



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Sofia Orberg Temer

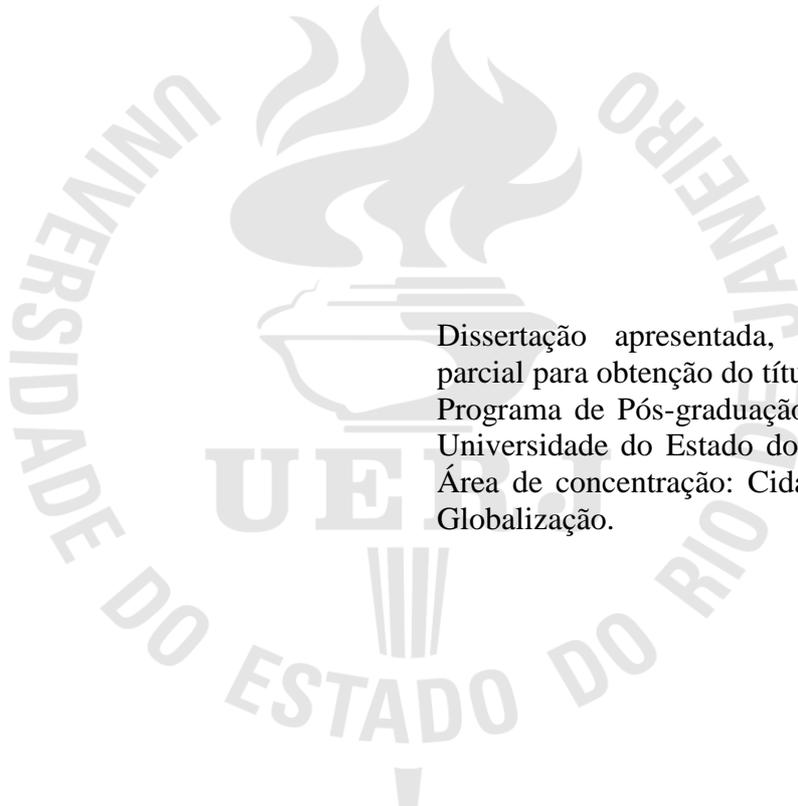
**Incidente de resolução de demandas repetitivas**

Rio de Janeiro

2015

Sofia Orberg Temer

**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: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Coorientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2015

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

T279

Temer, Sophia Orberg.

Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização / Sophia Orberg Temer. - 2015.

242 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Coorientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito e processo: técnicas de direito processual - Teses. 2. Direitos fundamentais – Teses. 3. Incidente processual – Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. II. Cabral, Antonio do Passo. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. 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

---

Data

Sofia Orberg Temer

**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 15 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Coorientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

Universidade Federal da Bahia

Rio de Janeiro

2015

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, meu orientador, por me acolher na UERJ já na banca de seleção, pelo tratamento sempre cordial, por se interessar pelas minhas considerações e por me encorajar a abordar este tema, sempre buscando dar um toque de sobriedade e experiência às minhas reflexões.

Agradeço ao Antonio do Passo Cabral, grande inspiração para o estudo do processo, por despertar e instigar reflexões valiosas, por incentivar o desenvolvimento de uma visão crítica, pela seriedade com que trata a (nossa) vida acadêmica. Agradeço especialmente pela abertura ao diálogo e por me fazer querer ir além.

Agradeço aos amigos que fiz na UERJ, pelas inúmeras oportunidades de diálogo, pela troca de ideias e pelas reflexões. Aos professores Bruno Freire e Leonardo Schenk, com quem tive mais contato, por me permitirem ocupar algum tempo de suas aulas para avançar em minhas reflexões sobre o tema. Ao Bruno Cavaco, Marcela Perez e Mariana Ferradeira, pelo carinho e atenção. Em especial, agradeço ao Ticiano Alves e Silva, com quem tive oportunidade de conversar incontáveis vezes sobre as ideias agora expostas, o que foi indispensável para a conclusão deste trabalho. Por fim, à Sônia, pelo prestativo e cuidadoso atendimento aos alunos.

Neste momento de retrospectiva, percebo que a vida tem sido muito generosa comigo. Nestes últimos dois anos, tive oportunidade de dialogar com pessoas que, até então, apenas conhecia (e admirava) dos livros e artigos. Todas elas me ajudaram, de algum modo, a construir meu pensamento. Por isso agradeço em especial ao Freddie Didier Jr. (que agora me honra em aceitar o convite para participar da banca desta dissertação), ao Leonardo Carneiro da Cunha, ao Hermes Zaneti Jr., ao Alexandre Câmara e ao Eduardo Fonseca.

Agradeço aos grandes amigos que fiz nos últimos anos, que compartilham comigo o fascínio pelo processo civil. Dentre tantos, ao Marcus Borges, Diogo Mendes, Paula Barreto, Bia Galindo, Leonard Schmitz, Carol Uzeda, Estefânia Cortes, Guilherme Oliveira, Daniel Colnago e Ravi Peixoto, por me permitirem expor minhas angústias sobre esse IRDR, por me ouvirem tantas vezes e por me ajudarem com importantes ponderações.

Aos meus amigos que me acompanham, de perto ou longe, nos caminhos que trilho para buscar o que me faz feliz. Luiz, Helena, Thamy, Cacaia, Marco, Laís, Luiza, Manoella, e muitos outros. Obrigada por estarem sempre presentes.

Por fim, não só agradeço, como dedico esta dissertação aos meus pais, Mauro e Monica, por tudo, absolutamente tudo, porque não há amor maior. Aos meus irmãos, Bruno, Marco, Sacha e Barbara, por serem meus, pelo carinho, pela felicidade de ser sete com vocês. Ao João, pelo amor e companheirismo. À Monica, pela generosa e carinhosa acolhida.

Esta dissertação não seria possível sem todos e cada um de vocês.

Muito obrigada.

Para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental (...). Querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta.

*Tratado da argumentação*  
*Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca*

O que amo na escrita é, sobretudo, o devaneio que a precede.

*Patrick Modiano*

## RESUMO

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização*. 2015. 242f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Esta dissertação analisa o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), instituto previsto no Código de Processo Civil de 2015. O incidente poderá ser instaurado nos tribunais estaduais e regionais, para resolução de questões de direito que se repitam em diversos processos, gerando risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Pretendemos, neste estudo, apresentar uma tentativa de sistematização deste instituto, abordando os contextos e fundamentos para sua criação, seu objeto, sua natureza e o seu processamento. O estudo dá ênfase ao estudo da estrutura subjetiva do incidente de resolução de demandas repetitivas, com o objetivo de delimitar as possibilidades de atuação dos sujeitos na construção da decisão judicial que fixa a tese jurídica, posteriormente aplicável às demandas repetitivas. A dissertação também dá ênfase ao estudo da decisão proferida no incidente, analisando seus elementos e sua eficácia. O presente estudo norteia-se pela tentativa de apresentar uma dogmática adequada para esta técnica processual.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Litigiosidade repetitiva. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

## ABSTRACT

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização*. 2015. 242f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This academic work analyses the “incidente de resolução de demandas repetitivas” (IRDR), or “incident for decision about repetitive claims”, introduced in the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. It is a procedural instrument destined to solve common issues repeated in several claims, generating risk of violating equality and juridical safety. This proceeding aims to establish a juridical thesis applicable to all claims. The intent of this study is to present a systemization of such proceeding, approaching the contexts and motives for its set up, its object, nature, and processing. In addition to analyzing the procedural stages of the incident, from its filing up to the application of the thesis, this work emphasizes the analysis and systemization of the subjective structure of the incident, aiming at delimiting the engagement possibilities of individuals upon construction of the decision that deems merit of the IRDR. This work also focuses on the analysis of the decision that establishes the juridical thesis applicable to the repetitive claims, analyzing their elements and efficacy. The aim of this study is to present certain elements to set up an adequate dogmatic for such procedural technique.

