial de influência que a manifestação do *amicus* pode emprestar ao debate. Nesse contexto, a expertise e o conhecimento técnico do *amicus* são fatores a serem analisados, que podem demonstrar ou indicar que suas manifestações têm potencial de influenciar o debate, incrementando e emprestando mais qualidade ao contraditório.” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao artigo 138. In: STRECK, Lênio; NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org).. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219).

³⁴⁹Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “[...] a natureza de sua atuação: cooperar e colaborar com o juiz, a quem compete solicitar ou admitir a presença, fixando-lhe os poderes.” (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 243).

³⁵⁰“Já nos manifestamos contrariamente à adoção desse critério para o *amicus curiae*.¹⁹ A representatividade adequada (*adequacy of representation*) é um requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem aptidão técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. Portanto, a representatividade adequada relaciona-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (*absent class members*) e que, diante da substituição processual, poderiam ser prejudicados pela atuação negligente da *representative party*. Nas ações coletivas, o requisito se justifica pelo perigo da representação inadequada que poderia levar aqueles que não participaram a sofrer os efeitos da coisa julgada. Mas a mesma lógica não existe para o *amicus*.” (CABRAL, Antonio do Passo. O *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 28, 2019, p. 285-303).

³⁵¹CARNEIRO, *op. cit.*, p. 244.

Em sentido semelhante: “Pois bem: a representatividade adequada do *amicus curiae* não é aquela exigida dos legitimados para as ações coletivas. É preciso aferir a capacidade e a idoneidade do sujeito – como, por exemplo, órgãos públicos especializados, pesquisadores de universidades reconhecidas, órgãos de classe – e, também, a existência de uma pertinência temática com o tema debatido. A representatividade do *amicus* exige tanto uma análise do objeto do incidente como de seus atributos subjetivos.” ((DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278).

seus próprios interesses, a fim de que, ao final, a tese jurídica aplicável às suas respectivas demandas individuais permita que saiam vencedores.³⁵²

O *amicus curiae* desempenhará um papel essencial na formação da tese jurídica, pois permitirá a ampliação do debate em torno da questão jurídica controvertida com um caráter mais técnico, de forma que sua participação no IRDR conferirá maior legitimidade democrática à tese jurídica.

O interesse institucional do *amicus curiae* se traduz justamente na contribuição que o sujeito dará ao debate, que poderá ser tanto de ordem técnica, como também com outros aspectos que poderão ser considerados pelos magistrados, de caráter econômico ou social, por exemplo.³⁵³ O acesso do tribunal a esse tipo de perspectiva é importante, inclusive, para que não seja formada uma tese jurídica que se mostre impraticável na prática, semelhante a um *subprecedent* “*slip slidin’ away*”, conforme mencionado no capítulo 2.

Como a atuação do *amicus curiae* se dá com o objetivo de ampliação do debate, e tendo em vista a economia processual, é recomendado que, ao apreciar o pedido de ingresso do *amicus curiae*, o magistrado verifique o potencial de influência dos argumentos que serão aduzidos pelo *amicus curiae*. Nesse sentido, se o *amicus* for contribuir com os mesmos dados e argumentos já levantados por um “sujeito condutor”, por exemplo, a princípio, não há motivos para admitir sua intervenção.³⁵⁴

Diante do papel que desempenha no processo de formação da tese jurídica, o entendimento de que o *amicus curiae* deve ser, necessariamente, um sujeito imparcial não parece ser o mais adequado. O ponto determinante na atuação do *amicus curiae* é a sua contribuição para o debate e, nesse sentido, ainda que o *amicus curiae* tenha interesse na tese jurídica que será firmada, sua intervenção deve ser admitida.

³⁵²“Por mais que o sujeito sobrestado não vá sofrer efeito direto da decisão em sua relação jurídica substancial por um suposto vínculo entre relações jurídicas substanciais, ele será afetado em sua esfera jurídica por ocasião da incorporação da tese ao julgamento de sua demanda, de modo que é como se a decisão proferida no IRDR estivesse sendo decidida em seu processo.”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 210).

³⁵³“Nestas intervenções não há propriamente um interesse jurídico, embora haja fundadas razões para permitir a participação no diálogo judicial, seja para apresentar informações técnicas, científicas, políticas ou sociais relacionadas à matéria decidida, seja para preservar indiretamente o erário público, seja para interferir na resolução de questões que afetem serviços públicos. Essa atuação, se é possível em processos que tutelem direitos subjetivos, é ainda mais justificada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas.”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 212).

³⁵⁴“Ademais, é razoável defender que também para o *amicus curiae* a participação deva ser aferida sob a perspectiva dos elementos que o sujeito pretenda trazer ao debate. Assim, deve ser verificada não só a pertinência em relação à questão debatida, mas também se se trata de elementos novos, o que será também um limitador para a atuação. Também aqui deve ser observado se o potencial de influência já foi exercido pela apresentação de argumentos idênticos.”. (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2022, p. 213).

Apesar de parte da doutrina conceituar o *amicus curiae* como um sujeito desinteressado³⁵⁵, essa visão foi posta em xeque por pesquisa realizada por Damares Medina, que, após analisar a influência do *amicus curiae* no processo decisório do STF, concluiu que existia “uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele adotado”³⁵⁶.

De todo modo, ainda que a atuação do *amicus curiae* não se dê de forma imparcial ou neutra, sua participação não implicará em prejuízo à formação da tese jurídica, desde que o *amicus curiae* seja capaz de ampliar o debate em torno daquela questão jurídica e trazer novos elementos à cognição do tribunal. Sua participação é desejável, na medida em que a atuação desse sujeito processual está intimamente ligada à concepção de democracia deliberativa e participativa, a partir da noção de pluralismo social, conforme já ressaltado.

Com efeito, quanto maior for a participação dos atores do processo, espera-se que o tribunal seja subsidiado da melhor forma para a formação da tese jurídica. O processo é uma atividade de sujeitos em cooperação e a coparticipação das partes na formação da decisão é uma exigência decorrente do contraditório.³⁵⁷ A dimensão participativa do contraditório fundamenta um peculiar requisito para a intervenção do *amicus curiae*: o conteúdo da manifestação deve ser apto a prestar uma relevante contribuição para a decisão.³⁵⁸ Por isso, a atuação do *amicus curiae*, ainda que seja de certa forma interessado, é recomendada.

³⁵⁵Por exemplo, Antônio do Passo Cabral em CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, ano 105, vol. 404, p. 22, (texto também disponível na internet, no seguinte endereço: <[https://www.academia.edu/1094320/ Despolarização_do_processo_e_zonas_de_interesse](https://www.academia.edu/1094320/Despolariza%C3%A7%C3%A3o_do_processo_e_zonas_de_interesse)>).

³⁵⁶MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou Amigo da parte?** Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2008 (Dissertação).

³⁵⁷“[...] a lide terá a solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado quanto maior for a participação dos atores do processo. O contraditório assume função ainda mais nobilitante: a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma decisão justa. O processo é ‘uma atividade de sujeitos em cooperação’ e a ‘co-participação’ das partes na formação do decisor é uma ‘exigência’ decorrente do princípio constitucional do contraditório.” (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 27).

³⁵⁸“Cabe destacar que esta dimensão participativa do contraditório fundamenta um peculiar requisito que alguns ordenamentos estabelecem para a intervenção do *amicus curiae*. Se não existe necessidade de demonstração de um interesse jurídico, o conteúdo da manifestação do amigo da Corte deve ser apto a prestar uma relevante contribuição para a decisão.” (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 29).

4 ANÁLISE DAS TESES JURÍDICAS FIRMADAS À LUZ DOS PARÂMETROS PROPOSTOS

Após a análise das premissas do IRDR, bem como dos parâmetros a serem observados no seu julgamento a fim de que a tese jurídica possa atingir os escopos do referido instituto, passar-se-á à análise de incidentes já julgados, em especial aqueles que foram afetados para revisão da tese jurídica firmada.

Como o instituto é recente, com apenas seis anos desde sua inclusão na prática dos operadores do direito, torna-se importante verificar as razões que levaram à possível revisão de tese em curto lapso, em especial por se tratar de um mecanismo de gestão do Poder Judiciário.

4.1 O Tema 02 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e sua revisão no Tema 35

O Tema 02 dos IRDR's do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) foi instaurado a partir do processo nº 1008985-34.2014.8.26.0071 cuja autuação se deu sob o nº 0038758-92.2016.8.26.0000³⁵⁹. Apesar de o site do TJ/SP indicar como requerente do IRDR a Sra. Jéssica Cardoso Pomin, o suscitante foi o Desembargador Paulo Barcellos Gatti da 4ª Câmara de Direito Público, relator dos embargos de divergência que haviam sido opostos pela autora contra o acórdão que, por maioria, havia dado parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu, a Fazenda Pública.

Na origem, trata-se de ação proposta por uma pessoa física, Jéssica Cardoso Pomin, representada pelo advogado José Carlos Capossi Junior, em face da Fazenda Pública. A autora alegou, em síntese, ter sido admitida em concurso destinado para o cargo de “Soldado PM Temporário” para a prestação do “Serviço Auxiliar Voluntário” para a Polícia Militar do Estado de São Paulo, conforme Lei nº 11.064/02. Segundo a autora, o contrato de duração de um ano foi prorrogado por mais um período, cujo término ocorreu em 13 de fevereiro de

³⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº. 0038758-92.2016.8.26.0000. Empregado Público / Temporário. Jéssica Cardoso Pomin versus Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Francisco Bianco. **Tribunal de Justiça Federal de São Paulo** (Turma Especial - Público). São Paulo, junho de 2020, p. 1 - 732.

2014. Contudo, os benefícios existentes na carreira de “Policial Efetivo”, como férias e décimo terceiro salário, não foram concedidos.

A autora alegou que, em que pese denominar-se a vaga de “Serviço Auxiliar Voluntário”, os requisitos para a caracterização da relação de trabalho foram preenchidos, de forma que era “empregado público temporário”, sujeito às mesmas regras dos funcionários efetivos”, tal como previsto no artigo 37, inc. IX, da CRFB/88. Por isso, sustentou a inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei nº 11.064/02, de 8 de março de 2002, que afirma que o “Serviço Auxiliar Voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim” (São Paulo (SP), 2002). A referida lei suprimiria os direitos do trabalhador e violaria o artigo 7º da CRFB/88, além de que as verbas pleiteadas pela suscitante são garantidas por meio do artigo 39, § 3º da CRFB/88.

Segundo a autora, o Órgão Especial do TJ/SP já havia declarado, de forma incidental, a inconstitucionalidade arguida pela suscitante, quando julgou o Incidente de Inconstitucionalidade de Lei nº 175.199-0/0-00, bem como que “a jurisprudência tange a favor da Requerente”³⁶⁰, além de que “o entendimento em tela é unânime”³⁶¹.

No dia 08 de junho de 2016, o Desembargador Paulo Barcellos Gatti requereu a admissão de IRDR, sob o fundamento de que os requisitos da estariam preenchidos, em especial porque havia ao menos três teses jurídicas no âmbito do TJ/SP para tratar da questão objeto da demanda sob análise. Isso porque, segundo o referido Desembargador, em que pese já existir decisão do Órgão Especial do TJ/SP a declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.064,02, os magistrados divergiam quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para fins de se reconhecer ou não o direito dos policiais ocupantes do cargo de “Serviço Auxiliar Voluntário” ao recebimento das verbas remuneratórias e vantagens típicas do cargo. As teses encontradas na jurisprudência eram:

A) aquelas em que se reconhece o vínculo empregatício público entre o Estado e o policial militar em caráter temporário, equiparando-o ao ocupante de cargo de provimento efetivo, concedendo-se tanto as verbas remuneratórias previstas no artigo 39, §3º, da CF, quanto típicas do regime estatutário (adicional de local de exercício, adicional de insalubridade, RETP), apostilando-se o tempo de serviço prestado, para fins de aposentadoria [...]

B) aquelas em que se reconhece tão somente o vínculo temporário (precário), determinando-se o pagamento apenas das respectivas vantagens remuneratórias constitucionalmente previstas (artigo 39, §3º, da CF), bem como o apostilamento do tempo de serviço para efeitos previdenciários. [...]

C) aquelas em que se conclui pela invalidade do contrato temporário celebrado entre as partes, tendo, com isso, o demandante direito apenas às respectivas contraprestações: [...]³⁶²

³⁶⁰*Ibidem.*, fl. 6

³⁶¹*Ibidem.*, fl. 6

³⁶²*Ibidem.*, fls. 218/219

Para comprovar a controvérsia, o referido Desembargador apresentou três acórdãos que se filiavam à primeira tese, dois que se filiavam a segunda tese e outros dois acórdãos para exemplificar a terceira tese, todos julgados em 2016.

Em 20 de julho de 2016, o IRDR³⁶³ foi distribuído para a Turma Especial da Seção de Direito Público do TJ/SP, sob a relatoria do Desembargador Coimbra Schmidt. No dia 26 de agosto de 2016, o referido órgão julgador admitiu o IRDR, com a determinação de suspensão de todos os processos em curso que “versarem sobre eventuais direitos de soldado temporário”³⁶⁴, bem como que o incidente fosse registrado no banco de dados daquele tribunal e sua instauração fosse informada ao CNJ para “ampla e específica divulgação e publicidade”³⁶⁵. No mais, determinou-se que a admissão do incidente fosse comunicada nos autos dos embargos infringentes que lhe deram origem e que o Ministério Público fosse intimado na forma do artigo 982, III, do CPC/15.

O acórdão apontou o preenchimento dos requisitos da efetiva multiplicidade de processos e do risco à isonomia e segurança jurídica a partir da existência de três teses no âmbito do TJ/SP que davam azo a decisões distintas. Quanto ao requisito da efetiva multiplicidade de processos, constou no acórdão que havia “elevado número de processos a este respeito em trâmite pela Justiça Paulista (fato facilmente constatável à vista do volume de decisões registradas na jurisprudência desta Corte, sem necessidade de rastreamento estatístico formal)”³⁶⁶. O acórdão que admitiu o IRDR não delimitou a questão jurídica objeto do julgamento do referido incidente.

Após a admissão, foram expedidos os ofícios necessários, bem como ofício à Procuradoria Geral de Justiça para ciência e à Presidência do TJ/SP. Esse ofício, no entanto, continha um erro, pois apontava que a autora da ação de origem era a suscitante do IRDR³⁶⁷ registra-se que o cadastro do tribunal indica a Sra. Jéssica Cardoso Pomin como “Requerente” dos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivos nº 0038758-92.2016.8.26.0000, em que pese a instauração tenha sido suscitada pelo Desembargador Relator dos embargos de divergência que deram origem ao referido incidente.

³⁶³*Ibidem.*, fl. 234

³⁶⁴*Ibidem.*, fl. 234

³⁶⁵ *Ibidem.*, fl. 234

³⁶⁶*Ibidem.*, fl. 7.

³⁶⁷ “Dirijo-me à elevada presença de Vossa Excelência para comunicar a admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas registrado sob nº 0038758-92.2016.8.26.0000, suscitado por JÉSSICA CARDOSO POMIN, nos autos de Ação Ordinária por ela proposta em face da Fazenda do Estado de São Paulo, e para solicitar dessa Egrégia Presidência as providências voltadas a dar a indispensável publicidade à citada decisão, conforme explicitado no v. Acórdão em anexo” (cf. *Ibidem.*, p. 248 dos autos do processo)

O Ministério Público manifestou sua ciência em 1º de setembro de 2016³⁶⁸ e, em resposta ao ofício recebido, o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos da Presidência notificou ter informado ao CNJ sobre a instauração do IRDR, assim como “todos os juízes, diretores e assistentes judiciários da Capital e do Interior, bem como aos NURER’s das assessorias das Presidências”. Também foi informada a publicação de comunicado no DJE e a disponibilização de um link na página inicial do site do TJ/SP que remetia “à ementa e decisão deste incidente”³⁶⁹.

A Procuradoria Geral de Justiça (PGE) opôs embargos de declaração contra o acórdão de admissibilidade do incidente, sob o fundamento de que havia omissão quanto ao artigo 976, § 4º do CPC/15 e à existência de pendência de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pelo STF no Tema 551. A PGE ainda ressaltou que um dos processos mencionados no acórdão de admissibilidade do incidente para comprovar a controvérsia existente foi sobrestado pela Presidência do TJSP quando do exame de admissibilidade do recurso extraordinário ali interposto sob o fundamento da repercussão geral reconhecida pelo STF no Tema 551, que se encontrava pendente de julgamento.³⁷⁰ Ato seguinte, a PGE foi intimada sobre a inclusão de seus embargos de declaração em pauta para julgamento em sessão que seria realizada em 11 de novembro de 2016. Não há notícias de intimação da autora da ação de origem, seja para apresentar contrarrazões aos embargos de declaração, seja para participar da sessão de julgamento, caso interessada.

Os embargos de declaração opostos pela PGE foram rejeitados sob o fundamento de que havia distinção entre o Tema 551 da repercussão geral do STF e do Tema 02 do IRDR do TJ/SP:

O tema deste incidente se refere aos direitos remuneratórios e previdenciários do Soldado Temporário, contratado para o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, na forma da Lei Estadual nº 11.064/02, e não na necessidade temporária de excepcional interesse público (inciso IX do artigo 37/CR), cujos parâmetros foram traçados pela Lei Federal nº 8.745, de 9.12.1993. A Lei Federal nº 10.029/2000 estabeleceu normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares, enquanto a Lei Estadual nº 11.064/02 tem por objetivo: proporcionar a ocupação, qualificação profissional e renda aos jovens que especifica, contribuindo para evitar o seu envolvimento em atividades anti-sociais; aumentar o contingente de policiais nas atividades diretamente ligadas à segurança da população (artigo 2º). A Lei Federal nº 8.745/93 considera necessidade temporária de excepcional interesse público a assistência a situações de calamidade pública; emergências em saúde pública; realização de recenseamentos e outras pesquisas efetuadas pela Fundação IBGE, admissão de professor substituto e professor visitante etc. (art.2º). Como se vê, uma trata de serviço voluntário, a outra de situações emergenciais, tendo como único ponto comum a temporariedade,

³⁶⁸*Ibidem.*, fl. 251.