Keywords: Brazilian Civil Procedure Code. Incidente de resolução de demandas repetitivas.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CDC	Código de Defesa do Consumidor
DIH	Direitos Individuais Homogêneos
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MP	Ministério Público
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RR	Recursos Repetitivos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
1	<b>CONTEXTUALIZAÇÃO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA: FUNDAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS ESPECIAIS</b> .....	17
1.1	<b>Necessária adequação da técnica processual: a insuficiência dos meios processuais “tradicionais”</b> .....	18
1.2	<b>Fundamentos para a técnica processual diferenciada: a tríade isonomia-segurança-celeridade</b> .....	24
2	<b>O QUE SÃO DEMANDAS REPETITIVAS?</b> .....	28
2.1	<b>Direitos individuais homogêneos e a tradicional discussão sobre sua natureza: dimensão material versus dimensão processual</b> .....	28
2.1.1	<u>Há uma dimensão material que identifica os direitos individuais homogêneos?</u> .....	29
2.1.2	<u>Direitos individuais homogêneos e sua dimensão processual</u> .....	36
2.1.2.1	Técnica processual coletiva e identificação dos direitos individuais homogêneos: origem comum e preponderância de questões homogêneas...	40
2.1.3	<u>Demandas (ou questões) repetitivas: a distinção em relação aos “direitos individuais homogêneos”, identificados no contexto do processo coletivo..</u>	42
3	<b>NATUREZA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS</b> .....	50
3.1	<b>Apresentação da divergência: o IRDR julga “causa” ou apenas fixa tese?</b> .....	50
3.2	<b>Nossa posição: O IRDR fixa tese jurídica</b> .....	53
3.2.1	<u>IRDR resolve apenas “questões de direito”</u> .....	53
3.2.1.1	Fixação da tese e fato-tipo: o raciocínio tipológico empregado ao IRDR....	57
3.2.2	<u>Desistência ou abandono e a autonomia do incidente</u> .....	62
3.3	<b>O IRDR é meio processual objetivo</b> .....	64
3.3.1	<u>Esclarecimento: o empréstimo de algumas construções sobre o “processo objetivo” do controle de constitucionalidade e do movimento de “dessubjetivação” da atividade jurisdicional</u> .....	65
3.3.2	<u>O “processo objetivo” do IRDR: abstração e concretude</u> .....	72

3.4	<b>O IRDR não é técnica de processo coletivo.....</b>	74
3.4.1	<u>As ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos tutelam diretamente situações concretas.....</u>	76
3.4.2	<u>Ainda: o (possível) caráter coletivo do Musterverfahren não explica tal natureza para o IRDR.....</u>	80
3.5	<b>O IRDR não é mecanismo de cumulação de demandas: a distinção em relação ao litisconsórcio.....</b>	83
4	<b>PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....</b>	85
4.1	<b>Primeira fase: iniciativa para instauração e admissão do incidente.....</b>	85
4.1.1	<u>Legitimidade para provocar a instauração.....</u>	86
4.1.1.1	Dispensabilidade de causa pendente no tribunal.....	87
4.1.1.1.1	Instauração a partir do primeiro grau: algumas reflexões iniciais sobre a (in)competência dos tribunais estaduais e regionais.....	91
4.1.2	<u>Pluralidade de pedidos ou ofícios sobre a mesma questão.....</u>	98
4.1.3	<u>Instauração do IRDR e juizados especiais: breves comentários.....</u>	100
4.1.4	<u>Decisão de admissão.....</u>	101
4.1.4.1	Delimitação provisória do objeto do incidente.....	104
4.1.4.2	Suspensão das demandas repetitivas e possibilidade de distinção e prosseguimento.....	104
4.1.4.2.1	Suspensão da prescrição das pretensões fundadas na questão repetitiva.....	107
4.1.5	<u>Importância da publicidade e divulgação do incidente.....</u>	109
4.2	<b>Segunda fase: afetação e instrução.....</b>	110
4.2.1	<u>Delimitação do objeto do incidente: estabilização objetiva.....</u>	111
4.2.2	<u>Os sujeitos processuais e as possibilidades de atuação no incidente.....</u>	114
4.2.2.1	Algumas premissas para equacionar o problema da participação no IRDR.....	115
4.2.2.1.1	Primeira premissa: inviabilidade de participação direta e pessoal e inadequação da “tradicional” substituição processual.....	116
4.2.2.1.2	Segunda premissa: contraditório como direito de influência. Participação no IRDR como direito ao <i>convencimento</i> e não como como necessidade de <i>consentimento</i> .....	119
4.2.2.1.3	Terceira premissa: interesse e legitimidade como pressupostos processuais	

	desvinculados de relações substanciais. A estrutura multipolarizada do incidente.....	124
4.2.2.2	Identificando os sujeitos processuais e as formas de atuação no IRDR.....	133
4.2.2.2.1	Sujeitos condutores: a escolha de líderes para o debate.....	134
4.2.2.2.1.1	A legitimação para condução do incidente.....	135
4.2.2.2.1.2	Reflexões iniciais sobre os critérios para a escolha dos líderes: pluralidade de perspectivas argumentativa.....	140
4.2.2.2.2	Sujeitos “sobrestados”.....	148
4.2.2.2.2.1	Assistência: inviabilidade da mera transposição para o IRDR.....	149
4.2.2.2.2.2	Ainda: inadequação das modalidades interventivas do controle abstrato de constitucionalidade e do processo coletivo.....	155
4.2.2.2.2.3	A intervenção dos sobrestados: interesse na formação do precedente.....	157
4.2.2.2.3	A participação “interessada” do <i>amicus curiae</i> .....	165
4.2.2.2.4	A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública.....	172
4.2.3	<u>Instrução do incidente: pluralidade argumentativa</u> .....	175
4.3	<b>Terceira fase: julgamento</b> .....	176
4.3.1	<u>Procedimento da sessão de julgamento</u> .....	176
4.3.2	<u>A decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas: elementos e eficácia</u> .....	177
4.3.2.1	Nota introdutória: precedentes e decisão no IRDR. Aproximações e distinções.....	177
4.3.2.1.1	Breves notas sobre o “sistema de precedentes”: common law e civil law....	178
4.3.2.1.2	A tradição dos precedentes e a decisão do IRDR: importantes distinções...	182
4.3.2.2	O “precedente” formado no IRDR: tese jurídica e eficácia vinculativa.....	189
4.3.2.3	O que vincula na decisão?.....	191
4.3.2.3.1	Aspectos essenciais da decisão: eficácia vinculativa e estabilidade da tese jurídica.....	192
4.3.2.3.2	A “súmula” do IRDR.....	196
4.3.2.3.3	Fundamentação e interpretação da tese jurídica.....	199
4.3.2.4	Quem fica vinculado?.....	201
4.3.2.4.1	A não vinculação direta da Administração Pública.....	202
4.3.2.4.2	O argumento da violação da separação de poderes.....	205
4.3.2.4.3	A fragilidade do argumento da inconstitucionalidade pela violação da	

	independência do juiz.....	207
4.3.2.5	Casos pendentes e casos futuros: eficácias distintas?.....	208
4.3.2.6	Ainda: a estabilidade e a eficácia vinculativa da tese jurídica não se confundem com a extensão da coisa julgada.....	211
4.3.2.6.1	Inadequação dos institutos do <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i> .....	216
4.3.3	<u>Recorribilidade da decisão que julga o mérito do IRDR</u> .....	218
4.3.3.1	Causas decididas, decisões definitivas e recursos excepcionais: o enunciado de súmula nº 513 do STF e o IRDR.....	218
4.3.3.2	Interesse e legitimidade recursal.....	227
4.3.3.2.1	“Recurso” para estender a tese para âmbito nacional: nova concepção de interesse e legitimidade?.....	231
4.4	<b>Atos posteriores à conclusão do julgamento do incidente: aplicação e revisão da tese</b> .....	233
4.4.1	<u>Aplicação da tese: principais consequências no processamento e julgamento das demandas repetitivas</u> .....	234
4.4.2	<u>Revisão e superação da tese</u> .....	235
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	240
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	245

## INTRODUÇÃO

A Lei 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, estabelece um microsistema destinado à resolução de casos repetitivos, que compreende as técnicas destinadas ao julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos (RR) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Estes mecanismos visam a conferir tutela jurisdicional diferenciada para a litigância de massa.

Este fenômeno, também denominado de litigância repetitiva ou seriada, compreende tanto a reprodução de *demandas homogêneas*, relativas a pretensões isomórficas, porque fundadas em relações substanciais análogas, quanto a existência de áreas homogêneas em *demandas heterogêneas*, ou seja, questões comuns que se repetem em processos cujas pretensões são particularizadas, diferenciadas.

O processo civil tradicional, de bases individualistas, cujo núcleo central é a *lide*, não se demonstrou adequado para tutelar tais situações. Do mesmo modo, o processo coletivo, embora constitua inegável avanço na tutela de direitos com dimensão coletiva, demonstrou-se por vezes descabido, e por outras inefetivo para contingenciar todas as manifestações dessa litigância repetitiva.