³⁶⁹*Ibidem.*, fl. 253

³⁷⁰*Ibidem.*, fls. 254/257

prevista tanto na contratação do voluntário quanto naquela destinada a atender excepcional interesse público. [...] O que se verifica, na verdade, é que os temas são diversos, inexistindo repercussão geral específica sobre os direitos do contratado para prestar serviço voluntário que, frise-se, não é admitido com base no inciso IX, do artigo 37, da CR.³⁷¹

Em prosseguimento, o relator do incidente determinou, em fevereiro de 2017, que as partes e eventuais interessados se manifestassem na forma do artigo 983, *caput*, do CPC/15, bem como requisitou “ao CADIP elaboração de pesquisa qualitativa, indicativa das teses adotadas em cada uma das Câmaras desta Seção de Direito Público, competentes para conhecimento da matéria, com identificação dos precedentes, origem, relatoria e respectivas ementas”³⁷²

No dia 09 de março de 2017, a autora da ação de origem se manifestou pela primeira vez nos autos do IRDR a pedir a designação de audiência pública, bem como juntada de documentos “visando apanhar de diversas outras demandas detalhes que comprovam todo o alegado na exordial, ou seja, que o trabalho da Requerente, bem como de todo e qualquer outro Temporário sempre foi exatamente o mesmo exercido pelos efetivos”³⁷³. Dentre os documentos juntados, a autora destacou a “manifestação da banca TFM advocacia”. Em seguida, a autora mencionou ponto que não havia sido mencionado em sua ação até então: que os policiais temporários também recebiam porte de arma e que isso os colocava em “grau de risco imenso” e requereu a juntada de documento que comprovava que policiais temporários trabalhavam junto ao COPOM, destinado ao atendimento das ligações do serviço “190” da Polícia Militar, que pela complexidade deveriam ser atendidos por policiais efetivos. A referida manifestação, contudo, deixou de apresentar os argumentos jurídicos que foram aduzidos em sua petição inicial, por exemplo, e de explicar por qual motivo determinada tese deveria ser acolhida, em detrimento de outra.

A “manifestação da banca TFM advocacia” foi extraída do processo nº 1000297-46.2015.8.26.0266³⁷⁴, ajuizado por Eloíza Ribeiro Ramos em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, na qual propôs a instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência perante a 2ª Turma Cível e Criminal do Colégio Recursal do Itanhém, do TJ/SP. Na referida manifestação, os seguintes argumentos foram aduzidos: os suscitantes do referido incidente teriam realizado estudo analítico quanto aos entendimentos de todos os juízes relatores das quatro turmas da capital em intervalo de nove meses, tendo-se constatado

³⁷¹Cf. *Ibidem.*, fls. 263/266

³⁷²*Ibidem.*, fl. 271

³⁷³*Ibidem.*, fl. 279

³⁷⁴*Ibidem.*, fl. 378

que juízes relatores da 1ª Turma Recursal “consideram devidos aos Policiais Militares temporários os direitos de 13º, férias com adicional, Adicional de Insalubridade, Adicional de Local de Exercício e a averbação do serviço para todos os fins”. O entendimento da referida turma baseia-se na declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial do TJSP e, também, em razão da hierarquia do serviço militar à qual os temporários também estão sujeitos. O entendimento da 1ª Turma Recursal é partilhado pela 3ª Turma, com fundamento na natureza genérica do Adicional de Local de Exercício, na inconstitucionalidade da lei, bem como na prestação de serviços em condição equivalente e na ausência de comprovação de que algum servidor paradigma que não perceba o adicional de insalubridade. A 2ª Turma, por sua vez, conta com divergência interna, de forma que parte dos magistrados se alinha ao posicionamento da 1ª e da 3ª turma, enquanto parte se alinha parcialmente, na medida em que não reconhece o tempo de serviço, enquanto outra parte entende que são devidos apenas 13º salário e férias, sob o fundamento de que, para que os mesmos direitos fossem garantidos, a aprovação em concurso público era necessária, tal como a Constituição da República estabelece. Por fim, a 4ª Turma reconhece o direito de percepção do 13º salário e férias apenas, sob o fundamento de que as atividades exercidas eram meramente administrativas, de forma que não há como se falar em identidade de regimes jurídicos. De acordo com a suscitante, em que pese já existir a decisão proferida no incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0000006-51.2015.8.26.9000, no qual se reconheceu como devidos apenas os direitos de 13º salário e de férias aos Policiais Militares Temporários, a discussão precisa ser retomada porque se omitiu “parte da jurisprudência favorável à matéria dos Soldados Auxiliares Voluntários que é tratada pela 1ª Turma Recursal Cível da Capital”³⁷⁵, de forma que não teria retratado a divergência existente. Outro ponto argumentado foi que “questões fundamentais a adequada compreensão da lide” não foram analisadas, bem como que teria havido “inadequada atribuição de relatoria” e que a composição do órgão julgador “não possuíam afinidade com a matéria dos Soldados Temporários da Polícia Militar”³⁷⁶. Em seguida, tratou de aspectos eminentemente fáticos para afirmar que os policiais temporários exerciam as mesmas funções que os efetivos, bem como que, em razão do regime e da hierarquia, não conseguiam provar o alegado, de forma que dever-se-ia inverter o ônus probatório ou aplicar a teoria da redução do módulo da prova. Em seguida, passou a expor os motivos pelos quais o TJ/SP já havia declarado a inconstitucionalidade da lei em questão, que teria se dividido em três aspectos. O primeiro desses aspectos seria o de que a referida lei teria

³⁷⁵*Ibidem.*, fl. 378

³⁷⁶*Ibidem.*, fl. 379

criado “uma nova forma de admissão no serviço público, que não se encontra em consonância com o ordenamento pátrio”³⁷⁷, já que a regra geral é o concurso público. Outro ponto seria o de que os policiais militares temporários estariam a desenvolver “atividades de guarda e de quartel e de outras instalações estaduais”³⁷⁸, fora das funções inicialmente atribuídas aos mesmos, bem como a necessidade de respeito dos direitos sociais previstos na Constituição e que não podem ser reprimidos por meio de legislação infraconstitucional. Afirma, então, que esses três aspectos constituiriam “os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*” do referido incidente de inconstitucionalidade. Destacou, ainda, que no processo que deu origem ao referido incidente, o órgão julgador reconheceu que o policial militar temporário tinha direito a 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional, Adicional de Insalubridade, Adicional de Local de Exercício, bem como o registro do tempo de contribuição. Em continuação, afirmou que os soldados temporários fazem jus ao recebimento das referidas verbas porque (i) agiram de boa-fé, (ii) com base na Súmula 473 do STF, a inconstitucionalidade da lei em questão “não pode originar direito ao Estado em remunerar de modo indecente os Soldados Temporários”³⁷⁹, (iii) os serviços foram prestados, (iv) não se pede a equiparação dos temporários aos servidores públicos, mas apenas o reconhecimento do direito de percepção de gratificações *propter laborem*.

De volta ao IRDR 02 do TJ/SP, determinou-se a vista dos autos à PGJ para parecer, contudo, a mesma não se manifestou.³⁸⁰ Em seguida, o relator indeferiu o pedido de designação de audiência pública e determinou a juntada aos autos da pesquisa solicitada, além de vista à PGJ:

Indefiro o pedido de designação de audiência pública, porquanto desnecessário "ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria" na medida em que não se discute a respeito das condições mais ou menos estressantes das atividades a cargo dos policiais temporários, mas do enquadramento jurídico de seu peculiar regime. Isso, evidentemente, envolve questão exclusivamente de direito, tornar completamente dispensável a colaboração dos doutos que em tal ato haveriam de se manifestar.

Junte-se aos autos a pesquisa requisitada ao CADIP. À Procuradoria Geral de Justiça, ato contínuo.³⁸¹

A PGJ afirmou que seu prazo para manifestação não decorreu, tal como havia sido certificado nos autos e afirmou que “a intervenção do Parquet é obrigatória, consoante

³⁷⁷ *Ibidem.*, fl. 391

³⁷⁸ *Ibidem.*, fls. 391/392

³⁷⁹ *Ibidem.*, fl. 397

³⁸⁰ *Ibidem.*, fl. 413/414

³⁸¹ *Ibidem.*, fl. 415

expressa previsão do parágrafo 2º do artigo 976, do Código de Processo Civil”. A PGJ, então, delimitou a questão jurídica a ser analisada nos seguintes termos:

Debate-se nestes autos o reconhecimento do direito da autora à extensão dos mesmos direitos dos Policiais Militares quanto as verbas de natureza trabalhista, auferidas pelos Policiais Militares efetivos, consistentes em férias, terço constitucional, adicional de local de exercício, adicional de insalubridade, décimo terceiro salário, contribuição previdenciária, bem como outro benefício existente na mencionada carreira de Policial efetivo, vez que a atividade desempenhada junto a corporação era idêntica à do pessoal efetivo, sujeita que estava a escala na guarda armada, no serviço de atendimento COPOM, no trabalho em setores administrativos, na segurança de instalações, entre outras atividades próprias do pessoal efetivo.³⁸²

Em seguida, afirmou que a instauração do IRDR é devida, em razão da existência de “inúmeros casos”, que são resolvidos por “pronunciamentos [...] de toda sorte”, bem como que o d. acórdão acertou ao rejeitar os embargos de declaração opostos pela Fazenda Pública contra o acórdão que admitiu o incidente, pois o tema sob repercussão geral no STF não incide no caso sob análise pelo TJSP. O Ministério Público destacou a mensagem do Governador de São Paulo que acompanhou o projeto de lei que se tornou a Lei nº 11.064/02, na qual se destacou a necessidade de completar o efetivo dos soldados da Polícia Militar para que fosse possível atender às diversas atribuições do referido órgão. O Governador ressaltou em tal mensagem que “o exercício de algumas dessas atribuições, no entanto, não exige toda a formação profissional de um Soldado PM, especialmente o apurado preparo para o bom desempenho nas atividades afetas ao policiamento ostensivo”³⁸³ e afirmou que a edição da Lei nº 10.029/00 veio “em boa hora”, pois estabeleceu normas para a prestação voluntária de serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil no âmbito das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, com destaque ao artigo 5º da referida lei, que autoriza os estados e o Distrito Federal a prever outros casos de prestação de serviços voluntários, “desde que os prestadores de serviço, nas vias públicas, não portem armas de fogo ou exerçam poder de polícia”. A partir da análise da mensagem do Governador, bem como da lei posteriormente editada, o Ministério Público afirmou que o propósito da referida lei era de “desafogar o serviço burocrático”³⁸⁴, a fim de que o Policial Militar de carreira pudesse exercer as atividades que lhe são inerentes. Ressaltou que, apesar de as leis sob análise terem sido declaradas inconstitucionais em controle incidental, a PGJ não coaduna com a referida posição, pois já havia arquivado duas representações de inconstitucionalidade que lhe foram submetidas, sob o fundamento de que não há que se falar em

³⁸²*Ibidem.*, fls. 424/425

³⁸³*Ibidem.*, fl. 427

³⁸⁴*Ibidem.*, fl. 432

inconstitucionalidade formal, nem material, esta última porque a hipótese de contratação de voluntários para a Polícia Militar, tal como prevista pela referida lei, se assemelha à contratação temporária de servidores civis. (completar melhor). Mesmo assim, a PGJ afirmou que os documentos juntados indicam que os Policiais Militares Voluntários estavam sendo designados para a execução de atividades fins, inclusive com porte de arma, hipótese que é vedada pela Lei Federal e pela Lei Estadual, tanto que a forma de contratação em questão não estava mais sendo utilizada pela Polícia Militar. No mais, afirma que, ainda que se considerasse a lei inconstitucional de forma incidental e com efeitos *ex tunc*, não se poderia afastar o reconhecimento da relação de trabalho temporário e seus efeitos, pois tal postura ensejaria o “locupletamento indevido da Fazenda Pública”. Por esses motivos, opinou pelo “reconhecimento da situação de fato, incidindo sobre o mesmo os direitos básicos trabalhistas”, com a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de férias e um terço constitucional e 13º salário, assim como a contagem do tempo de serviço para fins previdenciários com o recolhimento das contribuições, mas não dos adicionais, pois estes “são próprios da carreira de Policial Militar e subordinam-se ao preenchimento de condições especiais previstas em lei”. Ao final, opinou nos seguintes termos:

Em vista do exposto, com vistas ao disposto no art.978, do Código de Processo Civil, somos pelo acolhimento em parte dos embargos infringentes, para que se reverta o julgamento, reconhecendo o direito da autora ao recebimento das verbas trabalhistas, consistentes nas férias, mais terço constitucional, 13º salário e contagem de tempo para fins previdenciários, recolhendo-se as contribuições do período junto ao INPS, mais juros e correção monetária. A par disso, com base no presente caso, promova-se a unificação da jurisprudência, reconhecendo-se e estendendo os direitos acima mencionados a todos os casos pendentes de julgamento, bem como aos que vierem ser julgados por este Egrégio Tribunal.

Em seguida, o relator apresentou seu relatório, no qual afirmou que o IRDR era “concernente a eventuais direitos do aprovado em processo seletivo para o preenchimento de postos do Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em caráter temporário, na forma da Lei Estadual nº 11.064/2002”³⁸⁵ e determinou a inclusão do incidente em mesa. O relatório se limitou a informar suscitação do incidente pelo relator encarregado dos embargos infringentes que haviam sido interpostos na ação de origem, o resultado da sentença, voltado à sua parte dispositiva, não à sua fundamentação, bem como à parte dispositiva do acórdão que havia julgado a apelação interposta, além de informar o voto divergente. Ao final, o relatório transcreveu a opinião exarada pela Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer. Em outros termos, o relatório não expôs os argumentos suscitados. Consta a intimação da Procuradoria Geral de Justiça, mas não há certidão a informar a

³⁸⁵*Ibidem.*, fl. 441

intimação da autora da ação de origem. Não obstante, a mesma apresentou petição a informar seu interesse em realizar sustentação oral.

Ato seguinte, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo protocolou memoriais a delimitar o objeto do IRDR e resumir as três teses jurídicas, além de indicar que se alinha ao entendimento da tese no sentido de que “se conclui pela invalidade do contrato temporário celebrado entre as partes, tendo, com isso, o demandante direito apenas às respectivas contraprestações”, pois este estaria alinhado com o artigo 37, II, IX, X, XIII, da CRFB/88 e com a Súmula Vinculante 37 do STF. Afirma que o reconhecimento de direitos trabalhistas e o afastamento da Lei Federal nº 10.029/00 e da Lei Estadual nº 11.064/02 implicaria na violação do artigo 37, IX, da CRFB/88, pois este dispositivo constitucional estabeleceu que cabe à lei criar regras para o serviço auxiliar voluntário, bem como que a Lei Federal nº 10.029/00 delegou aos Estados tal regulamentação. Ainda, afirmou que a temporariedade e precariedade demonstram que o vínculo com a Administração Pública se deu “por interesse público exclusivo, delimitado no tempo e no espaço”. E seguida, afirmou que os regimes jurídicos de servidores públicos se dividem em estatutário, celetista e regime especial, sendo este último o caso dos Soldados Temporários, de forma que não há como se garantir os direitos pleiteados, que são essencialmente celetistas, além de que a contraprestação oferecida a tais soldados tem “natureza de auxílio mensal indenizatório para custear despesas com alimentação e transporte, necessárias à execução dos serviços. Não é salário, pois o Sd PM Temporário não é assalariado, mas sim indenizado pela prestação voluntária”³⁸⁶. Alegou, ainda, que a aplicação de regime estatutário a outra forma de admissão não é possível, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade, pois isso ensejaria a violação ao artigo 37, II, IX da CRFB/88. Também aduz que “os acórdãos que reconhecem Ex-Soldado Temporário verbas não previstas em lei, acabam por via oblíqua, criar situação expressamente vedada pela Constituição Federal, ao determinar a equiparação com os servidores estatutários”³⁸⁷. Assim, entendimento diverso daquele defendido pela Fazenda Pública violaria o artigo 37, XIII, da CRFB/88 e, por isso, “resta dispensável a análise casuística de eventual identidade de funções”³⁸⁸. Como argumento subsidiário afirmou que, no caso de acolhimento de tese favorável aos ex-Policiais Temporários, apenas os direitos previstos na Constituição da República para os servidores militares podem ser concedidos aos temporários, de forma que “as verbas típicas dos Servidores Militares Efetivos usualmente indicadas (ALE,

³⁸⁶*Ibidem.*, fl. 452

³⁸⁷*Ibidem.*, fl. 454

³⁸⁸*Ibidem.*, fl. 454

INSALUBRIDADE, RETP, GAP, etc) não possuem fundamento constitucional”³⁸⁹ e por isso não devem ser concedidas. Ao final, a Fazenda Pública arguiu a impossibilidade de contagem do tempo de serviço para fins previdenciários, pois nem sequer há o pagamento de contribuição previdenciária, além de que os militares do Estado de São Paulo contam com um sistema de previdência próprio, de forma que só é possível que haja o cômputo do tempo quando se ocupa cargo público, hipótese que os temporários não se enquadrariam. Completou, ainda, que a Constituição prevê que servidores temporários sejam cobertos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que é administrado pelo INSS, o que ensejaria a incompetência absoluta do juízo, ilegitimidade passiva da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e até mesmo a falta de interesse de agir, pois tal requerimento pode ser feito perante o INSS, de forma administrativa. Concluiu a dizer que, caso essa pretensão seja acolhida, deve ser exigido o depósito em juízo do valor equivalente a 11% de todos os valores recebidos que se pretende averbar para fins de INSS.

A manifestação seguinte é da autora da ação de origem, representada tanto por seu advogado inicial, José Carlos Capossi Junior, como também pela TFM Advocacia e Consultoria Especializada, na qual apresentou memoriais. Segundo o “sujeito condutor”, a lei estadual sob análise foi criada em um contexto decorrente da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal e, com o limite que o Estado de São Paulo passou a ter com despesas de pessoal, bem como em um contexto de crescente preocupação com a segurança pública. Argumenta que o Estado de São Paulo teria criado “uma ficção jurídica revertida de ‘Soldado Auxiliar Voluntário’ que não se encaixaria nas vedações arroladas no artigo 22, inciso II, da LRF”³⁹⁰, que ainda por cima seria menos onerosa para o ente público. Também alegou que, como os Soldados Temporários se submetiam às normas aplicáveis aos policiais militares efetivos, como por exemplo, o Código Penal Militar, eram impossibilitados de “ampla produção probatória que permitia atestar as condições nas quais laboravam e a problemática que enfrentavam diariamente em atividades que excediam amplamente o escopo administrativo”³⁹¹, bem como que ainda que alguém conseguisse tais provas, não as acostaria em um processo judicial, pois isso “lhe custaria um processo militar muito gravoso”³⁹². Assim, destacou que os temporários exerciam funções típicas da polícia militar em suas atividades-fim, com uniforme idêntico, cuja diferença residia apenas na designação de SAV na identificação do policial temporário, bem como que tinham seguro de vida em razão da

³⁸⁹*Ibidem.*, fl. 455

³⁹⁰*Ibidem.*, fl. 463

³⁹¹*Ibidem.*, fl. 463

³⁹²*Ibidem.*, fl. 463

periculosidade das funções que desempenhavam e tinham posse de arma. Ao final, esclareceu que não se trataria de equipara os temporários aos efetivos, mas de reconhecer os direitos remuneratórios inerentes às atividades exercidas, bem como que “o reconhecimento do tempo de serviço público, para fins de licença prêmio, já resta autorizado pela Súmula nº 21 da Procuradoria Geral do Estado [...] não havendo porque se falar em limitações para outros efeitos”³⁹³. Em conclusão, requereu a “a procedência do IRDR para que seja uniformizado o entendimento quanto aos direitos relativos ao vínculo existente entre o Estado de São Paulo e os Soldados Auxiliares Voluntários, para o fim de reconhecer a total procedência dos pedidos manejados pelos temporários em desfavor da Fazenda Pública do Estado de São Paulo”³⁹⁴.