Nos últimos anos, a legislação tratou de instituir alguns meios processuais destinados a tais situações, apresentando técnicas diferenciadas de forma esparsa e fragmentada, mediante reformas pontuais no Código de Processo Civil de 1973 e previsões inseridas em leis extravagantes. Não houve, contudo, uma reflexão completa sobre o fenômeno e não foi desenvolvida uma dogmática específica e adequada para tais técnicas diferenciadas.

Talvez por isso, tais institutos vêm sendo pensados e aplicados sob a lógica da litigiosidade tradicional subjetiva, bilateral, ou, quando muito, são assimilados com o processo coletivo, em especial com as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, o que acaba por acarretar na simples transposição de institutos próprios da dogmática coletiva para estas técnicas diferenciadas.

Assim, ao invés de *desenhar* institutos próprios para essa realidade, tenta-se, há algum tempo, *encaixar* os fenômenos da litigiosidade repetitiva aos *moldes* pré-existentes do processo individual e do processo coletivo.

O cenário vem se tornando mais complexo a cada dia. A reformulação das concepções tradicionais sobre os poderes do Estado, notadamente do Poder Judiciário, pressiona a revisitação do conceito de jurisdição, a reestruturação do processo e da ideia de *lide* como seu elemento nuclear. A lógica do sistema de precedentes, por sua vez, é cada vez

mais presente em nosso sistema jurídico, dadas as exigências de uniformidade, estabilidade e coerência na interpretação e aplicação do direito.

O novo Código de Processo Civil pode ser a oportunidade para refletirmos sobre este fenômeno. A instituição de um novo (e democrático) Código, passados quarenta anos do início da vigência do anterior, é fato que deve provocar reflexão sobre todos os institutos de nosso sistema processual.

No que tange à litigiosidade repetitiva, a previsão de um microsistema específico parece ser motivo suficiente para que se desenvolva uma estruturação coerente de seus institutos. O momento é propício para desencadear a revisão da dogmática empregada no sistema processual destinado às demandas de massa. Tentaremos, neste estudo, dar alguns passos nesta direção<sup>1</sup>.

Apesar de abordarmos alguns aspectos gerais do microsistema de resolução de casos repetitivos, que também compreende os recursos especial e extraordinário repetitivos (RR), este estudo tem como objeto o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto nos arts. 976 a 987 do CPC/2015<sup>2</sup>.

Em brevíssima síntese, o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre o mesmo ponto de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, com o objetivo de fixar uma tese jurídica que será posteriormente aplicada no julgamento das demandas em que se discuta a referida questão.

O incidente pode ser instaurado nos tribunais estaduais e regionais, a partir de processos que ilustrem a controvérsia sobre a questão de direito. Deverá ser oportunizada a

---

<sup>1</sup> Enfrentaremos, neste estudo, algumas das construções que vêm sendo observadas no sistema processual destinado à litigiosidade repetitiva. Tentaremos identificar quando a apropriação de institutos pré-existent é adequada e quando seria possível apresentar outras categorias ou concepções. Durante nossas reflexões, tivemos como norte o alerta de Barbosa Moreira, no sentido de que “dar a cada coisa o seu nome, e apenas este, não é preocupação formalística de quem pusesse acima de tudo o amor pela boa arrumação e pelo impecável polimento do mobiliário dogmático; é esforço que se inspira, principalmente, na compreensão da utilidade que daí se tira para a melhor aplicação do Direito e, portanto, para uma realização menos imperfeita da Justiça entre os homens” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares. Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971, p. 73-74, grifo nosso).

<sup>2</sup> Alguns motivos levaram-nos a realizar este corte temático: a) primeiramente, a delimitação se deve ao fato de que o incidente é um instituto novo, sem equivalente no Código anterior ou leis extravagantes, o que cria um ambiente especialmente favorável para desenvolvimento de ideias para sua estruturação; b) o corte é feito também porque adotamos uma especial concepção sobre a natureza estrutural do incidente (o que ficará claro no capítulo 3) que é defendida à luz de especificidades deste instituto e que talvez não seja plenamente adaptável ao sistema dos recursos repetitivos. E, como veremos, o desenho estrutural do incidente assentará premissas importantíssimas para o desenvolvimento de sua sistematização, de modo que não poderíamos defender uma estruturação coerente ignorando eventuais diferenças estruturais. O objetivo deste trabalho é apresentar uma tentativa de sistematização de um instituto processual, de uma técnica processual específica. Não obstante, algumas das construções apresentadas podem se adequar ao regime dos recursos repetitivos.

participação da sociedade e de sujeitos interessados, para possibilitar que o tribunal atinja um padrão decisório excelente, que possa ser aplicado às demandas repetitivas.

Neste estudo, a tentativa de sistematização do instituto foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro, o objetivo é apresentar o *contexto* e os *fundamentos* para criação de uma técnica processual diferenciada para a litigiosidade repetitiva. Será apontado brevemente o caminho percorrido para adequação da técnica processual e serão identificados quais são os direitos fundamentais que norteiam o desenvolvimento desta técnica.

O segundo capítulo foi estruturado com a finalidade de identificar o que o sistema processual brasileiro considera como *demandas repetitivas*. É indispensável, ao estudar o incidente de resolução de demandas repetitivas, compreender para quais situações ele se destina. Neste capítulo, será abordado também o que o sistema classifica como *direitos individuais homogêneos*, analisando a relação entre estes e as questões que podem ser objeto do IRDR.

No terceiro capítulo, analisaremos a *natureza* do incidente, objetivando definir suas características fundamentais e seu desenho estrutural. O objetivo desta análise será identificar as características da atividade jurisdicional exercida no incidente, o que é indispensável para compreender sua estrutura, seus elementos objetivos e subjetivos, seu procedimento, a eficácia das decisões ali proferidas, entre outras questões, como será demonstrado. É preciso pontuar, desde já, que adotamos o entendimento segundo o qual há, no IRDR, uma tutela que opera pela dessubjetivação, o que influencia toda a sistematização a ser apresentada.

O quarto capítulo é significativamente mais extenso do que os demais. Nesta última parte do estudo trataremos propriamente do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Serão abordadas as fases procedimentais do incidente, que dividimos em três: a) a primeira, que compreende os atos de instauração e admissão do incidente; b) a segunda, denominada de fase de afetação, em que há a delimitação do objeto do incidente e da sua estrutura subjetiva, além dos atos de instrução propriamente ditos; c) a terceira, que compreende o julgamento do incidente, com a solução da questão de direito e a fixação da tese jurídica.

Na apresentação da sistematização do incidente, será dada ênfase a duas questões que parecem especialmente importantes, talvez por serem mais complexas e controversas: a estrutura subjetiva e as possibilidades de atuação no incidente e a decisão, seus elementos e eficácia.

O problema relativo à identificação dos sujeitos processuais no incidente e a delimitação de suas esferas de atuação é delicado, porque está relacionado à legitimação da própria decisão e de sua eficácia vinculativa. O tema toca em um dos aspectos mais centrais do processo, que diz respeito ao contraditório, e, por isso não pode ser negligenciado.

Para nós, este é o elemento fundamental do IRDR. Resolvido o problema da participação, todos os outros aspectos do incidente serão de (mais) fácil equacionamento. Não à toa, os tópicos sobre os sujeitos processuais do incidente foram os que exigiram maior reflexão (e criatividade).

Por isso, procuraremos nos aprofundar nestas questões, apresentando algumas premissas para enfrentar o “problema da participação” no incidente, que se relacionam à constatação da insuficiência das concepções tradicionais de contraditório e das modalidades interventivas ligadas à lide. A proposta apresentada envolve a concepção de uma estrutura subjetiva multipolarizada para o incidente, em que a atuação é voltada à obtenção de decisões que tenham, em si, a força da coerção do melhor argumento.

Quanto à decisão do incidente, a proposta é analisá-la a partir dos influxos dos sistemas “tradicionais” de precedentes, sem, contudo, desconsiderar as peculiaridades deste instituto, que justificam distinções essenciais em seus elementos e em sua eficácia.

Por fim, apresentaremos brevemente, nos últimos tópicos deste quarto capítulo, os atos ou consequências posteriores à fixação da tese, que dizem respeito à sua aplicação aos casos repetitivos e à potencial revisão ou superação do entendimento firmado.

O incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser um instrumento muito importante para ressignificar a tutela da litigiosidade repetitiva no nosso sistema, tornando-a constitucionalmente adequada e efetiva. Nas linhas que seguem, tentaremos desenvolver ideias que possam gerar ao menos algum debate sobre o tema.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA: FUNDAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS ESPECIAIS

Os meios processuais destinados à resolução de casos repetitivos evidenciam a preocupação com uma problemática contemporânea, de massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos.