O julgamento, ocorrido no dia 30 de junho de 2017, contou com a realização de sustentação oral do advogado da “sujeita condutora”, bem como do procurador da Fazenda, Dr. Carlos Augusto Nunes de Carvalho, e do Procurador Mário Augusto Vicente Malaquias. Em conclusão, a seguinte tese jurídica foi firmada:

Aos Soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064, de 2002, no âmbito remuneratório, são devidos, além do salário pelos dias trabalhados, apenas o décimo terceiro salário e as férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional; e, para fins previdenciários, admite-se a averbação do tempo de serviço prestado, no regime geral de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados.³⁹⁵

A Turma Especial – Público do TJSP ainda deu provimento aos embargos infringentes da autora da ação de origem para que prevalecesse o voto vencido do acórdão que julgou o recurso de apelação.

No relatório, fez-se constar a questão jurídica controvertida sob análise, ainda que sem a expressa menção ao termo “questão jurídica”, bem como a situação em que o incidente se encontrava:

[...] tema referente à extensão dos direitos remuneratórios e previdenciários do Soldado PM Temporário, contratado para o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, na forma da Lei Estadual nº 11.064/02. Regularmente processado e discutido, o IRDR está em fase final de solução, no escopo de fixação da tese jurídica vinculante, bem como, por consequência, de julgamento do recurso correlato (Embargos Infringentes nº 1008985-34.2014.8.26.0071/50000, da 4ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça) pendente de exame e resultado. É o relatório, em acréscimo ao anterior.³⁹⁶

Como se percebe, o relatório não listou os argumentos suscitados, nem as conclusões que a pesquisa solicitada chegou, nem mesmo que o pedido de designação de audiência

³⁹³*Ibidem.*, fl. 465

³⁹⁴*Ibidem.*, fl. 465

³⁹⁵*Ibidem.*, fl. 468

³⁹⁶*Ibidem.*, fl. 472

pública foi indeferido. Em seguida, o voto dividiu-se em “1. Da solução do IRDR”, “2. Da solução do recurso (artigo 978, parágrafo único, do CPC/73”³⁹⁷ e “3. Do dispositivo”, partes que passar-se-á a analisar.

Quanto à primeira parte do voto, essa se inicia a informar que o juízo de admissibilidade já havia sido realizado, razão pela qual não há motivos para novamente fazê-lo ou mesmo expor os motivos da admissibilidade, e, com isso, “é superado o cotejo da matéria com teses e temas pendentes em tribunais superiores antecedentes à admissibilidade deste incidente”³⁹⁸. Não obstante, o voto passou a tratar do julgamento do tema 916 da Repercussão Geral do STF³⁹⁹, já que este teria ocorrido após a instauração do IRDR, para dizer que a questão jurídica analisada pelo STF não encontrava correspondência com o objeto do IRDR, pois este discutia questão de lei local, bem como porque, nos casos paradigma afetados pelo STF não havia discussão quanto ao direito à percepção de 13º salário e às férias com o terço constitucional, além de que “não há plena simetria”⁴⁰⁰ entre a lei analisada pelo STF (Lei Federal nº 10.029/00) e a lei analisada no IRDR (Lei Estadual nº 11.064/02), para concluir que “não houve perda ulterior do interesse processual deste IRDR”⁴⁰¹.

Afirma que a interpretação da questão se dá pela “interpretação sistemática da matéria, a partir do texto constitucional”⁴⁰², bem como que há quatro teses no âmbito do TJSP:

Com efeito, reconhecidas as quatro posições razoáveis desta Seção de Direito Público acerca da matéria (uma, restritiva, não indo além dos direitos insertos na Lei nº 11.064/2002; outra, ampliativa, absorvendo todos os direitos estatutários dos policiais militares; outras duas intermédias, acolhendo, em maior ou menor extensão, direitos que vão além dos constantes na Lei nº 11.064/2002, mas sem equiparação aos estatutários), aquela que, melhor atende à peculiar situação fática dos soldados temporários que, a rigor, em boa medida, manteve relação de trabalho de longa duração com o ente público, à luz da lei e do direito, é aquela que busca extrair o complexo dos direitos remuneratórios e previdenciários que lhes são devidos por justiça para além dos limites da lei local em pauta, em sua amarração constitucional, ou seja, via interpretação sistemática e de agregação às normas constitucionais de garantia elementar ou mínima ao trabalho, considerando as relações de trabalho em geral, segundo os comandos maiores da Constituição Federal.⁴⁰³

³⁹⁷ Percebe-se que há um erro material ao fazer a menção ao Código de Processo Civil de 1973, em vez do de 2015.

³⁹⁸ *Ibidem.*, fl. 472

³⁹⁹ A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do artigo 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço FGTS.

⁴⁰⁰ *Ibidem.*, fl. 473

⁴⁰¹ *Ibidem.*, fl. 473/474

⁴⁰² *Ibidem.*, fls. 474

⁴⁰³ *Ibidem.*, fl. 474

Em seguida, destacou a declaração de inconstitucionalidade já realizada pelo Órgão Especial do TJSP quanto à Lei Estadual nº 11.064/02, além de ter afirmado que “uma coisa é a inconstitucionalidade, outra os seus efeitos, especialmente os que refletem no âmbito alimentar (remuneratório e previdenciário) de relação de trabalho de longo trato”⁴⁰⁴. Destacou, em continuação, a burla às normas constitucionais em razão da “duração perene dessa prestação de serviço”⁴⁰⁵, que deixava de se caracterizar como um serviço temporário voluntário, tendo ressaltado a necessidade de “resolver a questão alimentar [...] segundo os critérios da lealdade e da boa-fé”⁴⁰⁶.

Em seguida, afirmou que não era possível aplicar o regime estatutário da Polícia Militar, nem mesmo a CLT ou um “regime híbrido”⁴⁰⁷, razão pela qual a solução perpassava pelas normas constitucionais, em atenção “à situação peculiar dos serviços prestados”⁴⁰⁸ e à boa-fé. Sustentou a impossibilidade de antinomia absoluta das normas constitucionais, que impedia que a violação ao artigo 37 da CRFB/88 pudesse afastar outras garantias, em especial as contidas nos artigos 5º e 7º da CRFB/88. Quanto ao artigo 7º, afirmou que “não pode ser integralmente aplicado aos soldados temporários em foco, mas dele é possível extrair um piso vital de direito do trabalho, [...] que autoriza tutelar juridicamente a situação peculiar deles”⁴⁰⁹ e, desse contexto, a partir do artigo 39, § 3º, da CRFB/88, afirmou que apenas as férias, com o terço constitucional, e o 13º salário seriam devidos aos Soldados Temporários. O adicional de insalubridade não seria devido, pois não há previsão neste sentido no artigo 39, § 3º, da CRFB/88, assim como o adicional de local de exercício e o RETP, que ainda “são típicos das carreiras estatutárias de policiais do Estado de São Paulo”⁴¹⁰. Da mesma forma, o adicional noturno não seria devido “ante a ausência de parâmetro legal para a remuneração superior pelo trabalho noturno, anotada a ausência de norma constitucional autoaplicável para tanto”. Quanto às verbas previdenciárias, afirmou que “é possível resguardar, em tutela previdenciária mínima [...] a averbação do tempo de serviço prestado para fins previdenciários, mas sob o regime geral da previdência social”⁴¹¹, desde que as contribuições sejam recolhidas pelo contratante e pelo contratado, pois tal medida resguardaria o “elementar previdenciário, sem afronta aos comandos da contrapartida econômica [...], indispensável ao equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social e à leitura da garantia previdenciária

⁴⁰⁴*Ibidem.*, fl. 475

⁴⁰⁵*Ibidem.*, fl. 475

⁴⁰⁶*Ibidem.*, fl. 476

⁴⁰⁷*Ibidem.*, fl. 476

⁴⁰⁸*Ibidem.*, fl. 476

⁴⁰⁹*Ibidem.*, fl. 477

⁴¹⁰*Ibidem.*, fl. 478

⁴¹¹*Ibidem.*, fl. 478

mínima que se pode extrair das normas constitucionais em seu conjunto”⁴¹². Em conclusão, o voto fixou a tese já mencionada acima.

Quanto à segunda parte do acórdão (“2. Da solução do recurso (artigo 978, parágrafo único, do CPC/73”⁴¹³), a análise prosseguiu para o caso concreto, tendo afirmado que os embargos infringentes deveriam ser acolhidos, com o provimento do recurso, para reconhecer que a autora da ação de origem faz jus ao 13º salário e às férias, acrescidas do terço constitucional. Quanto à terceira parte (“3. Do dispositivo”⁴¹⁴), assim constou:

Pelo exposto, FIXA-SE A TESE JURÍDICA já indicada na solução deste IRDR, para os fins do artigo 985 do CPC, com as determinações de comunicação, divulgação e publicidade na forma da legislação processual (artigo 979 do CPC) e interna deste E. Tribunal de Justiça, e, julgando o recurso pendente (artigo 978, parágrafo único, do CPC), DÁ-SE PROVIMENTO aos Embargos Infringentes, para os fins e nos termos retro, prevalecendo, deste modo, o voto vencido do Desembargador Osvaldo Magalhães (fls. 192/194).⁴¹⁵

O Desembargador Edson Ferreira da Silva fez declaração de voto, a afirmar que “Discordamos do eminente relator sobre qualificar a hipótese de trabalho voluntário, por isso não sujeito a remuneração, mas a indenização”⁴¹⁶, sob o fundamento de que, se fosse apenas ajuda de custo, poderia ser uma indenização, no entanto, o valor oferecido a título da suposta indenização era “atraente”. Afirmam que a posição de que não se deve conferir nenhum outro direito além daqueles previstos na legislação estadual não deve prevalecer, pois não se trata de trabalho voluntário, nem de estágio, mas sim de “trabalho mediante contraprestação pecuniária, ainda que modesta (embora não inferior a um salário mínimo)”⁴¹⁷. A tese de que todas as vantagens dos policiais militares efetivos deveriam ser garantidas aos temporários também é descartada pelos desembargadores, pois as situações seriam diferentes e a própria remuneração “é bem inferior”⁴¹⁸, de forma que não cabe ao Poder Judiciário aumentar os vencimentos. O desembargador se alinha à mesma tese do relator, no sentido de que se deve garantir os direitos previstos constitucionalmente, como férias acrescidas de um terço constitucional e 13º salário.

O fundamento perpassa pela análise de que o trabalho dito como voluntário teria sido desqualificado em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que permitiu tal

⁴¹²*Ibidem.*, fl. 478/479

⁴¹³*Ibidem.*, fl. 479

⁴¹⁴*Ibidem.*, fl. 480

⁴¹⁵*Ibidem.*, fl. 480

⁴¹⁶*Ibidem.*, fl. 481

⁴¹⁷*Ibidem.*, fl. 482

⁴¹⁸*Ibidem.*, fl. 482

contratação, bem como de que a constituição assegura os direitos sociais dos trabalhadores em todas as formas de vínculos funcionais previstos na constituição. Em seguida, afirmou:

Também entendemos não caber atribuir-lhes as mesmas vantagens dos policiais militares efetivos, que têm estatuto jurídico próprio e distinto dos policiais militares temporários, submetidos a diferentes regras de admissão e de atuação, inclusive segundo a orientação fixada pela Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia.

Portanto, a despeito da inconstitucionalidade, apenas da forma de contratação, a lei estadual limita as vantagens devidas aos policiais militares temporários, de modo a excluir qualquer outra prevista na legislação estadual, o que impede atribuir-lhes adicional de insalubridade, de local de exercício ou quaisquer outras vantagens que não contemplem essa específica categoria funcional.

Não cabendo, pois, atribuir-lhes vantagens da legislação trabalhista, tampouco da legislação estadual que não os contemple, resta-lhes as vantagens que o texto constitucional assegura a todos os trabalhadores, públicos e privados, como férias acrescidas de um terço e 13º salário, de modo que somente estas duas vantagens, recusadas pela lei estadual de regência, deve-lhes ser concedidas, por aplicação direta do texto constitucional.

O tempo de serviço deverá ser computado para efeitos previdenciários, com recolhimento da contribuição correspondente, em favor do regime geral de previdência social, como decorre do artigo 40, § 13, da Constituição Federal.⁴¹⁹

Ao final, solicitou que as referidas considerações fossem analisadas. Em seguida, houve a declaração de voto vencido pelo Desembargador Coimbra Schmidt, que iniciou a delimitar o objeto do IRDR como “eventuais direitos do aprovado em processo seletivo para o preenchimento de postos do Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em caráter temporário, na forma da Lei Estadual nº 11.064/2002”⁴²⁰. O Desembargador Coimbra Schmidt elaborou relatório que destacou as etapas que levaram à suscitação do incidente, bem como o indeferimento do pedido de designação de audiência pública e apresentação da pesquisa qualitativa pelo tribunal, assim como o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo reconhecimento das verbas relativas às férias, acrescidas do terço constitucional, bem como 13º salário, e contagem do prazo para fins previdenciário, com o recolhimento das verbas junto ao INPS. No entanto, os argumentos e manifestações dos “sujeitos condutores” não foram mencionados.

O voto vencido se iniciou a afirmar que antes de se analisar a questão da extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional, era necessário indagar sobre a constitucionalidade de lei municipal que estabeleça contratação temporária, tema que foi objeto de análise pelo STF no âmbito do tema 612 da Repercussão Geral, pelo qual se entendeu que o artigo 37, IX, da CRFB/88, vedaria que fossem contratados servidores temporários para o desempenho de

⁴¹⁹*Ibidem.*, fl. 483

⁴²⁰*Ibidem.*, fl. 486

“serviços ordinários, permanentes”⁴²¹, que seria o caso dos Policiais Militares Temporários do Estado de São Paulo. Concluiu, então, que:

[...] na medida em que a hipótese não se enquadra na casuística da regra constitucional excepcional, não cabe falar em efeitos jurídicos da indevida contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, matéria afeta ao Tema 916 [...].⁴²²

Em seguida, o Desembargador vencido mencionou a pesquisa qualitativa realizada, que teria identificado “quatro orientações, passíveis de integração em dois grupos”⁴²³, tendo destacado que ele se encontra dentro do grupo que, com base na declaração de inconstitucionalidade já realizada pelo Órgão Especial do TJSP, reconhece o direito a férias, um terço constitucional, 13º salário, adicionais de insalubridade e de local de exercício. Em continuação, destacou trechos contidos na ADI nº 4.173, em especial do parecer emitido pela Vice Procuradora Geral da República à época e subscrito pelo Procurador-Geral, no qual se opinou pela constitucionalidade da lei em discussão sob o fundamento de que o trabalho voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigações trabalhistas e previdenciárias, bem como que o serviço não é remunerado, mas conta apenas com um auxílio mensal.

O Desembargador Coimbra Schmidt mencionou que não se identificou burla às formas de contratação previstas na constituição quando se analisou a Lei nº 10.029 quanto à forma de admissão especial, bem como que a referida lei estende “seus preceitos às polícias militares e aos corpos de bombeiros dos Estados e do Distrito Federal, atenta às particularidades específicas das funções passíveis de exercício em tais corporações”⁴²⁴, por isso, o referido desembargador entender que a declaração de inconstitucionalidade feita pela órgão especial não se aplica ao julgamento do IRDR, pois os efeitos daquela se limitaram à lide. Assim, “não há formação de vínculo funcional entre voluntário e Administração”⁴²⁵, de forma que não há a alegada burla aos direitos sociais. Afirma que a seleção dos voluntários não pode ser confundida com a forma de seleção de um concurso público, de forma que “não é daí que se há de extrair a geração de vínculo, consoante sustentado, por exemplo, na inicial da ação”⁴²⁶. Em seguida, afirma que “a equiparação, no grau que se lhe confira, decorre de duas circunstâncias, [...] pronunciamento da inconstitucionalidade das duas leis e o exercício,

⁴²¹ *Op.cit.*, fl. 493

⁴²² *Op.cit.*, fl. 493

⁴²³ *Op.cit.*, fl. 493

⁴²⁴ *Op.cit.*, fl. 499

⁴²⁵ *Ibidem.*, fl. 500

⁴²⁶ *Ibidem.*, fl. 501

pelos soldados temporários, de atividades que seriam exercidas por militares efetivos”⁴²⁷.

Também afirmou que iria rever seu posicionamento anterior:

Só que não todas, mas parte de suas atividades, não ligadas diretamente às atividades-fim estabelecidas no artigo 144, §5º, da Constituição da República.

Ora, exercer parte das competências não significa exercer todas as competências. Casos pontuais, em que se pode verificar desvio de função, não de ser investigados isoladamente. Acaso ocorridos, constituem exceções das quais não se pode extrair uma regra. Ademais, diversos são os requisitos de admissão à função de voluntário e ao posto de Soldado PM 2 Classe; destes exigindo-se escolaridade correspondente ao grau médio, por exemplo, ao passo que aqueles é (ou era) exigida apenas conclusão do ensino fundamental. Bem por isso imponho-me à revisão da orientação anteriormente observada, de modo a concluir pela impossibilidade de equiparação de vencimentos e extensão de vantagens.

Na medida em que a atividade voluntária não é remunerada, mas apenas indenizada, tampouco cabe falar em direitos sociais como gratificação natalina ou férias. E enquanto de índole profissionalizante; pedagógica em outro dizer, não admite contagem de tempo de serviço para qualquer finalidade. Na exata medida em que a lei de regência não o prevê é porque o servidor voluntário não se enquadra na categoria ‘empregado’ (ou assemelhado) para efeito de qualificação como segurado obrigatório da Previdência Social, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.212, de 1991.⁴²⁸

Em conclusão, definiu a tese que se alinhava nos seguintes termos, com posterior rejeição dos embargos infringentes do caso de origem:

A tese adotada pode ser sintetizada no seguinte enunciado: No âmbito do Estado de São Paulo, subordina-se o Soldado PM Temporário exclusivamente ao regime jurídico estabelecido na Lei nº 11.064 de 2002, assim fazendo jus ao auxílio mensal e às prestações previstas no artigo 8º, mas não às demais verbas que compõem a remuneração do policial militar ou à contagem do tempo de serviço para qualquer fim.⁴²⁹

Em seguida, há outra declaração de voto vencido, sendo esta da Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, que adotou o relatório do Desembargador Coimbra Schmidt, mas divergiu quanto à tese, ainda que o tenha acompanhado na rejeição dos embargos infringentes do caso de origem. Afirmou que é possível verificar-se do acórdão do Órgão Especial do TJSP que declarou a inconstitucionalidade da referida lei que a contratação dos Policiais Militares Temporários não atendia às características de necessidade temporária de excepcional interesse público, pois a atividade exercida pelos policiais militares não se enquadra nos conceitos de transitoriedade e excepcionalidade. Afirma que o entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 765.320/MG não respalda a concessão de direitos sociais aos Policiais Militares Temporários. Com isso, afirmou que o entendimento do STF no referido julgado aplicar-se-ia ao caso sob análise, pois “os Soldados PM Temporários

⁴²⁷*Ibidem.*, fl. 501

⁴²⁸*Ibidem.*, fls. 501/502

⁴²⁹*Ibidem.*, fl. 502

foram contratados em desconformidade com o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988⁴³⁰. Com isso, sugeriu a fixação da seguinte tese jurídica:

Desse modo, a tese sugerida no presente IRDR, segundo o meu voto, é a seguinte: ‘Os Sd. PM Temporários, contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064/2002 declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0, somente fazem jus aos salários referentes ao período trabalhado e ao recolhimento e levantamento dos depósitos que devem ser efetuados pelo Estado de São Paulo no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS’.⁴³¹

Por fim, houve mais uma declaração de voto, esta do Desembargador Torres de Carvalho, que afirma acompanhar o relator sorteado, mas divergir quanto à contagem do tempo de serviço e à contribuição previdenciária. De acordo com o Desembargador Torres de Carvalho, ele diverge do relator quanto ao entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial não vincularia os demais órgãos, pois, a partir de interpretação sistêmica, é preciso entender que, se o órgão encarregado de decidir sobre a inconstitucionalidade das leis assim o faz, não há como o órgão fracionário decidir de forma diversa. No mais, afirma que “a decisão do Órgão Especial afastou a lei e impediu novas contratações; mas não tem como afastar sua aplicação no período em que regeu o contrato entre as partes, pois em suas balizas o serviço foi prestado”⁴³², além de que a decisão que declarou a inconstitucionalidade não estabeleceu os direitos que o soldado temporário faz jus, pelo que entende que a turma é “livre para definir a natureza do contrato e os direitos que dele decorrem”⁴³³. Em seguida, ressalta que a decisão deve ser coerente, bem como que a hipótese não se enquadra nem em contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária excepcional e interesse público, nem contratação para exercício de função temporária e, por isso, o regramento não se aplica. Afirma que a lei não permite a equiparação entre o policial militar efetivo e o temporário, “e não há razão para desatender a natureza inserida na lei, sem o que sua finalidade se descaracteriza, e ver nela um vínculo administrativo que a lei não previu”⁴³⁴. Também afirmou que o voto vencedor contém uma contradição, na medida em que “admite a prestação do trabalho, mas reconhece apenas parte de seus efeitos”⁴³⁵, mas que a referida contradição é esclarecida pelo voto divergente, quando este menciona que as únicas vantagens a serem concedidas são aquelas constitucionalmente previstas. Afirma, também, que a contagem do tempo de serviço junto ao INSS não encontra

⁴³⁰*Ibidem.*, fl. 504

⁴³¹*Ibidem.*, fl. 512

⁴³²*Ibidem.*, fl. 520

⁴³³*Ibidem.*, fl. 521

⁴³⁴*Ibidem.*, fl. 522

⁴³⁵*Ibidem.*, fl. 522

amparo no trabalho prestado, além de não estar prevista na lei que deu origem ao contrato em questão, não é de natureza alimentar, nem é prevista como direitos sociais básicos no artigo 7º da CRFB/88. Para o Desembargador, a solução da questão jurídica demanda a análise do enquadramento do contrato do soldado temporário no inciso IX do artigo 37, da CRFB/88, tendo chegado à seguinte conclusão:

[...] de que decorrem vários caminhos: (a) se assim enquadrado como fez o Órgão Especial, não há como fugir à sugestão da Des. Flora Maria; há que aplicar o RE nº 765.320 RG-MG e conceder-lhes tão somente o pagamento dos dias trabalhados, uma vez que o FGTS (uma surpresa do STF!) nunca foi considerado, pedido ou pago; (b) se desconsiderado esse enquadramento e extraída a natureza do contrato da própria Lei nº 11.064/02, a falta de identidade afasta a aplicação da repercussão geral e surgem várias hipóteses: (i) extrai-se a natureza do contrato da própria lei como fizeram com elegância o Des. Coimbra Schmidt e o Des. Vicente Amadei, de modo que inexistente trabalho propriamente dito, mas um programa pedagógico de qualificação profissional, ensino e renda sem similitude com o serviço policial militar (a não similitude parece incontroversa) a permitir o regramento feito e o reconhecimento apenas dos direitos indicados na lei, a afastar as verbas que as câmaras têm concedido e a contagem do tempo de serviço; (ii) admite-se a natureza própria do contrato, mas considerando-o 'trabalho e daí extraindo os direitos sociais mínimos mencionados pelos Des. Edson Ferreira e Vicente Amadei (férias e 13º salário); (iii) nessa hipótese, deve ser tratada em separado, pois não é uma decorrência lógica, a contagem do tempo de serviço, que traz uma complexidade própria: (iii.a) se o tempo conta apenas para efeito previdenciário como faz o Des. Vicente Amadei, sem surtir efeito funcional (não conta para adicionais temporais, evolução na carreira, sexta parte, etc.), ou se é contado para todos os efeitos, como se vê em algumas câmaras; (iii.b) em ambas as hipóteses, a quem compete o pagamento da contribuição previdenciária: à administração com recursos próprios? A administração mediante dedução do valor a pagar ao autor e/ou cobrança da diferença? Ao autor, quando resolver fazê-lo? O recolhimento pelo autor implica na contrapartida da administração, apesar da não previsão orçamentária?; e (iii.c) dependendo do efeito previdenciário/funcional, a quem a contribuição deve ser paga; pois o efeito funcional/previdenciário implica, talvez, na contribuição para o RPPS e o efeito apenas previdenciário implica na contribuição para o RGPS, a quem boa parte das câmaras direciona a contribuição (mas sem mencionar o efeito da contagem do tempo).⁴³⁶

Conclui que o contrato do soldado temporário não se amolda ao inciso IX do artigo 37, da CRFB/88, de forma que se afasta o entendimento do STF no RE nº 765.320/MG, bem como que a natureza de tal contrato deve ser buscada na própria Lei nº 11.064/02, que estabelece um programa voltado para a qualificação profissional, não um contrato de trabalho e, por fim, destaca que não verificou erro na aplicação da lei ou na conduta da Administração. Com isso, afirma que “o programa pedagógico implicou também em trabalho de que a administração se beneficiou a justificar o pagamento mínimo que as câmaras vêm concedendo: férias e décimo terceiro salário, e nada mais [...]”⁴³⁷, bem como que o tempo de serviço deve ser contado para fins previdenciários apenas, estando sujeito à contribuição pelo

⁴³⁶*Ibidem.*, fls. 524/525

⁴³⁷*Ibidem.*, fl. 525

soldado temporário, mas o tempo não será considerado para fins de aposentadoria especial, adicionais, etc. O referido Desembargador sugeriu a seguinte tese jurídica:

os Soldados PM Temporários contratados com base na Lei nº 11.064/02 fazem jus ao auxílio mensal e prestações previstos no artigo 8º e também, como retribuição mínima do trabalho, às férias e ao décimo terceiro salário por aplicação do artigo 7º da Constituição Federal⁴³⁸

A Sra. Jéssica Cardoso Pomin opôs embargos de declaração, desta vez representada tão somente por seu patrono original e não mais pela TFM Advocacia e Consultoria Especializada, tal como havia feito em memoriais. Nos embargos de declaração, a “sujeita condutora” afirmou que, uma vez que se concluiu pela descaracterização do contrato de trabalho voluntário para temporário, “seria conveniente a aplicação da analogia como forma de proteger o direito do trabalhador”⁴³⁹, tendo mencionado o prazo prescricional de trinta anos para cobrança de débitos previdenciários, bem como que o Soldado Auxiliar Voluntário teve início em 2002 até o ano de 2014. Assim, formulou as seguintes questões:

[...] a Embargada está compelida a proceder o reconhecimento do período laborado pelo Soldado PM Temporário a qualquer tempo? Ainda, para efeito de celeridade de outros casos análogos, o soldado PM Temporário que laborou nesta condição anteriormente ao prazo quinquenal contado da origem deste incidente, haveria prescrição? Ou seria o caso do eventual soldado PM Temporário e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo se proporem a efetuar o recolhimento previdenciário do respectivo período caso seja necessário?⁴⁴⁰

Outra omissão foi suscitada pela Sra. Jéssica Cardoso Pomin foi no sentido de que o acórdão deixou de informar “sobre a extensão ou não dos efeitos da decisão emanada no presente incidente de resolução de demandas repetitivas para as ações que encontram-se sobrestadas em razão do aguardo do julgamento do Tema nº 551/STF”⁴⁴¹, já que afirmou que o referido tema da repercussão geral não guarda identidade com o objeto do IRDR. Por fim, requer seja sanada omissão quanto a “casos de fato pontuais, como os inúmeros trazidos em sustentação oral pela Requerente, há que ser analisado e tratado a situação como único, e não junto a regra geral fixada pela tese jurídica do presente IRDR”⁴⁴². A embargante ainda destacou que a documentação juntada comprovava que policiais militares temporários tinham porte de arma, faziam guarda do quartel, trabalhavam junto ao COPOM, de forma que se faz necessário sanar “a omissão relativa aos casos específicos, quais sejam, aqueles onde os Temporários de fato laboraram como efetivos, elegendo, neste caso, as funções as quais

⁴³⁸*Ibidem.*, fls. 525/526

⁴³⁹*Ibidem.*, fl. 533

⁴⁴⁰*Ibidem.*, fl. 534

⁴⁴¹*Ibidem.*, fl. 536

⁴⁴²*Ibidem.*, fl. 536

houve porte de arma, bem como as funções daqueles que foram escalados junto ao COPOM”⁴⁴³. Ao final, pediu esclarecimento quanto aos honorários de sucumbência, com destaque ao artigo 85, § 4º, II, do CPC/15, para que os honorários sejam apurados quando da liquidação do julgado.

Em seguida, o tribunal intimou a Fazenda Pública para se manifestar sobre os embargos de declaração, que, no entanto, não se manifestou. Não houve intimação do Ministério Público e o caso prosseguiu para julgamento dos embargos de declaração. A embargante se manifestou a juntar o estabelecimento e pedir que “o Dr. Osni tenha livre acesso ao plenário para a realização da sustentação oral”⁴⁴⁴, no caso, o substabelecimento foi conferido ao advogado Osni Terêncio de Souza Filho. A sessão de julgamento foi designada para o dia 17 de dezembro de 2017, quando os embargos de declaração foram rejeitados. Ao rejeitar os embargos, à Turma Especial destacou que os embargos de declaração não podem ampliar o objeto de cognição, de forma que tanto o IRDR não poderia julgar além dos limites impostos na decisão de sua admissibilidade, bem como que os embargos infringentes que o originaram não poderiam ir além dos limites colocados na divergência. Destacou-se, ainda, que as definições temporais quanto à prescrição ultrapassam os limites objetivos do IRDR, além de envolverem particularidades que devem ser analisadas caso a caso. No mais, a forma quanto ao recolhimento da contribuição previdenciária não precisa constar na tese jurídica, pois já foi tratada no acórdão de julgamento do IRDR. Quanto à omissão relativa ao tema 551, a Turma destacou que a questão já teria sido tratada no exame de admissibilidade, além de ter constado no acórdão de julgamento do IRDR. A omissão dos honorários foi rejeitada sob o fundamento de que a legislação aplicável ao caso é o código de processo civil anterior, na medida em que a sentença foi proferida durante sua vigência. Por fim, quanto à omissão quanto às funções que os temporários desempenhavam, foi consignado que se tratava de “matéria própria da tese jurídica, que foi discutida, mas esse ângulo de visão do problema não vingou e terminou, por maioria de votos, rejeitado pela Turma Especial”⁴⁴⁵. O trânsito em julgado operou-se no dia 20 de fevereiro de 2018, sem a interposição de recurso especial ou extraordinário.

⁴⁴³*Ibidem.*, fl. 537

⁴⁴⁴*Ibidem.*, fl. 545

⁴⁴⁵*Ibidem.*, fl. 555

4.1.1 O primeiro requerimento de revisão da tese fixada no Tema 02

No dia 1º de abril de 2019, o Estado de São Paulo apresentou pedido de revisão da tese jurídica firmada no IRDR 2, sob o fundamento de que a decisão proferida pelo STF na ADI nº 4.173/DF iria de encontro à tese jurídica firmada no incidente, pois o objeto da referida ação era a declaração de invalidade de todo o conteúdo da Lei Federal nº 10.029/00, que prevê as normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos no âmbito das polícias militares e dos corpos de bombeiros. O Estado de São Paulo relata que o pedido formulado na referida ação foi acolhido parcialmente para declarar a inconstitucionalidade do trecho que faz menção aos menores de vinte e três anos, reconhecendo-se a constitucionalidade das normas que estabelecem o pagamento de auxílio com natureza de indenização e afastam o vínculo empregatício e por isso afastou-se o pagamento de verbas de natureza trabalhista e previdenciária. O Estado de São Paulo sustentou o pedido de revisão com base na “superação, o que pode decorrer de eventual incompatibilidade de seu teor com a interpretação vinculante adotada em ações de controle concentrado de constitucionalidade”⁴⁴⁶. De acordo com o Estado de São Paulo, a tese firmada teria reconhecido “a inconstitucionalidade do regime jurídico de prestação voluntária de serviços auxiliares à Polícia Militar do Estado, o qual foi instituído pela Lei Federal 10.029/2000 e estabelecido no Estado de São Paulo pela Lei Estadual 11.064/02”⁴⁴⁷, partindo da premissa de que o vínculo voluntário seria inválido, mas era necessário reconhecer a garantia à proteção dos direitos sociais em “patamar mínimo”⁴⁴⁸. Como a Lei Estadual nº 11.062/02 foi editada com base na Lei Federal nº 10.029/00 e obedeceu a seus parâmetros, e o STF reconheceu a constitucionalidade desta, a tese do TJSP deveria ser revista para “que se passe a reconhecer aos Soldados da PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064, de 2002, somente os direitos previstos na Lei Federal 10.029/00”⁴⁴⁹.

Em seguida, após a distribuição do pedido de revisão ao Desembargador Francisco Bianco, já que o Desembargador Vicente Amadei não integrava mais a Turma, a Procuradoria Geral do Estado, do Núcleo Estratégico de Pessoal e Previdenciário, apresentou memoriais, no qual destacou que, diante do julgamento do STF e do caráter dúplice das ações diretas de inconstitucionalidade, o IRDR 2 do TJSP viola a competência da União para fixar os

⁴⁴⁶*Ibidem.*, fl. 568

⁴⁴⁷*Ibidem.*, fl. 569

⁴⁴⁸*Ibidem.*, fl. 569

⁴⁴⁹*Op.cit.*, fl. 573

parâmetros de organização dos serviços voluntários no âmbito da Polícia Militar, bem como a proibição de reconhecimento de direitos trabalhistas e previdenciários aos policiais voluntários.

A Sra. Jéssica Cardoso Pomin se manifestou a informar o interesse na realização de sustentação oral e apresentou seus memoriais, tendo argumentado que, em que pese o julgamento do STF quanto à lei federal, não houve pronunciamento a respeito da Lei Estadual nº 11.064/02, que regula os policiais militares voluntários do Estado de São Paulo e contém peculiaridades em relação à lei federal, razão pela qual a declaração de inconstitucionalidade que já havia sido realizada pelo TJSP se manteria, em especial porque as disposições da referida lei descaracterizam a natureza voluntária do trabalho nela regulado.

O Estado de São Paulo pediu o adiamento da sessão de julgamento para que a realização de sustentação oral fosse realizada, pedido que foi atendido, com a retirada do feito de pauta. Em seguida, o Estado de São Paulo apresentou seus memoriais, com o resumo dos argumentos já apresentados.

O pedido de revisão de tese foi incluído na pauta da sessão do dia 27 de setembro de 2019 e, no dia 17 de setembro de 2019, a Sra. Jéssica Cardoso Pomin pediu o adiamento da sessão, sob a justificativa de que seus patronos estariam em viagem de trabalho ao Chile, entre os dias 25 de setembro e 05 de outubro. O referido pedido foi atendido e o caso foi adiado para a sessão do dia 25 de outubro de 2019.

Na referida sessão, o pedido de revisão da tese jurídica não foi conhecido, por maioria de votos, sob o fundamento de que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo não teria legitimidade ativa para formular o pedido de revisão, pois o artigo 986 do CPC confere legitimidade para o pedido de revisão àqueles legitimados no artigo 977, III, do CPC/15, quais sejam, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

O acórdão também destacou que “é inviável o processamento do requerimento de revisão de tese jurídica vinculante, nos próprios autos do processo que deu origem ao respectivo enunciado. Na verdade, o mérito [...] já foi devidamente analisado”⁴⁵⁰, além de que, por ter natureza de incidente, o IRDR necessita que haja um processo em trâmite, sem análise do mérito, para que seja instaurado.

O Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza declarou seu voto divergente, tendo destacado ser “imperativo de ordem processual e pragmática o enfrentamento da questão relativa à subsistência, ou não, do entendimento firmado”⁴⁵¹ em IRDR. Destacou, em

⁴⁵⁰*Ibidem.*, fl. 681

⁴⁵¹*Ibidem.*, fl. 682

seguida, que “se avolumam reclamações acerca de suposto descumprimento da orientação deste Órgão Colegiado (julgando os órgãos reclamados no sentido de que, ao cumprir o que se deliberou no Tema nº 2, estariam descumprindo o pronunciamento da Corte Constitucional”⁴⁵². Quanto à ilegitimidade da Fazenda Pública para o pedido de revisão, afirmou ser cabível a revisão de ofício, de forma que “o requerimento da Fazenda do Estado seria levado à conta de legítimo exercício do direito de petição [...], mais especificamente como representação”⁴⁵³ e, quanto à inexistência de norma para regular o pedido de revisão, destacou a vedação ao *non liquet*. No mais, afirmou ser paradoxal, pois “somente se admite revisão do que foi julgado, de onde se retira que o requerimento de revisão não tem de ser necessariamente incidental”⁴⁵⁴. Em conclusão, seu voto foi para instaurar a revisão da tese de ofício.