A concentração demográfica nos centros urbanos, a globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso a serviços e sua precarização, a virtualização das relações jurídicas, entre inúmeros outros fatores, vêm gerando o crescimento e a repetição dos vínculos jurídicos e, por consequência, dos conflitos levados ao Judiciário<sup>3-4</sup>.

As relações jurídicas são padronizadas, as pessoas titularizam direitos muito similares, os quais são ameaçados ou lesionados por condutas seriadas, o que faz com que se reproduzam no Judiciário diversos conflitos que possuem o mesmo desenho, com causas de pedir e pedidos similares<sup>5</sup>.

Paralelamente, e também em decorrência do expressivo e crescente número de processos judiciais, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causas de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos.

Em decorrência destes movimentos, convivem hoje: a) conflitos de natureza estritamente individual, particularizados por características únicas; b) conflitos heterogêneos

---

<sup>3</sup> Barbosa Moreira já apontava, logo após a promulgação da Constituição de 1988, a ocorrência desse fenômeno. O processualista provocou a discussão sobre a sociedade e o processo de massa, nos seguintes termos: “as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobrepõe, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?” (Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan. 1991, p. 187, versão digital).

<sup>4</sup> Alguns elementos que contribuem para o problema da massificação de conflitos, como a universalização e privatização de serviços públicos e ampliação de acesso ao crédito são apontados em: AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, notadamente o item “3”.

<sup>5</sup> Eduardo Talamini identifica o surgimento de “situações em que uma imensa quantidade de pessoas titulariza, individualmente, um direito que é na essência idêntico ao dos demais. E surgem situações em que estas pessoas têm, ao mesmo tempo, esses seus respectivos direitos ameaçados ou violados por uma conduta ou conjunto de condutas provenientes de um mesmo sujeito ou conjunto de sujeitos. Pensemos em consumidores que compraram todos um mesmo produto defeituoso; ou contribuintes numa mesma situação em face do Fisco; servidores públicos ou empregados privados numa idêntica posição jurídica em face de seus empregadores etc” (Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital).

de natureza coletiva; c) conflitos homogêneos, individuais e coletivos, com causas de pedir e pedidos similares; e, ainda, d) conflitos heterogêneos, individuais e coletivos, que possuem questões comuns<sup>6</sup>.

Estas duas últimas espécies de conflitos acabam sendo enquadradas como manifestações da litigiosidade repetitiva, ou litigiosidade de massa<sup>7</sup>, o que vem impondo modificações importantes no ordenamento jurídico, sobretudo no que se refere ao sistema processual.

Neste estudo, pretendemos analisar um dos meios processuais destinados a contingenciar esta litigiosidade, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Como introdução à tentativa de sistematização deste instituto, serão feitas breves considerações sobre a necessidade de se adequar a técnica processual e os fundamentos constitucionais para tais modificações.

### **1.1 Necessária adequação da técnica processual: a insuficiência dos meios processuais “tradicionais”**

O processo civil brasileiro foi desenhado para circunscrever conflitos de natureza individual, centrado na ideia de lide entre Caio e Tício, o que evidenciou sua insuficiência e inadequação para tutelar os conflitos contemporâneos marcados pelo signo da repetitividade<sup>8</sup>. Com efeito, a inadequação do sistema processual tradicional aos conflitos de massa se observa tanto sob a perspectiva do seu procedimento “ordinário” como da própria estruturação do sistema judiciário.

De um lado, o procedimento não é, em regra, adequado, porque foi ordinariamente estruturado visando a uma completa e ampla cognição acerca de questões particulares, sobretudo de natureza fática, com o objetivo de entregar uma decisão para cada caso concreto.

---

<sup>6</sup> Antonio Adonias Aguiar Bastos aponta que “as relações homogêneas ganharam terreno sobre os vínculos individualizados, sem, no entanto, extingui-los. Os dois passaram a coexistir, ocupando espaços que ora se confundem, ora se distinguem. Indivíduo e massa passam a conviver simultaneamente, sem que um deva excluir o outro” (Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 186, ago/2010).

<sup>7</sup> Os processos que veiculam tais situações são também chamados pela doutrina de “demandas seriadas, massificadas, isomórficas, coletivizadas, pseudo-individuais, macrolides, etc” (RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22).

<sup>8</sup> “As normas que disciplinam o processo civil brasileiro foram inspiradas no paradigma liberal da litigiosidade, estruturadas de forma a considerar *única* cada ação, retratando um litúgio específico entre duas pessoas. Em outras palavras, o processo civil é, tradicionalmente, individual, caracterizando-se pela rigidez formalista” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 179, jan/2010, versão digital).

O processo, na sua modelagem tradicional, foi pensado para que houvesse atividade jurisdicional singularizada, individualizando-se uma norma para cada caso, para cada conflito, e não para que houvesse aplicação uniforme do direito.

De outro, considerando-se o sistema numa perspectiva mais ampla, não é difícil perceber que estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho<sup>9</sup>. Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o país<sup>10</sup>, sendo deficiente a análise e o tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual<sup>11</sup>.

O cenário tem-se tornado cada vez mais preocupante, uma vez que a inadequação da tutela processual acarreta déficit de proteção às relações jurídicas<sup>12</sup> e obsta o acesso efetivo à Justiça<sup>13</sup>.

A feição repetitiva dos conflitos judicializados (ou de questões pontuais neles debatidos) tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do

---

<sup>9</sup> Para uma análise detalhada sobre a crise numérica de processos, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 373-407.

<sup>10</sup> Nesse sentido: “Do ponto de vista da efetividade, o volume absurdo de processos gerou, acima de tudo, grande morosidade para sua condução, decorrente do número limitado de servidores, juízes e recursos financeiros para o atendimento da demanda. Somadas as causas repetitivas em todo país, o número chega a casa dos milhões. O fato de elas serem analisadas individualmente – e não em bloco – atenta seriamente contra a economia processual, valor inserido no complexo valorativo da efetividade” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, versão digital).

<sup>11</sup> Sérgio Arenhart desenvolveu obra notável sobre a tutela coletiva de interesses individuais sob a perspectiva do critério da proporcionalidade, na dimensão panprocessual “ou seja, na relação externa dos processos ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41).

<sup>12</sup> Nesse sentido, Leonardo Greco sustenta que “a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225).

<sup>13</sup> Sobre acesso à justiça, ver: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

processo judicial<sup>14</sup>. O devido processo legal, pensado para os processos individualizados e únicos, demonstrou-se inadequado para as demandas repetitivas<sup>15</sup>.

Diante da insuficiência da tutela individual, pensou-se, primeiramente, que o processo coletivo pudesse abarcar tais situações conflituosas repetitivas<sup>16</sup>. O processo coletivo, aliás, já havia sido desenvolvido a partir da necessidade de adequação da tutela tradicional aos conflitos emergentes da sociedade contemporânea<sup>17</sup>, o que poderia justificar sua aplicação também à litigiosidade de massa.

A tutela coletiva, não obstante, também não se demonstrou totalmente efetiva para solucionar os problemas relacionados à litigiosidade repetitiva. Tanto por não ser possível tutelar, via ações coletivas, todos os conflitos classificados como repetitivos (o que evidencia

---

<sup>14</sup> Nesse sentido: “O processo deve *adequar-se* às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema. A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 179, jan/2010 (versão digital).

<sup>15</sup> Essa preocupação é externada por Antonio Adonias Bastos: “Às causas em bloco não se pode aplicar o *due process of law* com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais, com as mesmas construções doutrinárias e legal sobre as regras de estabilização da demanda e distribuição dos ônus da defesa e da prova, por exemplo, bem como a regulamentação dos limites objetivos da coisa julgada” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. In: DIDIER JR. Fredie et al. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 54).

<sup>16</sup> A proteção normativa a direitos coletivos passou a ocorrer no ordenamento brasileiro sobretudo a partir de 1965, com a disciplina da Lei da Ação Popular (Lei 4.717), que, embora já fosse prevista desde a Constituição de 1934, não tinha efetiva aplicação. O sistema de proteção coletiva foi fortalecido com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, em seguida, a Constituição de 1988 ampliou a gama de direitos e garantias metaindividuais e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) aperfeiçoou os meios processuais para tutelá-los, consagrando-se um microsistema de proteção coletiva de direitos. Não trataremos destes meios processuais coletivos, exceto quando importantes para desenvolvimento do tema deste estudo, o que ocorrerá pontualmente no decorrer do trabalho. Há farta bibliografia sobre o tema, da qual destacamos: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014; GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan. 1991; ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995.