O Desembargador Torres de Carvalho também declarou seu voto divergente, no qual reconheceu que a Fazenda Pública seria parte ilegítima para o pedido de revisão, tendo ressaltado que “é um exagero da lei, mas assim consta no artigo citado”⁴⁵⁵, mas que, como o tribunal pode instaurar o pedido de revisão de ofício, não há motivo para não o fazer ao receber tal requerimento, como aconteceu no caso. Destacou, ainda, que a tese deve ser revisada diante do julgamento do STF.

A Fazenda Pública opôs embargos de declaração a pedir a eliminação de omissão quanto a pontos que ensejariam sua legitimidade para o pedido de revisão, como a inconstitucionalidade na restrição ao pedido de revisão, em especial para a Advocacia Pública, a necessária observância do modelo constitucional de revisão de tese vinculante estabelecido no artigo 103-A, § 2º, da CRFB/88, bem como a possibilidade de pedido de revisão de ofício pelo tribunal.

Os embargos de declaração foram julgados na sessão do dia 14 de fevereiro de 2020, sob o fundamento de que não havia contradição, omissão ou obscuridade, além de ser inviável discutir a alegada inconstitucionalidade em sede de embargos de declaração, com trânsito em julgado em 10 de junho de 2020.

4.1.2 O segundo requerimento de revisão da tese fixada no Tema 02

⁴⁵²*Ibidem.*, fl. 687

⁴⁵³*Ibidem.*, fl. 688

⁴⁵⁴*Ibidem.*, fl. 688

⁴⁵⁵*Ibidem.*, fl. 690

No dia 08 de agosto de 2019, a 2ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria da Desembargadora Luciana Bresciani, suscitou, nos autos do processo nº 1018040-24.2017.8.26.0032⁴⁵⁶, de ofício a revisão da tese firmada no IRDR 2 do TJSP. A referida ação havia sido distribuída para a referida turma julgar apelação interposta pelo Estado de São Paulo em ação movida por Renata Rodrigues de Souza. De acordo com a turma, composta pela referida Desembargadora relatora e pelos Desembargadores Claudio Augusto Pedrassi e Carlos Von Adamek, suscitou a necessidade de revisão da tese jurídica, com a finalidade de cancelamento, diante do julgamento superveniente do STF na ADI nº 4173. O voto menciona que a Lei Federal nº 10.029/00 previu normas para a prestação de serviços voluntários no âmbito das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros, o que foi instituído no Estado de São Paulo pela Lei Estadual nº 11.064/02. Destacou, também, que “em razão da controvérsia relacionada à atribuição, a esses servidores temporários, de funções comuns aos demais servidores, afastados os direitos constitucionalmente garantidos”⁴⁵⁷, fez-se necessária a instauração de incidente de declaração de inconstitucionalidade, que foi acolhido para se reconhecer a inconstitucionalidade da referida lei estadual porque teria criado uma forma de contratação que não encontra amparo no artigo 37, incisos I, II, III e IX, da CRFB/88, tendo constado na ementa do referido julgado que as funções desempenhadas por policiais militares são permanentes e, por isso, não podem ser consideradas como temporárias, razão pela qual o concurso público se faz indispensável. A Desembargadora ressaltou que sua posição pessoal era pela tese que acabou firmada pelo IRDR 2 do TJSP, mas que sua revisão se fazia necessária pelo julgamento do STF. Afirmou, ainda, que como a lei estadual basicamente reproduz os termos da lei federal cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF, não há como se insistir na inconstitucionalidade da referida lei estadual, ainda que tenha havido prévio julgamento pelo Órgão Especial do TJSP.

O pedido de revisão de tese foi autuado sob o nº 0036604-96.2019.8.26.0000, sob a relatoria do Desembargador Paulo Barcellos Gatti, sendo denominado como o tema 35 do IRDR no TJSP. No dia 12 de dezembro de 2019, foi proferido despacho a determinar a inclusão do incidente em mesa para julgamento.

⁴⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº. 0036604-96.2019.8.26.0000. Averbação / Contagem de Tempo Especial. Colenda 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo versus Renata Rodrigues de Souza. Relator: Paulo Barcellos Gatti. **Tribunal de Justiça Federal de São Paulo** (Turma Especial - Público). São Paulo, julho de 2021, p. 1 - 484.

⁴⁵⁷*Ibidem.*, fl. 137

No dia 29 de janeiro de 2020, o Estado de São Paulo apresentou petição a pedir a admissão do incidente e a suspensão de todos os processos em curso que versem sobre a questão jurídica sob análise ou a suspensão dos efeitos do Tema 2 do IRDR. A manifestação também discorreu sobre o cabimento do pedido de revisão de tese, tendo destacado a decisão proferida nos autos do IRDR 2, que havia inadmitido o pedido de revisão de tese para dizer que a alegada ausência de legitimidade para o requerimento de revisão foi superada, já que este agora foi feito pela 2ª Câmara de Direito Público, assim como a questão da natureza incidental do IRDR, já que o pedido de revisão foi suscitado em processo em curso perante o tribunal. Afirmou, ainda, que a contraposição do julgamento do STF com o IRDR 2 do TJSP tem gerado insegurança jurídica, em especial diante dos diferentes posicionamentos adotados pelas câmaras do tribunal. Também sustentou que, como a constitucionalidade do serviço voluntário foi reconhecida pelo STF, assim como a constitucionalidade do pagamento de auxílio com natureza indenizatória, não há como haver desconto a título de contribuição previdenciária, nem contagem de tempo de serviço para contribuição do RGPS. Ao final, arguiu que a concessão de férias, um terço constitucional e 13º salário violam o que restou decidido pelo STF na ADI 4.173/DF, e concluiu a pedir a concessão de tutela provisória para suspender os efeitos do Tema 02 do IRDR do TJSP.

Em seguida, foi proferido despacho a incluir o IRDR em pauta para a sessão do dia 14 de fevereiro de 2020, com intimação da Procuradoria Geral de Justiça. Foi, então, protocolada manifestação conjunta de Cristina de Paula Xavier de Santana e Bianca Brandao da Silva a apresentar “requerimento para intervenção de terceiros”⁴⁵⁸, sendo representadas pela Terêncio Filho, Menezes e Machado Sociedade de Advogados. A justificativa para o pedido, formulado com base no artigo 199 do CPC/15,⁴⁵⁹ é de que ambas obtiveram resultado favorável no processo nº 0005886-54.2019.8.26.0053⁴⁶⁰, que se encontrava em fase de cumprimento de sentença pendente de expedição de ofício requisitório, de forma que poderiam ser afetadas por um resultado desfavorável quando da fixação da tese jurídica. também afirmaram que seus patronos eram “advogados em centenas de processos”⁴⁶¹ relacionados ao objeto do IRDR 2, bem como que atuaram nos autos do referido incidente.

⁴⁵⁸*Ibidem.*, fl. 179

⁴⁵⁹Artigo 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

⁴⁶⁰*Ibidem.*, fl. 179 colocar parte da referência

⁴⁶¹*Ibidem.*, fl. 180

No dia 11 de março de 2020, foi juntada aos autos manifestação de Renata Rodrigues de Souza a se opor ao julgamento virtual, sob o fundamento de que desejava realizar sustentação oral em sessão presencial, bem como a ressaltar que o Ministério Público não havia sido intimado, tal como determina o artigo 983 do CPC/15. Na mesma petição, alegou que o STF havia reconhecido a constitucionalidade da Lei Federal nº 10.029/00, mas que o entendimento não se estendia à Lei Estadual nº 11.064/02. Isso porque, ainda que o STF tenha reconhecido a constitucionalidade da Lei Federal por reconhecer a competência da União para editar normas gerais na prestação de serviços auxiliares voluntários no âmbito da polícia militar e dos bombeiros, isso não afasta a inconstitucionalidade de dispositivos específicos de uma lei estadual, tendo destacado que a Lei Estadual previa que os policiais militares tinham que se submeter às mesmas normas que os efetivos. Outro ponto de destaque foi no sentido de que a ADI havia sido proposta com vias e “obstar o provimento de pessoas supostamente menos capacitadas, por não enfrentarem as exíguas etapas do concurso público, como membro das forças de segurança nacional”⁴⁶², tanto que não foi reconhecida sua conexão com o Tema 551 do STF.; destacou como “teor da demanda”⁴⁶³ do IRDR 02 “contratados como ‘voluntários’ teriam que se submeter às normas aplicáveis aos integrantes EFETIVOS da Polícia Militar, ou seja, ao Regulamento Disciplinar da Polícia Militar-RDPM, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar”⁴⁶⁴, enquanto o da ADI seria “(i) Competência da União para definir Normas Gerais na Previsão de Prestação Voluntária de Serviços Auxiliares nas Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militar; (ii) Ausência de Razoabilidade na Fixação de Limites de Idade”⁴⁶⁵. Afirma, ainda, que a “Lei Estadual coloca delimitações que não foram julgadas pelo STF e que não se altera o julgado já transitado em julgado”⁴⁶⁶, com destaque para um acórdão proferido pelo Desembargador Vicente de Abreu Amadei, em sede de ação rescisória, que teria afirmado que a decisão do STF não influiria na tese firmada no IRDR 02. De acordo com a requerente, tal como estabelecido pela Lei Estadual, houve a descaracterização do serviço voluntário, o que implica sua inconstitucionalidade e a manutenção do IRDR. A requerente ainda juntou acórdãos do TJSP que iriam ao encontro da sua argumentação.

Em seguida., a Procuradoria Geral de Justiça foi intimada sobre a inclusão do IRDR em pauta para sessão tele presencial designada para o dia 26 de junho de 2020. Contudo, o

⁴⁶²*Ibidem.*, fl. 187

⁴⁶³*Ibidem.* fl. 188

⁴⁶⁴*Ibidem.*, fl. 188

⁴⁶⁵*Ibidem.* fl. 188

⁴⁶⁶*Ibidem.* fl. 189

relator retirou o feito de pauta. Foi, então, designada sessão tele presencial para o dia 31 de julho de 2020, no qual o incidente foi admitido, com o acolhimento da proposta de revisão, cujo resultado de julgamento juntado aos autos indica que não houve a realização de sustentação oral.

O relator afirmou que aparenta existir antinomia entre a tese do IRDR 02 e da ADI julgada pelo STF, o que tem gerado o proferimento de decisões conflitantes, que por vezes afirmam que prevalece o entendimento do STF que teria ensejado a superação do IRDR, por outras vezes afirmam a necessária aplicação da tese firmada no IRDR 02 pela ausência de prejudicialidade desta com a ADI. Mencionou o Enunciado nº 607 do FPPC para justificar a necessidade de os tribunais de segunda instância reverem suas teses diante da edição de teses em sentido oposto pelos tribunais superiores. Com isso, admitiu o pedido de revisão e determinou o sobrestamento de todos os processos em curso que tenham a inconstitucionalidade das leis federal e estadual como causa de pedir, com o registro da instauração do pedido de revisão, informação ao CNJ para divulgação e publicidade, informar a admissão nos autos do processo nº 1018040-24.2017.8.26.0032, que deu origem ao pedido de revisão, vista ao Ministério Público e abertura de prazo de quinze dias para manifestação dos interessados.

No dia 27 de agosto de 2020, foi juntado aos autos ofício do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) a informar que encaminhou ao CNJ as informações sobre o IRDR instaurado, publicou comunicado no DJE, comunicou eletronicamente “todos os juízes de direito, coordenadores, supervisores e assistentes judiciários da Capital e do Interior, bem como aos NUGEP das Presidências de Seção e da Vice-Presidência”⁴⁶⁷ sobre a admissão do IRDR para revisão de tese, o cadastramento do mesmo como “Tema 35 – IRDR – Policial – Temporário – Direitos – Remuneratórios – Previdenciários (Revisão Tema IRDR 2)”⁴⁶⁸, além de disponibilização de link na página inicial do site do TJSP para acesso à ementa da decisão que admitiu o IRDR.

Em seguida, a Fazenda Nacional se manifestou a afirmar a necessidade de revisão da tese firmada no IRDR 2 do TJSP, para que a mesma estivesse em consonância com o decidido pelo STF na ADI 4.173/DF. afirmou que a tese firmada “teve por base a necessidade de regulamentação dos direitos dos ‘Soldados’ Temporários, regulados pela Lei Federal nº 10.029/002 e pela Lei Estadual nº 11.064/02”⁴⁶⁹, enquanto o STF concluiu pela

⁴⁶⁷*Ibidem.* fl. 269

⁴⁶⁸*Ibidem.* fl. 270

⁴⁶⁹*Ibidem.* fl. 272

constitucionalidade da Lei Federal nº 10.029/02, ao passo que a Lei Estadual nº 11.064/02 basicamente replicaria os dispositivos da legislação federal e “obedeceu aos estritos parâmetros gerais fixados pela União na Lei 10.029/2000”⁴⁷⁰. Assim, afirmou que “o Tema 2, ao assegurar direitos remuneratórios e previdenciários aos soldados voluntários, violou frontalmente a regra que proíbe o reconhecimento de direitos trabalhistas e previdenciários aos policiais voluntários”⁴⁷¹. Em seguida, afirmou que, após o julgamento do STF, houve diversas decisões do próprio STF em recursos interpostos pela Fazenda Pública que não reconheceram os direitos trabalhistas e previdenciários aos policiais militares, ao contrário do estabelecido no IRDR 02.

Em seguida, o Sr. José Henrique de Azevedo Ferreira se manifestou “na qualidade de representante de 53 autores de processos distintos e interessados no quanto for decidido”⁴⁷², representado pela banca AF Sociedade de Advogados. Afirmou que a causa de pedir das ações relacionavam-se ao tema 02 do IRDR, bem como ao Tema 551 do STF. Afirmou que o resultado do julgamento da ADI não influencia no IRDR 02, pois a questão discutida naquela era a competência da União para legislar sobre matéria supostamente reservada aos Estados, além da questão relativa à limitação da idade prevista na lei. Ressaltou, também, que o STF não analisou a lei estadual que era discutida no IRDR 02 por não ser de sua competência tal análise. Além disso, argumentou que o julgamento do STF não teria analisado toda a Lei Federal, mas tão somente os dispositivos que alegadamente seriam inconstitucionais. Quanto ao Tema 551 da Repercussão Geral, afirmou que “o tema tratado no referido IRDR é o mesmo que foi apreciado no Tema 551 por aquela Suprema Corte, já que seu anterior sobrestamento se deu justamente para decidir sobre a inconstitucionalidade não só da lei federal, mas também da lei local que se referia à matéria controvertida”⁴⁷³. Explicou, ainda, que o referido tema da repercussão geral estabeleceu que as verbas trabalhistas são devidas quando se verificar o desvirtuamento da contratação temporária pelas sucessivas renovações. Nesse contexto, explicou que a Lei Federal prevê a limitação da contratação temporária, o que não ocorre na Lei Estadual, tendo destacado três policiais temporários que chegaram a desempenhar a função por quatro anos.

⁴⁷⁰*Ibidem.* fl. 276

⁴⁷¹*Ibidem.* fl. 276

⁴⁷²*Ibidem.* fl. 282

⁴⁷³*Ibidem.* fl. 286

O Ministério Público não se manifestou, conforme certidão que atestou o decurso do prazo para manifestações, tendo destacado as manifestações da Fazenda Pública e do Sr. José Henrique de Azevedo Ferreira.⁴⁷⁴

A Sra. Renata Rodrigues de Souza se manifestou, representada pelo advogado José C. Capossi Jr., bem como pela banca de advocacia Terêncio Filho, Menezes e Machado Sociedade de Advogados. Afirmou que o IRDR 02 “não rechaçou a possibilidade de contratação temporária de modo geral, assim o fato de que aos soldados temporários eram estendidas as atividades comuns de policiais militares efetivos”⁴⁷⁵, bem como que os policiais militares temporários estavam sujeitos aos mesmos tratamentos e normas que se aplicavam aos efetivos, de forma que “não atuavam como simples auxiliares, mas como verdadeiros policiais militares”, além de que os policiais têm dificuldades de produzir provas diante da submissão às normas militares. Destacou, ainda, que desempenhavam funções iguais, tendo exercido funções típicas da atividade fim da polícia militar, tal como a guarda de instalações, rondas, atendimento ao COPOM, além de que usavam o mesmo uniforme, apenas com a designação de “SAV” junto à identificação e tinham seguro de vida. Afirmou que a ADI julgada pelo STF não analisou tais fatos, pois sua análise estava restrita a pontos específicos da Lei Federal nº 10.029/00. Quanto a este ponto, transcreveu trecho de parecer da Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo que havia sido juntado aos autos de uma reclamação (processo nº 2258333-63.2-19.8.26.0000), no qual se afirmou que a ADI teria analisado, em abstrato, dispositivos da legislação federal, sem que isso importasse na análise da legislação estadual, nem questões fáticas decorrentes da aplicação desta lei, quando se verifica o desvirtuamento da lei. Também destacou voto do Desembargador Vicente de Abreu Amadei, em sede de ação rescisória, no qual afirmou que o IRDR 02 não teria analisado a constitucionalidade da contratação temporária, da Lei Federal ou da Lei Estadual, mas sim questão jurídica relacionada às peculiaridades das contratações que estavam ocorrendo. Nesse sentido, requereu a confirmação da tese jurídica firmada no IRDR 02, diante de sua distinção quanto à ADI, e listou decisões do TJSP que iriam no mesmo sentido. Também destacou que o STF, ao julgar o Tema 551, firmou tese segundo a qual os servidores temporários não fazem jus a férias e 13º salário, mas previu exceções, tal como o desvirtuamento da contratação. Em seguida, a manifestação se voltou para “demonstrar de forma incontestável que o referido desvirtuamento da norma ocorre no caso em testilha”⁴⁷⁶. Para tanto, explicou o contexto de

⁴⁷⁴*Ibidem.* fl. 290

⁴⁷⁵*Ibidem.* fl. 298

⁴⁷⁶*Ibidem.* fl. 307

criação da Lei Estadual, tendo afirmado que foi criada em um contexto decorrente da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, no qual o Estado de São Paulo passou a ter com o limite com despesas de pessoal, contraposto à crescente preocupação com a segurança pública. Argumenta que o Estado de São Paulo teria criado “uma ficção jurídica revertida de Soldado Auxiliar Voluntário”⁴⁷⁷, que ainda por cima seria menos onerosa para o ente público, tanto que o índice de despesas com pessoal por vezes diminuiu, por vezes permaneceu no mesmo patamar, no período de cerca de dez anos em que o Estado de São Paulo se valeu das contratações pela Lei Estadual, verificando-se um aumento no índice após não mais contratar os temporários. Nesse sentido, as contratações temporárias da referida legislação estadual pretendiam “atender a limitação legal de despesas com pessoal e, simultaneamente, elevar o contingente da Polícia Militar para melhorar a segurança pública”⁴⁷⁸. Por fim, mencionou decisão proferida na ADI nº 3.222/RS, em 18 de agosto de 2020, na qual se reconheceu a inconstitucionalidade de Lei Estadual nº 11.991/03, do Rio Grande do Sul, que versava sobre a contratação de militares temporários, qual se destacou que as funções desempenhadas pelos temporários se assemelhavam às funções desempenhadas pelos efetivos. Como documentação, juntou “Relatório de Gestão Fiscal” do Governo do Estado de São Paulo, desde 2002 até 2016.