<sup>17</sup> Nesse sentido: “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-50). Barbosa Moreira também aponta a inadequação do processo tradicional para os conflitos coletivos: “os esquemas tradicionais e os meios ordinariamente previstos para a solução de conflitos de interesses parecem aí, com frequência, inadequados ou insuficientes. Não são poucas as questões que, postas em relação a tais temas, passam a revestir feição *peculiar*, e por isso mesmo a exigir tratamento específico, diverso daquele a cujo emprego se acostumaram os juristas, no campo do processo e alhures” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, versão digital).

um espaço vazio de normatividade processual que, por si só, já aponta para a necessidade de desenvolver uma técnica processual específica<sup>18</sup>, como por algumas fragilidades do sistema brasileiro de proteção coletiva de direitos individuais homogêneos.

Com efeito, a doutrina aponta a existência de deficiências no sistema processual coletivo de defesa de direitos individuais homogêneos<sup>19</sup>, como a restrição em relação a algumas matérias que poderiam ser objeto de tais ações, como as de natureza tributária<sup>20</sup>; a restrição da legitimação ativa da pessoa natural<sup>21</sup>, a falta de critérios para aferir e controlar concretamente a adequação da representatividade<sup>22</sup>; a inadequada restrição da atuação de associações<sup>23</sup>; o ineficiente sistema de comunicação da propositura da ação coletiva aos interessados<sup>24</sup>; a condenação genérica e necessidade de execução individual<sup>25</sup>; o sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada<sup>26</sup>; a falta de uma cultura de associatividade e a tendência

---

<sup>18</sup> Demonstraremos, no capítulo 2, que as técnicas processuais destinadas à litigiosidade repetitiva abrangem situações conflituosas que não poderiam ser objeto das ações coletivas, ao menos com o desenho que possuem hoje. É o caso das demandas heterogêneas ligadas por uma questão comum exclusivamente processual, como, por exemplo, a incidência ou não de multa pelo não cumprimento voluntário da obrigação.

<sup>19</sup> Para uma ampla e profunda análise das ações coletivas, ver: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

<sup>20</sup> O que decorre, sobretudo, da vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

<sup>21</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, p. 237.

<sup>22</sup> Nesse sentido: VIGLIAR; José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis *et al* (Coords). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 323-329.

<sup>23</sup> O que decorre sobretudo de uma interpretação restritiva da jurisprudência, como a que passou a exigir autorização expressa do indivíduo para que pudesse se beneficiar da ação coletiva proposta pela associação, o que foi decidido pelo STF no RE 573.232, Rel. Marco Aurélio, DJ 19/09/2014.

<sup>24</sup> José Marcelo Vigliar provoca o debate sobre as deficiências na comunicação, indagando: “como pretender que um indivíduo tenha conhecimento da publicação do edital que noticia o ajuizamento de demanda que pode vir a beneficiá-lo (rectius: a demanda coletiva apenas poderá beneficiá-lo), se a publicação se deu no Diário Oficial de um outro Estado-Membro? (...) Sem hipocrisia, por favor: quem lê o Diário Oficial (com exceção dos obrigados por dever de ofício)?” (VIGLIAR; José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis *et al* (Coords). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 323-329, p. 323-329).

<sup>25</sup> Nesse sentido: “A necessidade de milhares de liquidações e execuções individuais das sentenças condenatórias coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos mina a técnica processual coletiva, na medida em que contradiz a sua característica fundamental, de molecularização das demandas” (GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, mar/2015, p. 223-257, versão digital). Há, contudo, quem defenda que a condenação genérica deva ser apenas subsidiária, justamente para impedir esta pulverização na execução. Por todos: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, vol. 222, ago/2013.

<sup>26</sup> Nesse sentido: “Ao instituir a coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* para os demais legitimados (art. 16 da LACP, art. 103, I e II, do CDC) ou mesmo *secundum eventum litis* para os indivíduos substituídos (art. 103, III e § 1.º, do CDC), permitiu o legislador que convivessem com ações coletivas centenas de milhares de ações individuais tratando de questões comuns a todos os interessados, em grave prejuízo do

à propositura de processos individuais<sup>27</sup>; a ausência de formas adequadas para flexibilização do procedimento e adequação ao conflito<sup>28</sup>. Há farta produção doutrinária apontando os motivos pelos quais o sistema coletivo relativo aos direitos individuais homogêneos, apesar de trazer relevante avanço em termos de tutela de tais direitos, não logrou o êxito esperado<sup>29</sup>-

30

---

funcionamento da máquina judiciária” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011).

<sup>27</sup> Sobre a resistência cultural às ações coletivas, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67-86.

<sup>28</sup> ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 536-542.

<sup>29</sup> Heitor Sica aponta este problema: “Embora, em teoria, o nosso sistema processual de tutela coletiva figure entre os mais avançados do mundo, na prática são muitos os problemas que impedem seu funcionamento adequado e eficiente, sobretudo para o fim de excluir dos órgãos judiciários demandas individuais. A insuficiência dos mecanismos de tutela essencialmente coletiva (direitos difusos e coletivos em sentido estrito, conotados por indivisibilidade) gera o fenômeno das chamadas demandas *pseudoindividuais*. De outro lado, desponta particularmente evidente a inaptidão da ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos para desestimular os mecanismos de tutela individual decorrentes do mesmo macrolitígio. Há várias causas para tanto, das quais se destacam as seguintes: (a) há ponderável chance de o jurisdicionado ignorar a existência do processo coletivo cuja sentença poderia beneficiá-lo individualmente; (b) o cidadão pode eventualmente contar com a sorte de sair vencedor da demanda individual a despeito da improcedência do processo coletivo (que não lhe afeta); (c) a amplitude do contraditório no processo coletivo e alguns entraves técnicos e econômicos comprometem a agilidade de sua tramitação. Isso sem se falar que a ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos não leva o jurisdicionado até o ponto culminante da outorga de tutela jurisdicional (a satisfação concreta do direito material), mercê da necessidade de liquidação e execução individuais da sentença coletiva genérica (tal como o cidadão que usa o transporte público apenas por parte do seu trajeto, que precisa ser completado por um automóvel particular). Sem tutela coletiva completa, adequada e eficiente, é inviável pensar-se em estímulo para que o jurisdicionado opte por não manejar o processo individual” (SICA, Heitor. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. *Revista de Processo*. vol. 236, out/2014 (versão digital).

<sup>30</sup> Nesse sentido, Rodolfo Mancuso explicita que: “Dentre os fatores que ao longo do tempo conspiraram contra a otimização da tutela judicial aos interesses metaindividuais em geral, em especial dos individuais homogêneos, podem ser contadas certas inserções legislativas de duvidosa técnica e/ou de redação imprecisa, em detrimento da coesão do sistema, por exemplo a alteração advinda ao art. 16 da Lei 7.347/1985 (primeiramente pela MedProv 1.570-5/97, depois pela Lei 9.494/1997), dispondo que a coisa julgada se dá “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, assim baralhando as noções de *competência* (definida no art. 2.º da Lei 7.347/1985) e de *limites subjetivos da coisa julgada* (que no caso se preordena a uma irradiação expandida!); outra imprecisão verificou-se no art. 2.º da lei 9.494/97, ao restringir os efeitos da sentença coletiva “apenas aos substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”, equívoco reconhecido pelo STJ, ao julgar em 2012 o REsp 1.243.887/PR, afetado como *representativo da controvérsia* (CPC, art. 543-C), rel. Min. Luís Felipe Salomão, então se assentando que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e qualidade dos interesses metaindividuais postos em Juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)”. Um outro golpe normativo contra a higidez conceitual e a efetividade operacional dos interesses individuais homogêneos adveio com o acréscimo de parágrafo único ao art. 1.º da Lei 7.347/1985, promovido pela MedProv 2.180-35/2001, negando ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, assim afastando justamente os temas propícios à formação de macro-lides, cujo deslinde, de outro modo, se viabilizaria através de uma “sentença de condenação genérica”, na ação coletiva regulada nos arts. 91 a 100 da Lei 8.078/1990” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela plurindividual. *Revista de Processo*. Vol. 237, nov/2014, versão digital).

Assim, a existência de tais fragilidades e, por vezes, o próprio descabimento da tutela coletiva para os litígios seriados demonstraram a necessidade de redirecionar o desenvolvimento das técnicas processuais, com a criação ou adaptação de novas técnicas. Desse modo, foram criados mecanismos processuais diferenciados que, de algum modo, pretendem contingenciar estas demandas marcadas pela repetitividade<sup>31</sup>, dentre os quais o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC/2015.