No dia 02 de outubro de 2020, Margareth Batista Silva Carminati, advogada em causa própria e que estaria representando quarenta e dois autores de demandas afetas ao IRDR em questão, requereu a intervenção com “a pretensão [...] de colaborar e contribuir para a efetivação e aplicação dos direitos sociais elencados na Constituição Federal/88, decorrente de 26 anos de exercício profissional atuando em negociações coletivas tripartite [...]”⁴⁷⁹. Afirmou que a tese jurídica firmada no IRDR 02 não deveria ser revisada, tendo ressaltado que os policiais temporários tinham seus contratos renovados por até três vezes consecutivas, bem como que havia desvirtuamento na contestação, além de que as renovações sucessivas importavam em prejuízo a esses militares para fins de aposentadoria, em especial porque muitos refaziam o processo seletivo ou mesmo aceitavam as prorrogações até conseguirem passar em concurso público para se tornarem efetivos. Destacou que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo estava a ajuizar ações rescisórias e apresentar impugnações aos cumprimentos de sentença desde que houve o julgamento da ADI pelo STF, no entanto, seria “indispensável [...] a observância de pelos menos um requisito: a decisão do STF deve

⁴⁷⁷*Ibidem.* fl. 308

⁴⁷⁸*Ibidem.* fl. 312

⁴⁷⁹*Ibidem.* fl. 344

ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda”⁴⁸⁰, o que não estaria sendo observado pela Fazenda Pública. Nesse sentido, argumentou que a Fazenda Pública não deveria propor ação rescisória ou impugnar cumprimentos de sentença, a não ser que houvesse a revisão da tese firmada no IRDR 02. Ao final, pediu a manutenção da tese firmada no IRDR 02, bem como que “reconhecida a revisão do entendimento desta Corte de Justiça, não seja abrangido os casos cujas decisões transitarem em julgado antes do julgamento da ADI 4173/DF”⁴⁸¹

No dia 27 de outubro de 2020, o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestou a demonstrar a distinção entre a discussão do IRDR 02 e do Tema 551 do STF, sob o fundamento de que a Lei Estadual não previu a contratação temporária com vias a tratar de funções excepcionais ou temporárias, nos termos do artigo 37, IX, da CRFB/88, pois, apesar da denominação de temporário, “além de as atribuições da polícia militar e seus serviços auxiliares serem permanentes e previsíveis, se destinam a proporcionar ocupação, qualificação e renda e aumentar o contingente de policiais em atividades diretamente ligadas à segurança da população”⁴⁸². Ressaltou, também, o julgamento do Tema 916 do STF⁴⁸³ para afirmar que seriam hipóteses distintas e regimes jurídicos diferentes. Em seguida, afirmou que a ADI 4173/DF havia reconhecido a “constitucionalidade formar orgânica da norma”⁴⁸⁴, pois respeitada a competência da União, com a declaração de inconstitucionalidade restrita ao limite de idade nela estabelecido, bem como que a “decisão não contemplou eventuais leis estaduais e também não rechaçou expressamente direitos eventualmente conferidos pelos Estados com base em sua competência legislativa concorrente e no princípio federativo”⁴⁸⁵, bem como que nada foi dito sobre a constitucionalidade de a Lei Federal dispor sobre a forma de remuneração dos servidores estaduais voluntários. Argumentou que a remuneração dos policiais militares estaduais é matéria de competência legislativa estadual, de forma que, “tratando-se a fixação da remuneração de pessoal, matéria de competência eminentemente estadual, o E. Tribunal de Justiça detém a competência à interpretação acerca do piso vital

⁴⁸⁰*Ibidem*. fl. 349

⁴⁸¹*Ibidem*. fl. 353

⁴⁸²*Ibidem*. fl. 358

⁴⁸³ “A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do artigo 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.” Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/repercussao geral/teses.asp> > Acesso em 12 Fev. 2022

⁴⁸⁴*Ibidem*. fl.

⁴⁸⁵*Ibidem*. fl. 360

mínimo de tais servidores voluntários”⁴⁸⁶, enquanto o STF não apreciar a constitucionalidade da Lei Estadual. Por isso, afirmou que não há motivo para revisar a tese do IRDR 02, no que tange ao regime de remuneração, em que pese ela precisar de revisão quanto ao regime previdenciário. Quanto ao regime previdenciário, afirmou que, como o STF reconheceu a constitucionalidade de tais vínculos, deve-se reconhecer a validade do artigo 11 da referida lei, que afirma que dela não decorre obrigação previdenciária, apesar de ter ressaltado a necessidade de análise do caso concreto para verificar se há o desvirtuamento das funções dos servidores temporários, tendo destacado que há informações nos autos de sucessivos abusos. Em seguida, afirmou que “há necessidade, também, de se aferir se houve, no caso concreto, a indevida ampliação ou redirecionamento das atribuições dos servidores temporários”⁴⁸⁷, já que estes devem desempenhar apenas funções administrativas e auxiliares, em especial diante da vedação do porte de arma. Ao final, concluiu que, em se verificando o exercício de funções típicas dos policiais militares efetivos, submissão ao regime hierárquico e disciplinar, bem como extensão indevida dos prazos, descaracterizar-se-á o vínculo, de forma que “estes fariam jus aos direitos próprios dos policiais militares, tanto em relação à remuneração como ao regime previdenciário”⁴⁸⁸. Assim, opinou:

[...] no sentido de que seja mantida em relação ao regime remuneratório, suprimida a extensão do regime previdenciário, e, por fim, seja expressamente prevista a ressalva de que o desvirtuamento, material ou temporal, das atribuições dos servidores voluntários ensejará a garantia de direitos equiparados aos policiais militares, tanto no âmbito remuneratório como em âmbito previdenciário.⁴⁸⁹

No dia 28 de outubro de 2020, Karina Nogueira Mendes se manifestou nos autos, representada por Flavia Umeda Advogada, a requerer a expedição de ofício para a 5ª Câmara de Direito Público a determinar o sobrestamento da ação rescisória em que é parte até o julgamento do IRDR. O pedido foi feito após a referida Câmara rejeitar embargos de declaração opostos por Karina Nogueira Mendes em face do acórdão que julgou parcialmente procedente ação rescisória proposta pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O Desembargador relator do IRDR 35 indeferiu o pedido, sob o fundamento de que, se tiver havido alguma violação, cabe à requerente “se valer das vias processuais adequadas (Reclamação – artigo 988, inciso II, do CPC/15)”⁴⁹⁰. Em seguida, o IRDR foi incluído para julgamento na sessão tele presencial do dia 04 de dezembro de 2020.

⁴⁸⁶*Ibidem*. fl. 361

⁴⁸⁷*Ibidem*. fl. 363

⁴⁸⁸*Op.cit.* fls. 363/364

⁴⁸⁹*Ibidem*. fl. 364

⁴⁹⁰*Ibidem*. fl. 382

No dia 25 de novembro de 2020, a Sra. Renata Rodrigues de Souza se manifestou a informar que o STF havia publicado acórdão a afetar o tema relativo “à extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários aos soldados Temporários da Polícia Militar do Estado de São Paulo, contratados no regime de Serviço Auxiliar Voluntário”⁴⁹¹ para julgamento em sede de repercussão geral, no Tema nº 1114. Com isso, pediu o sobrestamento do IRDR.

No dia 30 de novembro de 2020, diante da inclusão do IRDR em pauta para julgamento, a Sra. Renata Rodrigues de Souza apresentou seus memoriais, nos quais destacou a necessidade de sobrestamento do IRDR em razão do Tema nº 1114 da repercussão geral do STF, assim como a distinção entre o IRDR 02 e o decidido da ADI 4173/DF, conforme parecer apresentado pela Procuradoria de Justiça nos autos de uma reclamação proposta no TJSP, já que o STF não havia analisado questões fáticas e específicas da controvérsia do IRDR. argumentou, também, que a distinção entre o IRDR 02 e o Tema 551 da repercussão geral do STF, pois a Lei Estadual não prevê a contratação para o desempenho de funções temporárias e excepcionais. Por fim, afirmou a semelhança do IRDR 02 com a ADI 3.222/RS, na qual se reconheceu a inconstitucionalidade de Lei Estadual do Rio Grande do Sul que havia previsto a contratação de policiais militares temporários, em situação de “precariedade”, tal como a do IRDR 02.

No dia 03 de dezembro de 2020, a Sra. Jéssica Cardoso Pomin apresentou seus memoriais, nos quais, assim como a Sra. Renata Rodrigues de Souza, destacou o julgamento da ADI 3.222/RS, que trataria de assunto similar, bem como que os policiais militares temporários do Estado de São Paulo estão sujeitos às mesmas condições que os efetivos. Como pedido subsidiário, pediu a modulação dos efeitos da tese firmada no IRDR 35 para que a mudança de entendimento retroaja e atinja sentenças já transitadas em julgado, além e ter ressaltado que o entendimento firmado na ADI 4173/SP “não pode gerar efeito rescisório automático de coisa julgada anteriormente formada”⁴⁹².

Em sessão de julgamento, a Turma Especial Público, composta pelos Desembargadores Paulo Barcellos Gatti, Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Sidney Romano dos Reis, Fermino Magnani Filho, Moreira de Carvalho, Rubens Rihl Pires Corrêa, José Antonio Encinas Manfré, Souza Meirelles, Luiz Sergio Fernandes de Souza, flora Maria Nesi Tossi Silva, Carlos Otávio Bandeira Lins, Claudio Augusto Pedrassi e Afonso de Barros Faro Júnior, acolheu, por maioria, a proposta de revisão da tese firmada no IRDR 02 para revogá-la. No voto, o relator voltou a ressaltar as mesmas questões em voto anterior quanto ao

⁴⁹¹*Ibidem.* fl. 386

⁴⁹²*Ibidem.* fl. 401

cabimento da instauração da revisão da tese jurídica para, em seguida, narrar a cronologia, desde a edição da Lei Federal e da Lei Estadual, até a declaração de inconstitucionalidade do Órgão Especial do TJSP, com posterior decisão no IRDR 02 e, finalmente o julgamento do STF na ADI 4173/DF. Após, o voto se voltou à análise da “identificação dos fundamentos determinantes das decisões de caráter vinculante”⁴⁹³, tendo afirmado que os seguintes argumentos não se sustentam:

(i) legislação estadual não teria se limitado a reproduzir texto da Lei Federal nº 10.029/2000; (ii) a Suprema Corte não teria analisado a compatibilidade especificamente da LE no 11.064/2002 para com a Constituição Federal; (iii) os fundamentos utilizados pelo Excelso Pretório para concluir pela constitucionalidade da LF nº 10.029/2000 diferiria em natureza dos fundamentos utilizados pelo órgão Especial [e, por conseguinte, pela Turma Especial da Seção de Direito Público] para deliberar pela inconstitucionalidade da Lei nº 11.064/2002.⁴⁹⁴

Afirmou que “as legislações federal e estadual apresentam mínimas diferenças entre si”⁴⁹⁵, tendo apresentado um quadro comparativo dos dispositivos legais e afirmado que “a única distinção relevante diz respeito ao prazo de prorrogação previsto em cada qual”⁴⁹⁶. Por isso, entendeu que “revela-se questionável qualquer tentativa de restringir o alcance da decisão proferida na ADI 4.173/DF, abstraindo-lhe a eficácia normativa reflexa gerada em relação à Lei nº 11.064/2002”⁴⁹⁷. Com isso, afirmou que, como a tese do TJSP ao julgar o incidente de inconstitucionalidade e a tese do STF na ADI divergem, a tese do STF deve prevalecer, de forma que a premissa do julgamento do IRDR 02 não mais subsiste e enseja sua superação. Fez a ressalva de que “não se está a afirmar que o Excelso Pretório reconheceu, diretamente, a constitucionalidade da Lei Estadual”⁴⁹⁸, mas que o fundamento do Órgão Especial não foram recepcionados pelo STF. Afirmou, também, que o entendimento não impossibilita que irregularidades que fujam da disciplina da Lei Federal sejam demonstradas no caso concreto, tal como o desvio de função e o desvirtuamento do serviço voluntário. Em seguida, passou a tratar da “distinção em relação ao precedente construído pelo Excelso Pretório no Julgamento do [...] Tema nº 551”⁴⁹⁹, sob o fundamento de que a hipótese seria diferente, já que o tema 551 não versa sobre a contratação de serviço auxiliar voluntário, mas sim de caso que envolvia excepcional interesse público, nem como que no próprio julgamento se ressaltou que a CRFB/88 não veda a criação de outros vínculos.

⁴⁹³*Ibidem.* fl. 402

⁴⁹⁴*Ibidem.* fl. 433

⁴⁹⁵*Ibidem.* fl. 434

⁴⁹⁶*Ibidem.* fl. 437

⁴⁹⁷*Ibidem.* fl. 437

⁴⁹⁸*Ibidem.* fl. 443

⁴⁹⁹*Ibidem.* fl. 445

Afirmou também que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo estava tendo êxito em reformar as decisões do TJSP que aplicaram a tese do IRDR 02, bem como que, com exceção do Ministro Dias Toffoli, os demais ministros do STF vinham seguindo a tese da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O relator, então, havia proposto a fixação da seguinte tese jurídica:

Assim, a fim de compatibilizar as orientações da Suprema Corte com a orientação emanada desta instância estadual, propôs-se, na sessão de julgamento de 04.12.2020, a revisão da tese jurídica para que passasse a constar: ‘Revela-se constitucional a forma de admissão (serviço auxiliar voluntário) e as vantagens funcionais e remuneratórias (auxílio mensal equivalente a 2 salários-mínimos) estabelecidas na Lei Estadual nº 11.064/2002, que instituiu no âmbito do Estado de São Paulo o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, sem prejuízo da análise, em cada caso concreto, de eventuais ilegalidades praticadas pela Administração Pública, em afronta aos contornos gerais definidos pela Lei Federal nº 10.029/2000.’⁵⁰⁰

No entanto, a referida tese foi rejeitada, tendo a maioria decidido por adotar a seguinte tese:

A Turma Especial, observando o que decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.231.242/SP (Tema nº 1114), aos 13.11.2020, revoga o que assentado no IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000 (Tema nº 02), levantada a suspensão efetivada quando da admissibilidade da revisão, ressalvada a hipótese do artigo 987, §1º do CPC/2015. Em continuação, julgaram improcedente a ação em que proposta a revisão.⁵⁰¹

Por fim, ressaltou que a eficácia executiva da revisão da tese não poderia produzir efeito *ex nunc*, de forma que “não tem o condão de acarretar a rescisão imediata e automática das decisões que, por ventura, tenham sido proferidas em sentido contrário”⁵⁰², cabendo às partes se valerem das vias adequadas para tanto. O trânsito em julgado operou-se em 20 de julho de 2021.

4.2 Comentários sobre os julgamentos

A primeira observação a ser feita quanto ao IRDR 02 do TJ/SP diz respeito às informações obtidas junto ao site, pois este indica como “Requerente” do IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000 a Sra. Jéssica Cardoso Pomin, autora da ação que deu origem ao incidente. Contudo, a consulta aos autos do incidente revela que o suscitante do mesmo foi o

⁵⁰⁰Op.cit. fls. 454/455

⁵⁰¹Op.cit. fls. 457

⁵⁰²Op.cit. fls.. 456

Desembargador Paulo Barcellos Gatti da 4ª Câmara de Direito Público, relator dos embargos de divergência interpostos na ação de origem. Seria mais adequado que o “Requerente” do IRDR fosse identificado como aquele que suscitou sua instauração, pois é importante que as informações fornecidas sejam fidedignas.

O requerimento de instauração do IRDR baseou-se na existência de três teses distintas no âmbito do TJ/SP, em decorrência de dúvida quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade feita pelo Órgão Especial do TJ/SP quanto à Lei nº 11.064/02, no que tange ao reconhecimento de direitos remuneratórios e previdenciários. Além de destacar as três teses divergentes existentes no âmbito do tribunal, o pedido foi instruído com sete acórdãos exemplificativos dos posicionamentos, julgados no mesmo ano. O fato de o pedido de instauração ter partido do relator, bem como de listar os posicionamentos, demonstra a importância da legitimação dos magistrados em atenção ao caráter de gestão do IRDR, em especial pela facilidade de se identificar as controvérsias e os gargalos dos tribunais, tal como destacado no capítulo três, principalmente quando se verifica que o pedido de instauração foi realizado em dia 08 de junho de 2016, menos de três meses após o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 deste novo instituto.

Com a admissão do incidente, o relator Coimbra Schmidt, da Turma Especial da Seção de Direito Público, adotou como formas de divulgação (i) a comunicação ao CNJ e (ii) a comunicação nos autos do processo que deu origem ao incidente. A medida atendeu apenas ao comando do art. 979, *caput*, do CPC/15. Assim, as críticas feitas no capítulo três, no sentido de que é necessário refletir se o cadastro no CNJ seria o meio mais adequado para que a informação efetivamente chegue ao jurisdicionado, se mostram relevantes. Quanto ao IRDR 02, apenas a autora da ação de origem atuou. Nem mesmo houve requerimento de um “sujeito sobrestado” para participar no debate. Não obstante, o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos da Presidência informou ter cientificado não apenas ao CNJ sobre a instauração do IRDR, mas também a “todos os juízes, diretores e assistentes judiciários da Capital e do Interior, bem como aos NURER’s das assessorias das Presidências”, medida que se mostra positiva, em que pese não se ter notícia de quais medidas teriam sido adotadas pelos juízes que receberam tais informações, isto é, se eles cientificaram as partes de processos que versassem sobre a mesma questão acerca da existência do IRDR ou não.

Um ponto a ser destacado é a ausência de análise, na decisão de admissibilidade, quanto ao caso concreto afetado para julgamento, no sentido de se ele seria suficiente para ilustrar a controvérsia ou não.