Estes mecanismos têm em comum o fato de que, em vez de seguir o caminho da apreciação e julgamento individual e particularizado de cada um dos conflitos, adotam técnicas que permitem a resolução da questão de forma concentrada, em um ou alguns julgamentos, com a posterior aplicação da decisão aos casos seriados.

Tais meios processuais foram, em alguma medida, inspirados em alguns institutos próprios do direito processual coletivo. Não obstante a dimensão coletiva destas técnicas processuais diferenciadas – que se manifesta sobretudo na eficácia das decisões proferidas nesta sede – é preciso refletir se a sua completa assimilação com o processo coletivo é fator que impulsiona ou que impede a evolução de uma dogmática mais adequada e específica. O questionamento é feito especialmente quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas, que possui, como será demonstrado, muitas características peculiares.

Não se questiona que estas técnicas processuais diferenciadas devam conviver com as ações coletivas, que têm um papel muito relevante para o sistema de Justiça, tanto no direito comparado quanto nacional<sup>32</sup>. Há, sem dúvida, situações que são mais bem albergadas pela via do processo coletivo e para as quais o IRDR, por exemplo, seria inadequado<sup>33</sup>. São sistemas complementares que têm vasos comunicantes.

---

<sup>31</sup> Como, por exemplo, os meios e técnicas previstos nos arts: (a) 285-A do CPC/73 (sentença liminar de improcedência); (b) 476 do CPC/73 (incidente de uniformização de jurisprudência); (b) 518, § 1.º do CPC/73 (súmula impeditiva de recursos); (c) 543-C do CPC/73 (recursos repetitivos); (e) 557, *caput* e § 1.º, do CPC/73 (julgamento monocrático de recursos); f) uniformização de jurisprudência nos juizados especiais federais (Lei 10.259/01), entre outros. Para uma análise de tais mecanismos, ver: CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 325-328 e 408-411; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 125-165.

<sup>32</sup> Ver, inclusive com a abordagem sobre a convivência de técnicas diferenciadas e processo coletivo: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

<sup>33</sup> Há situações que, embora sejam veiculadas em ações individuais repetitivas, seriam melhor tuteladas pelas ações coletivas, como é o caso dos danos de pequena monta, danos de difícil comprovação singularizada, casos decorrentes de um único fato lesivo, em que pode haver produção de prova que aproveite a todos as pretensões, entre outras situações. Pode-se apontar, ainda, a necessidade de utilização da via coletiva em decorrência de condições econômicas ou culturais, como pobreza e dificuldade de acesso à informação, o que é especialmente relevante no cenário brasileiro.

O que se pretende averiguar, contudo, é se o apego à dogmática própria do processo coletivo – e também do processo individual – não acaba por obstar o desenvolvimento de categorias mais apropriadas para estas técnicas diferenciadas.

A instituição de um novo Código de Processo Civil, que prevê um microsistema específico para casos repetitivos, e, por isso, reconhece a magnitude de seus impactos jurídicos, políticos e sociais, pode ser o momento para repensar a estruturação de tais mecanismos e revisitar sua natureza e sua dogmática, para tentar apresentar uma sistematização que lhe seja adequada<sup>34</sup>. A efetividade do sistema processual, mediante a adequação aos conflitos a que se destina tutelar, é que deve nortear o desenvolvimento e refinamento da técnica<sup>35</sup>.

### **1.1 Fundamentos para a técnica processual diferenciada: a tríade isonomia-segurança-celeridade**

O incidente de resolução de demandas repetitivas visa à prolação de uma decisão única que fixe tese jurídica sobre uma determinada controvérsia de direito que se repita em numerosos processos. O instituto encontra sustentação em alguns direitos fundamentais, que o legitimam enquanto técnica processual diferenciada, à luz da Constituição da República<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> A adequação do processo às demandas repetitivas é defendida largamente. Nesse sentido: “O processamento e o julgamento das demandas repetitivas ou de massa exige uma dogmática própria. Trata-se da necessidade de adaptação do processo civil às especificidades do litígio. Tais ações reclamam um tratamento processual próprio, um método de solução em bloco, de forma que escolhida uma ou mais ações como representativa do conflito homogeneizado (o *leading case*), uma vez proferida decisão nesta, a tese jurídica adotada deverá ter eficácia vinculativa e haverá de ser aplicada às demais ações repetitivas, de forma a preservar os princípios da isonomia, da certeza do direito, da segurança, da previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica” (ZANFERDINI, Flávia; GOMES, Alexandre. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*. Vol. 234, ago/2014, versão digital). Parece, contudo, que em alguns casos essa adaptação é pensada apenas parcialmente, ou relativa a alguns dos elementos ou institutos, o que acaba resultando em mecanismos menos efetivos do que eles poderiam ser.

<sup>35</sup> Sobre a relação entre efetividade e técnica, destacamos a lição de Barbosa Moreira: “O que acima de tudo importa é denunciar a falsa ideia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica. (...) Efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que deem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam nossa cuidadosa atenção. Demonstram também que a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a favor da própria efetividade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28). Essa é a preocupação que norteia esse estudo, que pretende apresentar uma tentativa de sistematização que possibilite extrair o máximo (e os melhores) resultados desta técnica processual.

<sup>36</sup> A Constituição é a base do direito processual, deve nortear seu desenvolvimento, interpretação e aplicação. Essa preocupação consta da exposição de motivos elaborada pela comissão de juristas que desenvolveu o projeto do novo CPC, que destaca que “talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência” (Exposição de Motivos elaborada pela comissão de juristas responsáveis por elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em

Os pilares do incidente - que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação - são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável<sup>37</sup>.

O incidente tem potencial para concretizar a isonomia entre os jurisdicionados, através do tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação<sup>38</sup>. A prestação jurisdicional díspar a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia<sup>39</sup>.

A isonomia, por sua vez, está intimamente ligada com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica<sup>40</sup>. Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados<sup>41</sup>.

<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>). Ver, também: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: *Malheiros*, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; BARROSO, Luis Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, IBDP, nº 9, mar/mai, 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br); SARMENTO, Daniel. O Neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. São Paulo, Atlas, 2014.

<sup>37</sup> Nesse sentido: “Tudo leva a crer que [o incidente] contribuirá de forma significativa para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da economia processual e da duração razoável do processo, ao possibilitar uma maior uniformização nos julgamentos proferidos no país, contribuindo, assim, para a construção de um sistema jurisdicional mais racional e harmônico” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *RePro*, vol. 211, set/2012, p. 191).

<sup>38</sup> Arenhart destaca como função da tutela coletiva de direitos individuais “o tratamento uniforme de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa. Aqui, a função principal desempenhada por essa tutela coletiva é a uniformização do entendimento judicial sobre certo litígio e, conseqüentemente, a preservação da isonomia” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133).

<sup>39</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

<sup>40</sup> Criticando a ofensa à segurança jurídica pelo tratamento pulverizado das questões repetitivas, Guilherme Amaral aponta que: “Nos julgamentos das ações de massa, surge talvez a pior consequência para a segurança jurídica: a ausência de um julgamento concentrado das causas torna absolutamente imprevisível a sua solução. Cada juiz, uma sentença. Com isso, demandantes e demandados voltam a sua atenção e as suas súplicas para Brasília, cada um por si, porém num “comportamento de manada”, esperando que no dia e no órgão jurisdicional em que o seu recurso for julgado sejam eles premiados pela sorte” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, versão digital).

<sup>41</sup> Marinoni orienta que “tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 109)

Do mesmo modo, o IRDR tem potencial para consagrar o direito à razoável duração do processo, por permitir a redução do tempo de duração dos processos judiciais, sob duas perspectivas distintas e complementares.

De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio de recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema<sup>42</sup>. Evita que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão<sup>43</sup>.

De outro lado, a resolução concentrada das questões repetitivas possibilita o “desafogamento” do Judiciário e permite que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos. Nesta medida, também concretiza o direito à razoável duração do processo para todos os outros processos “não-repetitivos”.

Ainda, estas técnicas diferenciadas, como o IRDR, privilegiam a economia processual, com a racionalização da atividade jurisdicional<sup>44</sup>, inclusive no que se refere aos custos da litigiosidade repetitiva<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Por isso, entendemos que a busca de celeridade na resolução dos conflitos repetitivos não negligencia necessariamente a qualidade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, lembramos a sempre atual lição de Barbosa Moreira, no sentido de que “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 102, abr/jun. 2001).