Outro ponto chamou a atenção quanto ao IRDR 02: a decisão de admissibilidade do IRDR não definiu a questão jurídica controvertida. A ausência da formulação da questão jurídica mostra-se prejudicial ao bom funcionamento deste instituto, pois impossibilita que se delimite o debate e dificulta até mesmo que os magistrados dialoguem de forma efetiva e eficiente sobre a questão jurídica controvertida. Apesar de o acórdão não ter delimitado a questão jurídica controvertida, o site do TJ/SP indica a seguinte questão jurídica em seu cadastro:

ADMISSIBILIDADE EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar. Soldado Temporário. Pedido de direitos remuneratórios e previdenciários do contratado. Constatação de decisões conflitantes nesta Corte, proferidas em expressivo número de ações de idêntico conteúdo. Reconhecimento do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Incidente admitido.” Controvérsia relativa ao reconhecimento do vínculo empregatício público entre o Estado e o policial militar em caráter temporário, equiparando-o, ou não, (a) ao ocupante de cargo de provimento efetivo ou (b) somente o vínculo temporário (precário) ou (c) ainda a invalidade do contrato temporário, para fins de concessão das verbas remuneratórias e previdenciárias, nos termos do art. 39, § 3º, da CR e Lei Estadual nº 11.064/2002.⁵⁰³

O site também indica como “dispositivos pertinentes à análise da questão: art. 7º, VIII e XVII c. c. art. 39, § 3º, da CR, Lei Federal nº 10.029/00 e Lei Estadual nº 11.064/02.”, apesar de o art. 7º, incisos VIII e XVII, da CRFB/88 não constarem da questão jurídica indicada no site, nem no acórdão da decisão de admissibilidade do IRDR. Como a consulta ao site se deu apenas no ano de 2022, não há como saber se a menção ao art. 7º, incisos VIII e XVII, da CRFB/88 e à questão jurídica já constavam quando da admissão do incidente, ou se foram incluídas após o julgamento. De toda forma, o acórdão que admitiu o incidente não delimitou a questão jurídica controvertida, trâmite que não se revela adequado, seja na perspectiva do órgão julgador, seja na perspectiva do jurisdicionado, que tem maior dificuldade de saber se o incidente admitido pode ou não afetar sua esfera jurídica.

Um ponto a ser considerado é que o incidente em questão contava com um litigante habitual, a Fazenda Pública, como uma das partes que nele interveio, como é de se esperar nesse tipo de procedimento, tal como ressaltado no capítulo 3. Em contraposição, o “sujeito condutor” que representava os soldados temporários era a Sra. Jéssica Cardoso Pomin, inicialmente representada por um único advogado, que teria que conduzir, sozinho, o debate, cujo resultado teria reflexo em outras demandas. A disparidade das forças recomendava uma postura mais ativa do tribunal, principalmente quanto à ampliação do debate e à oitiva dos argumentos em favor dos policiais militares temporários. Não obstante, esse IRDR não contou

⁵⁰³ Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/NugetNac/Irdre/DetalheTema?codigoNoticia=50880&pagina=1>> Acesso em 13 Fev. 2022.

com a participação de *amicus curiae*, nem da Defensoria Pública, além da questão relativa ao indeferimento do pedido de designação de audiência pública, já mencionado.

A delimitação da questão jurídica foi feita pela PGJ, em sua primeira manifestação, como se demonstrou no item 4.1. No entanto, é de se esperar que o tribunal o faça, quando admita a instauração do incidente. Apesar de o acórdão de admissibilidade do incidente nada ter mencionado, determinou-se a suspensão de todos os processos que versassem sobre “eventuais direitos remuneratórios e previdenciários dos Soldados Temporários contratados pela Polícia Militar do Estado de São Paulo”⁵⁰⁴, sem mencionar expressamente que esta era a questão jurídica sob exame. O mesmo ocorreu no relatório do acórdão. No entanto, adotando-se esta como a questão jurídica fixada pelo tribunal, já se percebe a diferença com aquela proposta pela PGJ, haja vista que esta havia mencionado o desempenho das mesmas funções pelos efetivos e pelos temporários. A Fazenda Pública também delimitou o objeto do incidente nos memoriais apresentados antes do julgamento.

Uma medida adotada com vias ao esgotamento do debate foi a solicitação de pesquisa qualitativa, que o relator fez ao CADIP, com vias a identificar as controvérsias existentes. A medida se mostrou positiva e espera-se que seja adotada em outros julgamentos, pois permite verificar a existência de eventuais teses que não tenham sido identificadas quando do pedido da instauração do IRDR, contribuindo para o esgotamento do debate.

No entanto, o pedido de designação de audiência pública, formulado pelo “sujeito condutor”, que era a autora da ação de origem, foi indeferido sob o fundamento de que seria “desnecessário ‘ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria’ na medida em que não se discute a respeito das condições mais ou menos estressantes das atividades”. O indeferimento do pedido de designação de audiência pública vai de encontro à necessidade de esgotamento do debate, além de prejudicar a legitimação da tese jurídica àqueles que não puderam participar do julgamento. Outro ponto relaciona-se ao fato de que o “sujeito condutor” havia destacado questões como o porte de arma aos policiais temporários, o atendimento no COPOM, e como tais atividades seriam intrínsecas ao serviço dos policiais efetivos. A abertura do debate que seria possibilitada pela audiência pública poderia ter dado a essa questão, que na visão desses sujeitos era importante para que as verbas remuneratórias lhe fossem garantidas, maior atenção dos magistrados. Outro aspecto é que essa questão não foi objeto de análise do acórdão que julgou o IRDR e fixou a tese jurídica, apesar de reiteradamente levantado como algo que poderia mudar a conclusão do tribunal. O fato de o “sujeito condutor” ser uma única pessoa, em demanda individual na qual era representada por

⁵⁰⁴ Op.cit. fls. 242

apenas um advogado também corrobora para a necessidade de designação de audiência pública. No mais, a questão do desvirtuamento da função dos temporários, assim como o porte de arma que não poderia ter sido conferido a tais policiais, também foi destacada pelo parecer da PGJ, de forma que merecia a análise do tribunal.

O relatório do acórdão não listou os argumentos suscitados, nem os resultados apontados pela pesquisa solicitada pelo relator. O acórdão afirmou a distinção entre o tema 916 do STF, mas este não havia sido suscitado pelas partes, de forma que a melhor posição para a concretização do princípio do contraditório seria ter havido prévia intimação das partes sobre a semelhança ou distinção entre o tema 916 do STF e o IRDR 02 do TJ/SP. Apesar de o argumento quanto ao desempenho das mesmas funções não ter sido analisado, o acórdão fez constar que os adicionais pleiteados não deveriam ser concedidos, pois “são típicos das carreiras estatutárias de policiais do Estado de São Paulo”. Como o argumento não foi analisado, não há como saber se os magistrados teriam chegado a outra conclusão caso tivessem considerado o desempenho das mesmas funções quando do julgamento. Com a análise do argumento, caso o tribunal assim entendesse ser o caso, poderia ter firmado uma subtese para tratar da hipótese de se provar que os policiais militares temporários desempenhavam funções típicas dos policiais efetivos. Conforme se depreende do acórdão, esse é um caso em que os magistrados que votaram pela fixação da tese qual como restou fixada concordaram com a conclusão, mas apresentaram declaração de voto. Como ressaltado no capítulo 2, esse tipo de posicionamento dificulta a extração da *ratio decidendi* e põe em xeque o bom funcionamento do IRDR. No caso em questão, o julgamento ainda foi por maioria, na medida em que o relator, Desembargador Coimbra Schimidt, restou vencido quanto à tese que os policiais militares temporários fariam jus ao auxílio mensal, mas não à remuneração prevista para o efetivo, nem a contagem do tempo de serviço. Em seu voto, ressaltou que casos particulares nos quais se verificasse o exercício da mesma função, teriam que ser investigados, sem apontar qual seria a consequência no caso de se verificar o desvio da função. Este não foi o único voto vencido, pois houve ainda o voto vencido da Desembargadora Flora Maria Nesi, contando ainda com outra declaração de voto do Desembargador Torres de Carvalho, que acompanhou o relator sorteado, mas divergiu quanto à contagem do tempo de serviço. O julgamento por maioria, com mais de uma declaração de voto, demonstra o quanto a questão jurídica ainda se mostrava controversa dentro do próprio órgão julgador. A falta da delimitação da questão jurídica também pode ter contribuído para a dispersão dos votos, em especial porque o argumento do desvirtuamento das funções dos temporários, que desempenhavam as atividades fim dos efetivos, inclusive com porte de arma,

não chegou a ser objeto de análise, em que pese as manifestações nesse sentido. O voto vencido chegou a mencionar a questão, mas não indicou qual seria a consequência jurídica do desvirtuamento da função. Com efeito, o próprio “sujeito condutor” pediu, em sede de embargos de declaração, que fosse sanada omissão quanto a “casos de fato pontuais, como os inúmeros trazidos em sustentação oral pela Requerente, há que ser analisado e tratado a situação como único, e não como a regra geral fixada pela tese jurídica do presente IRDR”. A questão se mostra legítima, seja porque o argumento foi suscitado, mas deixou de ser analisado, seja porque, com o estabelecimento de uma regra geral que não fizesse qualquer ressalva quanto a outras situações, o *distinguishing* seria dificultado e constituiria mais um ônus a ser imposto aos policiais temporários que ajuizassem ações. No mais, os documentos dos autos do IRDR demonstram que por muitas vezes a situação envolvia o desempenho de atividades típicas dos policiais efetivos, de forma que, a ausência de análise da questão para a fixação da tese jurídica contribuirá para que novas ações sejam distribuídas, sob o fundamento de que, como a questão não foi analisada, a tese não se aplica em razão da distinção. A questão, no entanto, é que diversas foram as menções ao desempenho de funções idênticas pelos temporários e pelos efetivos, apesar de serem atividades fim da polícia militar. Isto é, as manifestações indicam que o “fato tipo” seria o de policiais temporários que desempenhavam funções típicas dos policiais efetivos. Poder-se-ia admitir que existissem dois “fatos-tipo”, um no qual os temporários desempenhariam as funções administrativas, e outro para o qual os temporários exerceriam atividade fim, inclusive o porte de arma, de forma que o tribunal fixasse tese para ambas as situações. No entanto, sem a análise da segunda situação, o julgamento se mostrou incompleto e, nesse sentido, não houve o esgotamento do debate. A falta da delimitação da questão jurídica, quando da admissão do incidente, pode ter sido um fator que contribuiu para que esse ponto não fosse analisado. Ao rejeitar os embargos de declaração a turma afirmou a impossibilidade de ampliar o objeto de cognição do IRDR.

Por consequência, a tese firmada: nada mencionou sobre o desvirtuamento de função, seja para dizer que “ainda que houvesse desvirtuamento de função”, seja para dizer que “quando houvesse desvirtuamento de função” seria adotada outra tese ou a tese não teria efeitos vinculantes. De toda forma, a tese jurídica é dotada de clareza, já que não utilizou conceitos indeterminados, princípios ou cláusulas gerais, assim como de concretude, na medida em que menciona especificamente que está tratando dos “Soldados PM Temporários”, contratados no âmbito de determinada lei, apesar de não ter expressado a *ratio decidendi*. No mais, ao julgar os embargos de declaração, o tribunal afirmou que não havia necessidade de fazer constar na tese jurídica a forma de recolhimento da contribuição previdenciária, já que o

acórdão analisou a questão. De fato o acórdão analisou, mas a melhor opção parece ser pela expressa menção na tese jurídica, tanto para facilitar a compreensão e ter ciência de que a questão foi objeto de análise quando do julgamento do IRDR, quanto em atenção aos votos divergentes e eventuais confusões que possam ser geradas. Fazer a expressa menção na tese jurídica contribuiria para o caráter de mecanismo de gestão e para a concretude da tese jurídica. Nesse sentido, propõe-se que tivesse sido formulada uma subtese para tratar da questão relativa à forma de recolhimento da contribuição previdenciária.

O motivo para o primeiro pedido de revisão da tese firmada no IRDR 02 do TJ/SP, em abril de 2019, foi o trânsito em julgado da ADI 4.173/DF, ocorrido em 19 de março de 2019. O pedido foi feito pela própria Fazenda Pública do Estado de São Paulo em menos de um mês após o trânsito em julgado no STF, o que indica um acompanhamento atento do referido julgamento no STF. Ocorre que a referida ADI foi ajuizada em 27 de novembro de 2008, quase oito anos antes do pedido de instauração do IRDR, bem como foi mencionada pela Fazenda Pública na contestação apresentada na ação que deu origem à instauração do incidente, além de ter sido mencionada pelo Ministério Público e pela declaração de voto vencido do Desembargador. Nesse sentido, o IRDR 02 indica uma falha enquanto mecanismo de gestão, em razão de todo o esforço do tribunal e das partes, sem que se atentasse para o possível impacto que a decisão do STF poderia causar na tese firmada pelo tribunal. Uma postura mais ativa do tribunal quanto à ampliação do debate poderia ter tornado o julgamento do IRDR 02 mais eficiente, seja para se identificar que o julgamento da ADI influiria diretamente no julgamento do incidente, razão pela qual talvez o mais aconselhável fosse não prosseguir com sua admissibilidade e julgamento, seja porque se identificou que a ADI não se relacionava ao objeto do incidente e, por isso, este poderia prosseguir. O primeiro pedido de revisão de tese não foi admitido por questões processuais, mas, como era de se esperar, ele tornou a parecer em outro processo.

Em cerca de um ano e meio desde o julgamento do IRDR 02, dois pedidos de revisão de tese foram suscitados, ao menos, além de que, durante a instrução do novo IRDR, as partes informaram que a Fazenda Pública interpôs recursos, apresentou impugnações ao cumprimento de sentença e até propôs ações rescisórias em demandas que ensejaram a aplicação da tese firmada no IRDR 02. Não é esse o resultado que se espera de um julgamento em sede de IRDR. O interessante é que, apesar de sua irresignação, a Fazenda Pública não interpôs recurso especial ou recurso extraordinário contra o acórdão que julgou o IRDR.

A admissão do pedido de revisão de tese que deu origem ao IRDR 35 contou com a participação de mais sujeitos processuais. Além dos “sujeitos condutores”, quatro sujeitos

vinculados aos policiais militares – sendo que dois desses sujeitos se afirmaram representantes de dezenas de outros jurisdicionados na mesma situação – se manifestaram nos autos do IRDR 35, ainda que o tribunal não tenha se manifestado quanto à admissão dos requerimentos de participação.

Mais uma vez, a questão jurídica a ser julgada não foi definida. Em que pese ser um pedido de revisão de tese, a delimitação, no acórdão, dos motivos que levaram à admissão do pedido de revisão e que, por isso, seriam objeto de análise seria uma medida mais adequada. Até porque, apesar de o pedido de revisão de tese ter se baseado no julgamento da ADI, diversos sujeitos relacionados aos policiais militares temporários passaram a indicar que a tese não deveria ser revisada porque a questão na verdade se relacionaria com o tema 551 do STF.

Ao final, a tese foi revisada em razão do tema 1114 do STF. Além de não ter sido o motivo que levou à instauração da revisão, a incidência da tese do tema 1114 do STF foi argumentada por um único sujeito, sem que se tivesse dado vista aos demais sujeitos para que se manifestassem antes do julgamento do IRDR e consequente fixação da tese jurídica. No mais, o acórdão do IRDR 35 não contém o voto que levou à revisão da tese firmada no IRDR 02 em razão do tema 1114 do STF e não em razão da ADI. Com isso, não há como saber o que o tribunal considerou para fins de reconhecer a aplicação, nem a *ratio decidendi* do julgamento. Mais uma vez, os argumentos como o desempenho das mesmas funções e o porte de arma não foram analisados – ou, se foram no voto vencedor, não há como saber.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A convergência entre os sistemas jurídicos, com a importação de institutos e técnicas processuais, demanda atenção dos estudiosos e operadores do direito a fim de que as importações sejam adequadas à realidade brasileira.

O incidente de resolução de demandas repetitivas demonstra ser um instituto compatível com essa realidade, na medida em que se destina ao tratamento das demandas repetitivas, responsáveis pelo abarrotamento do Poder Judiciário e que necessitam de uma resposta isonômica do Estado Juiz.

Contudo, tal como os institutos que lhe antecederam, o IRDR poderá enfrentar obstáculos na formulação e aplicação da tese jurídica. A preocupação motivou este estudo, que então voltou a atenção à origem do sistema de precedentes, o sistema jurídico inglês. De início, se demonstrou como as peculiaridades do *common law*, anterior ao sistema de precedentes, fez com que esse sistema lá se desenvolvesse, assim como se destacou que *stare decisis* e *common law* são institutos distintos, bem como que a ideia de precedente vinculante veio a ser adotada anos após o desenvolvimento do *common law*. Em seguida, o estudo passou à análise do sistema de precedentes nos Estados Unidos da América para, então, expor as principais diferenças entre o sistema de precedentes do *stare decisis* e o sistema de precedentes brasileiro.

Como o Brasil é filiado ao *civil law*, fez-se necessário primeiro contextualizar o desenvolvimento do *civil law*, tal como feito com o *common law*. Ressaltou-se a desconfiança dos países de *civil law* quanto ao papel dos juízes, herança da Revolução Francesa, em especial com a tentativa de estabelecimento de sentido e limites rígidos na legislação, que prescindiriam da interpretação dos magistrados. Em seguida, demonstrou-se que o Brasil não conseguiu permanecer desvinculado do sistema de precedentes, diante da introdução dos conceitos jurídicos e cláusulas gerais nas legislações, bem como na CRFB/88.

A multiplicidade interpretativa, aliada a um cenário de ajuizamento em massa, criou o contexto de proferimento de decisões díspares para situações semelhantes, quando não idênticas, sendo o sistema de precedentes um caminho para conferir coerência, isonomia e segurança jurídica, além de diminuir o tempo necessário ao julgamento dos casos e reduzir a litigiosidade. A questão, no entanto, é que, enquanto no sistema de *common law* os precedentes foram paulatinamente criados e acompanhados do estudo para o aperfeiçoamento

e identificação da *ratio decidendi*, no Brasil, a situação foi diferente. Neste, a estrutura jurídica se formou a partir do *civil law* e o sistema de precedentes foi introduzido por meio de previsão legal—não pelos costumes – pela qual já se sabe que determinado caso formará um precedente vinculante que já expressará a tese jurídica a ser adotada no julgamento dos casos posteriores.

Como o IRDR é um instituto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro recentemente, com trâmite diferenciado dos demais institutos do sistema de precedentes, tal como os recursos repetitivos, o estudo passou a explicar seu procedimento e particularidades, a exemplo da cisão cognitiva e decisória, ponto que diferencia sobremaneira o julgamento do IRDR de um julgamento de caso que virá a se tornar precedente no *common law*, no qual o caso concreto é julgado e dele se extrai a *ratio decidendi*.

Para lidar com a situação do Poder Judiciário de forma satisfatória, o IRDR deve atender à sua função de mecanismo de gestão e ser julgado em atenção à eficiência, de forma que se julgue menos e melhor, sem a necessidade de reanálise de argumentos em casos idênticos, preocupação que também perpassa pelo sistema de precedentes do *common law*, como destacado.

O Tema 210 da Repercussão Geral é um – não o único – exemplo dos problemas que a fixação da tese jurídica pode gerar, com tentativas de distinção que levam à interposição de recursos e até mesmo com tribunais que se recusam a aplicar o entendimento do STF, ou, ainda, o entendimento que o STJ fixou após o julgamento do STF, como já se destacou. A preocupação, então, é que os mesmos problemas sejam vivenciados no julgamento do IRDR, de forma que se mostrou necessário refletir sobre a forma de julgamento do incidente.

Com vias a atender ao caráter de gestão do IRDR, deve-se buscar que o tempo e material gastos com o julgamento não tenham sido em vão, com uma tese jurídica que seja revista em pouco tempo. Nesse contexto, a superação da tese deve ser exceção para os casos que se fizerem necessários, tal como quando houver a alteração superveniente da lei, mudança fática que impossibilite a aplicação da regra e o desenvolvimento do ordenamento jurídico que não permitissem mais a aplicação da regra, mas não, por exemplo, pela mudança da composição do tribunal. O sistema dos Estados Unidos da América trabalha com a ideia de *super precedents*, casos que são vastamente aplicados e dificilmente superáveis, bem como com a ideia de *subprecedents*, que seria o oposto, isto é, casos que pouco influenciam enquanto precedentes, seja porque são tão específicos que a aplicação a outros casos é impossibilitada, seja porque se estabeleceu um marco temporal para que fossem usados como precedentes, seja porque se mostram instáveis ou caem em desuso.

A propositura de parâmetros se faz necessária para que haja uma referência a ser observada no curso do julgamento do IRDR. Como instituto integrado ao sistema de precedentes brasileiro, é necessário se atentar à *ratio decidendi* do julgamento e sua relação com a tese jurídica. Enquanto a extração da *ratio decidendi* no *common law* é feita após o julgamento do caso concreto, muitas vezes ao longo do tempo, o IRDR precisa estabelecer a tese jurídica tão logo conclua o julgamento. Chegou-se à conclusão de que tese jurídica não equivale à *ratio decidendi* do julgamento, mas recomendou-se que o tribunal, ao firmar a tese jurídica, extraia a *ratio decidendi* e a faça constar na tese, assim como as hipóteses de incidência desta. A proposta feita partiu da perspectiva de gestão e eficiência, a fim de evitar maiores esforços interpretativos na análise do acórdão que julgou o IRDR, podendo levar a maiores discussões quanto a pedidos de distinção. Apesar de se propor que a tese jurídica expresse a *ratio*, o estudo não identificou problema caso isso não ocorra, casos em que talvez se faça necessário voltar ao acórdão para se identificar a extensão do efeito vinculante daquela tese jurídica.

A forma de julgamento dos órgãos colegiados que compõem o Poder Judiciário brasileiro é objeto de preocupação, seja porque não se deseja que a alteração da composição do tribunal possa gerar o cancelamento ou revisão da tese jurídica, em especial quando esta for firmada por maioria, seja porque as declarações de voto dificultam a extração da *ratio decidendi* do julgamento. No primeiro caso analisado no capítulo quatro, julgado por maioria, diversas foram as declarações de voto, o que dificultou a extração da *ratio decidendi*, e pode ter contribuído para a celeridade na afetação do tema para revisão de tese. No segundo caso, observou-se questão mais grave, pois o acórdão não continha o voto vencedor que levou à revisão da tese jurídica.

A formulação da questão jurídica controvertida a ser julgada pelo IRDR é ponto crucial para o bom julgamento e conseqüente fixação da tese jurídica, na medida em que norteará o debate e delimitará a discussão. No entanto, trabalhar-se com a ideia de estabilidade da questão jurídica, sem possibilidade de expansão da tese jurídica, parece ir de encontro ao escopo do IRDR e à necessidade de esgotamento do debate. Nesse sentido, desde que os sujeitos que participarem do IRDR dialoguem em contraditório e desde que a matéria que extrapolaria a questão jurídica afetada pelo julgamento não seja desvinculada do tema, a melhor posição parece ser aquela que possibilita a expansão da tese jurídica para além dos termos postos na questão jurídica controvertida. Nos casos analisados no capítulo quatro, contudo, o tribunal não delimitou a questão jurídica controvertida.

A formulação da tese jurídica, por sua vez, deve ser antecedida de muita reflexão, na medida em que esta visa pacificar uma controvérsia já existente e, por isso, deve prezar pela clareza, evitando termos que possibilitem múltiplas interpretações tal como conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Também deve-se evitar que a tese jurídica contenha grau de abstração, tal como uma lei; a tese deve buscar ter maior concretude, como se explicou.

O esgotamento do debate e a análise de todos os argumentos suscitados é essencial para o julgamento do IRDR, em especial para conferir legitimidade democrática à tese, já que diversos sujeitos não poderão participar do debate diretamente, mas estarão vinculados ao seu resultado. O respeito ao princípio do contraditório, na perspectiva do direito de influência e possibilidade de convencimento, é imprescindível para o bom funcionamento do instituto e para representar os interesses dos que não participarão diretamente do debate. Não obstante, verificou-se que argumentos aduzidos pelo “sujeito condutor” – e daquele que não representava um litigante habitual – não foram analisados. No caso analisado no capítulo quatro, a questão relativa ao desvirtuamento da função dos policiais temporários e do porte de arma poderiam ter sido pontos que levariam a uma conclusão diversa, contudo, o tribunal não analisou a questão, apesar de ter surgido reiteradas vezes.

A participação de todos com interesse na controvérsia não será possível, já que se trata de mecanismo que versa sobre demandas repetitivas e, portanto, com alto número de litigantes, mas ter a contribuição com novos ou melhores argumentos como filtro para a participação se mostra uma medida adequada. Nos incidentes analisados, não houve análise quanto à intervenção de “sujeitos sobrestados”, nem da Defensoria Pública ou de *amicus curiae*.

Por isso, a publicidade em torno da instauração do IRDR, com vias a possibilitar a participação, a postura ativa dos magistrados, não apenas quanto à publicidade, mas também na ampliação do contraditório, assim como a participação do Ministério Público, Defensoria Pública, *amicus curiae*, “sujeitos condutores” e dos “sujeitos sobrestados”, são medidas que permitirão o melhor funcionamento do instituto. Cada um dos referidos sujeitos contribuirá de forma diferente para o esgotamento do debate em torno da questão jurídica controvertida. Nos casos analisados, a forma de publicidade se limitou àquela prevista no CPC/15 e, por outro lado, não houve participação da Defensoria Pública, nem de *amicus curiae*. No primeiro caso, o IRDR 02, apenas um “sujeito condutor” participou do julgamento, sem a intervenção de nenhum outro “sujeito sobrestado”, em que pese o outro “polo” do incidente contar com a

Fazenda Pública, litigante habitual e mais bem preparado para o tipo de enfrentamento do IRDR.

Os casos analisados indicavam que os sujeitos afetados pela tese jurídica não estavam conformados com o resultado. Alguns argumentos já suscitados no IRDR 02 foram novamente arguidos no IRDR 35, pois não haviam sido objeto de análise pelo tribunal e continuaram a não ser analisados. Como alguns argumentos não foram analisados, e alguns magistrados chegaram a mencionar que situações específicas deveriam ser analisadas caso a caso, é possível que a questão chegue novamente ao tribunal por meio de novo IRDR. Caso aconteça, será o terceiro IRDR em que a matéria poderia ter sido analisada, o que demonstraria uma falha enquanto mecanismo de gestão.

Para o melhor tratamento da litigiosidade, será necessário que o tribunal dê mais atenção ao momento de fixação da questão jurídica controvertida, delimitando-a com clareza e de forma precisa quando da admissibilidade do incidente, bem como que busque ativamente esgotar o debate e fazer representar os interesses daqueles que serão afetados pela tese jurídica. É necessário que a forma de julgamento das teses jurídicas se diferencie da forma de julgamento usual, em que os magistrados tendem a apenas acompanhar o relator ou a declarar votos que destoam do voto vencedor e dificultam a extração da *ratio decidendi* do acórdão.

A atenção à forma de julgamento e à formação da tese jurídica são pontos essenciais ao bom desempenho do IRDR e merecem a atenção de todos os envolvidos no julgamento para que o problema da morosidade e da instabilidade seja contornado. Nesse sentido, espera-se que esta dissertação possa contribuir para o tema e fomentar seu estudo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro?. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 7, 2011. p. 288-338.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de.; SANT'ANNA, João Marcelo. A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal. In: CONPEDI, 2015, Sergipe. **Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 149-180.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Convenção de Montreal de 1999 e o Transporte Aéreo Internacional no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, v. 91, 2008, p. 34-40, . Disponível em < <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1803.pdf>> Acesso em: 12 mai. 2021.

ALVES, Tatiana Machado. **O gerenciamento processual no Código de Processo Civil de 2015: mecanismos para gestão cooperativa da instrução probatória e integração da atuação dos sujeitos processuais**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado: 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, 2009, p. 1149.

_____; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. **Revista de Processo**, v. 44, 2019, p. 183-204.

_____. et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1405.

_____. 2020. 1 vídeo. VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis edição 2020 on-line **Publicado pelo canal OAB Santa Catarina**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=om5Aqak892Q>> Acesso em: 28 abr. 2021.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **RePro**. ano 36. vol. 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011, p. 246.

BARBOSA MOREIRA José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-52.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**. v. 6 n. 24, 2003, p. 55-69.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de Direito Processual**. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-313.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>.

BERNARDO, Clarissa Campos. ; ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. O sistema de precedentes no novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral. In: Volpe, Luiz; Lucon, Paulo Henrique dos Santos. (Org.) **Coleção Repercussões do Novo CPC - Direito Eleitoral**. 1ed.Salvador: Editora JusPodivm, v. 12, 2016, p. 75-91. Disponível em <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/110326b23e420a9f095757542fa156dd.pdf> Acesso em: 12 Jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sessão Plenária**. RE 636331 / RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.154.120/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 09 Abr. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 517.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, 2014, p. 201-229.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 117, 2004, p. 27-29.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, ano 105, vol. 404, p. 22.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao artigo 138. In: STRECK, Lênio; NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 6, p. 41-47, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, ano 105, vol. 404, p. 10-11.

CABRAL, Antonio do Passo. O amicus curiae no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 28, 2019, p. 285-303.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto de novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2013, p. 73-99.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentário aos arts.976 a 987. in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p.1447.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1-381.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-479.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.) **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p. 63-244.

CHAVES, Guilherme Veiga. Estudo do "Caso Planaltina", o IRDR sem representante dos ausentes, transformado em recurso especial repetitivo sem contraditório. **Migalhas**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/345335/o-irdr-sem-representante-dos-ausentes-transformado-em-resp-repetitivo>> Acesso em: 14 jun. 2021.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 752, 1998, p. 11.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2016, p. 24-235.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 193, 2011, p. 255-279.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx> Acesso em: 15 mar. 2020.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2121.

DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. (Org.) **Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC**. 1ed.Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2013, p. 333-362.

DIDIER Jr., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de processo**, v. 258, 2016, p. 257-278.

_____; ZANETI JR., Hermes ; ALVES, Gustavo Silva . Intervenção dos Membros de Grupo no Julgamento de Casos Repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org.) . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 775-792.

FERRAZ, Taís. Schilling. Ratio Decidendi X Tese Jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, v. 265, 2017, p. 419-441.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, 2000, p. 90-96.

_____. Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio**, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014, p. 148-167.

FUX, Luiz. BODART, Bruno. O novo código de processo civil: superando as fronteiras entre common law e civil law. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Cândido Rangel Dinamarco; Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Luiz Fux. (Org.) **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 59.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. O novo CPC e o fim da gestão na Justiça. **JOTA**, São Paulo, 2014. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica-22122014> Acesso em: 26 mar. 2021.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), p. 161-183. Disponível em <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>> Acesso em: 30 mai. 2020.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais**. 1 ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 409-410.

GUEDES, Cintia Regina. O incidente de resolução de demandas repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 749-767.

HOMCI, Arthur Laércio; GOES, Gisele Fernandes. A Quem interessa o caos interpretativo na solução judicial das demandas consumeristas de massa no Brasil?. In: XXVIII Congresso Nacional Do CONPEDI, 2019, Belém. Anais do Xxviii Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 43-57.

KLETEMBERG, Melina Faucz. **A representação adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas**. Dissertação (mestrado). Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019, p. 142/143.

LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o restatement of the law dos norte-americanos. *Revista LTr*. n.30. São Paulo: Ed. LTr, jan.-fev. 1996, p. 7. *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza - eficácia - operacionalidade**. 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 413.

Lucas Buril de Macêdo; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (Org.). **Coleção grandes temas do novo CPC - Precedentes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2016, p. 569-591.

MAIA, Maurilio Casas. O Ministério Público e a Defensoria Pública como intervenientes constitucionais autônomos no IRDR: sobre as legitimidades institucionais de Custos Juris, de Custos Vulnerabilis e de Amicus Communitatis. In: PORTO, José Roberto Mello; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Org.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panoramas e Perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 571-578.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, 2009, p. 175-232. Disponível em: <https://www.academia.edu/29348429/APROXIMA%C3%87%C3%83O_CR%C3%8DTICA_ENTRE_AS_JURISDI%C3%87%C3%95ES_DE_CIVIL_LAW_E_DE_COMMON_LAW_E_A_NECESSIDADE_DE_RESPEITO_AOS_PRECEDENTES_NO_BRASIL_CRITICAL_APPROACH_BETWEEN_CIVIL_LAW_AND_COMMON_LAW_AND_THE_NEED_FOR_RESPECTING_PRECEDENTS_IN_BRAZIL>. Acesso em: 30 mai. 2020. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 63-76.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, v. 918, 2012, p. 351-416.

MARIOTINI, Fabiana Marcello Gonçalves.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Controle de aplicação de tese firmada em recurso repetitivo: uma análise crítica da Reclamação no. 36.476/SP à luz da sistemática processual-constitucional. In: Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis**. 1 ed., v. 15, 2020, p. 135)

MAZZOLA, Marcelo. STJ: Processamento do IRDR por sistemática do repetitivo. **JOTA**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-processamento-do-irdr-por-sistemica-do-repetitivo-04082017>> Acesso em: 16 mar. 2019.

MAZZONE, Jason, **Subprecedents** (May 8, 2018). University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 18-18, Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3175533>> - Acesso em: 01 mar. 2021, p. 5-32.

MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou Amigo da parte?** Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2008 (Dissertação).

MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Defensoria Pública na Tutela Coletiva: legitimidade ativa e intervenção como custos vulnerabilis. In: Marcelo Mazzola; Natália Ribeiro. (Org.) **Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na Advocacia**. 1ª. ed. Londrina: Thoth, 2021, p. 265-267.

MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. A fixação de teses jurídicas à luz do acesso à justiça e da análise econômica do direito. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Cândido Rangel Dinamarco; Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Luiz Fux. (Org.) **Estudos de Direito Processual em** MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 206-598.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 198.

_____; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas.** 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 783-775.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 130.

_____. 2020. VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis edição 2020 on-line **Publicado pelo canal OAB Santa Catarina.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CsrUZfrzis8>> Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24-181.

_____. 2020. VI Congresso de Processo Civil de Florianópolis **Publicado pelo canal OAB Santa Catarina.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CsrUZfrzis8>> Acesso em: 25 Abr. 2021.

_____.; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de (Org). . **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas.** 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 750-751.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** - da Persuasão à Vinculação, 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1, p. 154.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere** - a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 168-238.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa. O microsistema de casos repetitivos: apontamentos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Dalla Bernardina Pinho, Luiz Fux. (Org.). **Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.** 1ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, v. 1, 2019, p. 480-502.

PANTOJA, Fernanda Medina. Colegialidade e Deliberação. **Publicado pela página do Instagram Mulheres no Processo.** Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CQuIoPHnwPi/?utm_medium=copy_link> Acesso em: 10 Jul. 2021.

PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução história e a situação atual. **Revista de Processo**, v. 294, p. 121-145, 2019.

RE, Edward D. Stare decisis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, 1994. p. 7-13.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117.

ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVA; Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. **Legalidade da taxa DI**: Comentários à decisão do STJ no REsp 1.781.959. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/347079/legalidade-da-taxa-di-comentarios-a-decisao-do-stj-no-resp-1-781-959> Acesso em: 12 Jul. 2021.

RIBEIRO, Marcelo. Defensoria Pública na Tutela Coletiva: legitimidade ativa e intervenção como custos vulnerabilis. In: Marcelo Mazzola; Natália Ribeiro. (Org.) **Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na Advocacia**. 1ª. ed. Londrina: Thoth, 2021, v. , p. 316-317.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. **Revista de Processo**, v. 275, 2018, p. 89-117.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de . **Execução e recursos** - Comentários ao CPC de 2015. 1. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017, p. 857.

ROQUE, Andre Vasconcelos. In: GAJARDONI. Fernando da Fonseca; et. al. **Execução e recursos** - Comentários ao CPC de 2015. 1. ed. São Paulo: Método, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº. 0038758-92.2016.8.26.0000. Empregado Público / Temporário. Jéssica Cardoso Pomin versus Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Francisco Bianco. **Tribunal de Justiça Federal de São Paulo** (Turma Especial - Público). São Paulo, junho de 2020, p. 1 - 732.

_____. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº. 0036604-96.2019.8.26.0000. Averbação / Contagem de Tempo Especial. Colenda 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo versus Renata Rodrigues de Souza. Relator: Paulo Barcellos Gatti. **Tribunal de Justiça Federal de São Paulo** (Turma Especial - Público). São Paulo, julho de 2021, p. 1 - 484.

SCHENK, Leonardo. **Comentário em Qualificação de Dissertação - Lydia de Freitas Vianna**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

_____. Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores. **Revista de Processo**, v. 311, 2021, p. 215-232.

_____. Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores. **Revista de Processo**, v. 311, 2021, p. 215-232.

SILVA, Ricardo Menezes da. Representação, vinculação e o problema (não resolvido) das omissões estratégicas no IRDR. **Revista de Processo**, v. 314, 2021, p. 195-226.

STEWART, Ian. **17 equações que mudaram o mundo**. Zahar, versão digital.

TALAMINI, Eduardo. In.: TALAMINI, Eduardo; Alvim, Teresa (Org.); DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.); DANTAS, Bruno. (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1ª. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2015, versão digital, p. 385-386.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**, v. 110, 2003, p. 141.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 80-81.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2017, p. 65-219.

THEODORO JR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. **Revista de Processo**, v. 150, 2010, p. 11-23.

_____. Incidente de resolução de demandas repetitivas: natureza e função. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). **Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 523.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. **Revista de processo**, v. 218, 2013, p. 99.

VARGAS, Daniel Vianna. **Estabilidade objetiva do IRDR**: escritos sobre congruência e eficácia vinculante. Disponível em <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artgo_EstabilidadeObjetivaIRDR_DanielViannaVargas.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021.

VIANNA, Lydia de Freitas. Primeiras reflexões sobre o julgamento e fixação da tese no IRDR. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas**. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2020, p. 893-914.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; CARDOSO, Evorah Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, v. 9, 2009, p. 21-44.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil. Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, 2014, p. 5-299 (versão digital).