<sup>43</sup> Sérgio Arenhart afirma que “se não é razoável supor a possibilidade de análise, em diferentes momentos, pelo Judiciário, de uma só espécie de litígio (apenas envolvendo sujeitos distintos), também não é racional imaginar o cabimento da apreciação judicial da mesma questão em vários processos (...). Assim, o exame de uma questão – que possa ser relevante para mais de um processo – salvo diante de circunstâncias especiais não pode racionalmente ser enfrentado mais de uma vez pelo Judiciário” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153).

<sup>44</sup> Nesse sentido: “Somadas as causas repetitivas em todo o país, o número chega a casa dos milhões. O fato de elas serem analisadas individualmente – e não em bloco – atenta seriamente contra a economia processual, valor inserido no complexo valorativo da efetividade” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, p. 236). No mesmo sentido: “aglutinando direitos individuais, pretensões que seriam julgadas inúmeras vezes por inúmeros magistrados podem ser resumidas em um só processo, passando por uma única fase instrutória e gerando uma única decisão. Ganha-se em recursos humanos e materiais, facultando que o magistrado dedique um maior tempo ao litígio e evitando que vários julgadores tenham que decidir sucessivamente sobre casos afins” (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 101).

<sup>45</sup> Sobre os impactos econômicos da litigiosidade repetitiva: “Além de atingir efetividade e segurança, a massificação dos litígios produz efeitos econômicos importantes. O custo da manutenção de enormes estruturas, internas e terceirizadas, para administrar a demanda massificada, torna-se um verdadeiro ‘imposto’ cobrado da iniciativa privada. Como tal, é impossível imaginar cenário no qual não seja ele repassado ao preço final de todo

Com efeito, há inúmeros fundamentos para o desenvolvimento de técnicas processuais diferenciadas, inclusive no que se refere ao espraiamento dos efeitos extraprocessuais e extrajurídicos da atividade jurisdicional<sup>46</sup>.

Não obstante, a técnica processual diferenciada apenas se legitimará na medida em que concretizar tais valores, o que deverá nortear o desenvolvimento de sua estrutura e aplicação<sup>47</sup>. O IRDR, para além de objetivar a promoção da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos, deve ser pensado e construído para viabilizar a concretização de tais direitos.

---

e qualquer serviço ou produto. Ao fim e ao cabo, este custo é diluído e pago por toda a sociedade”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, p. 236).

<sup>46</sup> Ver: OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, capítulo 5, especialmente item 5.1.14. Embora o autor se refira amplamente aos meios coletivos, muitos dos fundamentos apresentados são coincidentes com os relativos à técnica adotada no IRDR, notadamente quando trata das consequências sociais mais amplas, como “dissuasão, equilíbrio e reforma estrutural” (p. 113).

<sup>47</sup> Nesse sentido: “Tendo em conta que um sistema de coletivização possui como justificativa seus próprios benefícios, observar sua adequação e sua eficiência passa pela elaboração de um teste esquemático em que, de um lado, sejam colocadas estas vantagens e, de outro, sejam inseridos os seus aspectos e dados procedimentais. Quanto maior a compatibilidade entre os fundamentos da coletivização e o sistema em apreço, maior será sua eficiência. Contrariamente, uma técnica de aglutinação incapaz de atingir satisfatoriamente estes benefícios deverá ser revista, pois inócua para as finalidades a que se deveria propor” (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 117).

## 2 O QUE SÃO DEMANDAS REPETITIVAS?

O incidente de resolução de demandas repetitivas destina-se às situações em que haja multiplicidade de processos que contenham controvérsia sobre idêntico ponto de direito<sup>48</sup>, com o objetivo de fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos.

Este capítulo objetiva identificar *o que são* consideradas demandas repetitivas no contexto do ordenamento brasileiro e *que tipo* de questões são veiculadas em processos classificados pela legislação processual como repetitivos, para apontar quais as situações sujeitas ao IRDR. Também se pretende analisar *como* essa categoria se relaciona com os direitos individuais homogêneos, para verificar se os processos repetitivos e as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos se destinam a tutelar as mesmas situações conflituosas.

Para tanto, identificaremos primeiramente o que são considerados “direitos individuais homogêneos”, abordando a discussão doutrinária sobre sua natureza. Em seguida, trataremos das demandas repetitivas propriamente ditas, definindo o que as aproxima e o que as distancia daquela categoria.

### 2.1 Direitos individuais homogêneos e a tradicional discussão sobre sua natureza: dimensão material *versus* dimensão processual

Ao longo das últimas décadas, foi criado e aprimorado o sistema normativo de proteção a direitos coletivos no Brasil<sup>49</sup>. A denominação “direitos coletivos”, embora adotada para designar um gênero único, abrange conflitos com características bastante distintas. Engloba tanto situações em que o objeto do litígio é de fato transindividual e indivisível, como situações em que os interesses conflituosos têm características individuais e assumem feição coletiva em decorrência do fato de haver pluralidade de envolvidos em similar situação.

O direito brasileiro, diante de diversos interesses que carregam o signo da coletividade, adotou três categorias principais para classificá-los, cuja definição foi positivada

---

<sup>48</sup> O incidente de resolução de demandas repetitivas será cabível quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I). A questão jurídica pode ser processual ou material, por força do art. 928, parágrafo único: “art. 928. (...) Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

<sup>49</sup> Que envolve principalmente, como visto, a Lei da Ação Popular (Lei 4.717), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

no diploma legal consumerista sob a denominação de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (art. 81 da Lei 8.078/90<sup>50</sup>)<sup>51</sup>. Não trataremos, nesse estudo, da defesa dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, limitando nossa análise aos direitos individuais homogêneos, com o objetivo de identificar se estes são os interesses veiculados através das demandas classificadas pelo sistema processual como repetitivas.

Para tanto, é necessário identificar sua natureza. Pretenderemos responder se há, sob o aspecto substancial, uma categoria de direitos com características próprias ou se a categoria se identifica como coletiva apenas sob a perspectiva de sua forma de proteção. Neste tópico, nos ocuparemos de apontar brevemente as vertentes doutrinárias que se debruçam sobre o tema e a posição por nós adotada.

Analisar as diferentes perspectivas para classificação e identificação dos direitos individuais homogêneos parece indispensável para que seja possível adotar uma concepção sobre esta categoria, com o objetivo de, em um segundo momento, identificar se há alguma distinção entre estes e os interesses envolvidos no fenômeno da litigiosidade repetitiva.

### 2.1.1 Há uma dimensão material que identifica os direitos individuais homogêneos?

Os direitos individuais homogêneos são, para parte da doutrina, uma categoria de direito material que se distancia dos direitos individuais clássicos. São espécie do gênero direitos coletivos, com características próprias, sob a perspectiva substancial. Para os autores

---

<sup>50</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>51</sup> Não desconhecemos a existência de recentíssima tese, defendida por Edilson Vitorelli em seu doutorado na UFPR, que apresenta questionamento crítico e proposta de reestruturação do processo coletivo, mormente em relação à categorização clássica dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Do mesmo modo, é preciso citar o estudo de Márcio Mafra Leal, que apresenta uma concepção diferenciada dos direitos coletivos, inclusive enquadrando os direitos *coletivos em sentido estrito* como direitos materialmente individuais, embora coletivamente tratados (ver: LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014). Há, ademais, quem aproxime os direitos difusos à proteção de instituições, aproximando sua tutela à tutela do direito objetivo: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital. Não obstante, considerando que tais posições não são majoritárias no âmbito da processualística coletiva, considerando que ainda não tivemos acesso à tese de Vitorelli (ainda não publicada) e considerando também a delimitação temática do presente estudo, iremos apresentar as noções tradicionais dos direitos individuais homogêneos, conforme o art. 81 do CDC e a doutrina clássica referenciada a seguir. Pontuaremos algumas concepções dos entendimentos divergentes ao longo do texto, principalmente em notas de rodapé.

que adotam esta vertente, há traços distintivos que permitem identificá-los como categoria de direito substancial.

O objetivo dessa breve análise é verificar se, de fato, os direitos individuais homogêneos podem ser compreendidos como uma categoria autônoma, de natureza coletiva, já que tal conclusão poderia apontar pela inviabilidade de equipará-los com os direitos veiculados via processos repetitivos, uma vez que a tutela propriamente coletiva seria necessária e excludente.

É preciso alertar, de início, que não há uniformidade entre os autores que adotam essa perspectiva substancial dos direitos individuais homogêneos. Veremos, nesse tópico, as principais linhas argumentativas que têm em comum o fato de negarem a dimensão exclusivamente processual de tais direitos, apesar de se basearem em ideias nem sempre convergentes.

Alcides Munhoz da Cunha defendia que há uma dimensão substancial dos direitos individuais homogêneos que os diferencia tanto dos direitos individuais clássicos quanto dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Afirmava, contudo, que aqueles direitos não são autônomos em relação a estes, sendo uma peculiar *modalidade* ou *atributo* de tais interesses. Entendia que os direitos individuais homogêneos seriam um desdobramento daqueles direitos, subordinado àqueles<sup>52</sup>.

Apesar de discordarmos da conclusão exposta, o raciocínio merece atenção, porque alerta para o fato de que, em geral, a mesma conduta que acarreta ofensa a um bem jurídico difuso ou coletivo pode acarretar violação homogênea a direitos individuais<sup>53</sup>. A identificação dos direitos violados dependerá da análise da pretensão exercida no caso específico analisado. Um mesmo fato lesivo pode dar origem a um processo que visa a tutelar direito difuso ou individual homogêneo, o que exigirá a análise do pedido formulado na ação coletiva. É o pedido que permite a identificação de que tipo de direito pretende-se tutelar.

---

<sup>52</sup> Segundo o autor, se, no caso concreto, for possível determinar os sujeitos, estar-se-á diante de interesses que, “além de coletivos, poderão ser igualmente individuais homogêneos”, e, contudo, “se forem indeterminados os sujeitos, poder-se-á dizer que se está diante de interesses difusos sob a modalidade de interesses individuais homogêneos” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo*, vol. 177, jan/mar 1995, p. 224, versão digital).

<sup>53</sup> Tal situação é bastante comum, sendo amplamente admitida pela doutrina. Kazuo Watanabe alerta que “no plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos ‘difusos’ e ‘individuais homogêneos’. Suponha-se, para raciocinar, uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge um número indeterminável de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos ‘difusos’. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou o serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 80).

Não obstante, entendemos que os direitos individuais homogêneos não são necessariamente um prolongamento de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito<sup>54</sup>, porque é possível distinguir as pretensões de natureza difusa ou coletiva das pretensões individuais, demonstrando que não há a aventada subordinação ou dependência.<sup>55</sup>

Alcidez Munhoz da Cunha também defendeu que os direitos individuais homogêneos teriam natureza meta-individual, por serem interesses justapostos que “visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma *utilidade indivisível*”<sup>56</sup>. Em síntese, o interesse seria meta-individual considerando que a sentença na ação coletiva será genérica e que apenas ocorrerá a divisibilidade e a determinação dos sujeitos titulares no momento da liquidação. Segundo esta perspectiva, a indivisibilidade do objeto, que é um dos aspectos característicos dos interesses metaindividuais, estaria presente também para os direitos individuais homogêneos.

Parece, contudo, que esta indivisibilidade a que se refere o autor não é própria do bem jurídico substancial tutelado pela via da ação coletiva. Com efeito, a indivisibilidade não é característica intrínseca das relações jurídicas conflituosas, de modo que não nos parece

---

<sup>54</sup> Sérgio Arenhart alerta que Miguel Teixeira de Sousa segue entendimento similar, defendendo que “os interesses individuais homogêneos são a refracção daqueles na esfera de cada um dos seus titulares, ou seja, são a concretização dos interesses difusos stricto sensu e dos interesses colectivos na esfera dos indivíduos” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 137). Neste estudo, Arenhart também destaca decisões judiciais que adotam critérios diversos para caracterizar os interesses individuais homogêneos, como a indisponibilidade ou relevância social do direito, como: STF, RE 163.231; STJ AgRg no REsp 404.656.

<sup>55</sup> Vê-se dos exemplos citados pelo por Alcidez Munhoz da Cunha que é possível identificar e separar claramente pedidos relativos a direitos coletivos e pedidos relativos a direitos individuais, mesmo que o autor entenda que são direitos difusos ou coletivos em sentido estrito *sob a modalidade de direitos individuais homogêneos*: “o pedido de condenação genérica em favor das vítimas de uma propaganda enganosa não deixa de ser difuso, para ser também individual homogêneo; o pedido de condenação genérica para as vítimas de um vazamento de gás (Césio 137) em virtude da imprudência dos empregados de uma empresa; o pedido de condenação genérica do fabricante de um medicamento (“Talidomida”) em favor das vítimas mutiladas pela droga. Enquanto se pedisse apenas a cessação da propaganda enganosa, bem como a interdição do estabelecimento sob o risco de vazamento do gás ou a proibição de circulação do medicamento nocivo estaria diante de interesses difusos puros; todavia, quando se deduz o pedido de condenação genérica em favor das vítimas, o interesse difuso já recebe o atributo de individual homogêneo. De outro lado, se forem determinados os sujeitos, porque integrantes de grupo, classe ou categorias de pessoas, os interesses, além de coletivos, poderão ser igualmente individuais homogêneos. Assim, por exemplo, o pedido de condenação genérica da autarquia previdenciária em favor dos aposentados que tiveram seus proventos indevidamente congelados em determinado período (são vítimas, sofreram danos em virtude de fato imputável à autarquia): o pedido de condenação genérica em perdas e danos em favor de um grupo de profissionais que sofreram indevidamente o cancelamento de suas habilitações profissionais pelo órgão de classe” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. *Revista de Processo*, vol. 177, jan/mar 1995, p. 224, versão digital).

<sup>56</sup> O autor aponta que que “os interesses meta-individuais, ao contrário dos individuais, caracterizam-se precisamente pelo dado de que há pluralidade de sujeitos com interesses convergentes, justapostos, correlatados, incidentes sobre o mesmo bem indivisível, de modo que a satisfação do interesse de um dos sujeitos importa necessariamente na satisfação contemporânea dos demais interesses. Subjetivamente, caracterizam-se pois pela pluralidade de sujeitos com interesses coordenados sobre o mesmo bem e, objetivamente, pela indivisibilidade do bem”. Em relação aos direitos individuais homogêneos, aventa que “o que se pretende é uma condenação genérica, uma *utilidade processual indivisível*, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que tem origem comum” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. *Revista de Processo*, vol. 177, jan/mar 1995, p. 224, versão digital, grifo nosso).

correto utilizá-la como atributo para caracterizar tais interesses como meta-individuais. Em suma: a indivisibilidade, se existente, será apenas da tutela processual que alberga os direitos individuais (e apenas para algumas das fases procedimentais), mas não dos direitos em si<sup>57</sup>.

Assim, ainda que se possa falar em indivisibilidade, esta será apenas da técnica processual coletiva, e não do próprio direito ou da relação substancial conflituosa<sup>58</sup>.

Por outro lado, há quem defenda que existe *o acréscimo de uma dimensão material* pela proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos, que configuraria uma proteção *extra* em relação à via processual individual.

Para Eduardo Talamini, por exemplo, há interesses difusos subjacentes aos direitos individuais homogêneos tutelados pela via da ação coletiva, como a coibição de condutas ilícitas que geram lesões multitudinárias, além de segurança jurídica, isonomia e previsibilidade<sup>59</sup>. O autor aponta que a proteção coletiva pressupõe certo grau de transindividualização dos direitos, especialmente nos casos em que não seja possível definir o número de sujeitos atingidos pela lesão aos direitos individuais, hipótese em que a lei prevê a destinação do valor da condenação para um fundo monetário<sup>60</sup>.

Para o autor, a sanção pecuniária consistente na destinação do fruto da condenação ao fundo “é a reação do ordenamento à violação do direito difuso acima destacado”. Haveria,

---

<sup>57</sup> Afinal, o próprio autor reconhece que há divisibilidade do bem, ao mencionar que será possível o ajuizamento de ações individuais de reparação de danos no caso de improcedência da ação coletiva. Ademais, a natureza individual e divisível de tais direitos fica ainda mais clara quando o autor aborda, no texto, a consequência da coexistência de uma ação coletiva e uma ação individual sobre a mesma questão, concluindo que “se a sentença coletiva for de procedência, a ação individual perde o objeto” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo*, vol. 177, jan/mar 1995, p. 224, versão digital.) Ora, se a ação individual *perde o objeto* em virtude da sentença proferida na ação coletiva, trata-se de ações (a individual e a coletiva) que versam sobre o *mesmo objeto*.

<sup>58</sup> Veja que o próprio Alcides Cunha aponta para esta constatação, quando menciona que haveria uma “utilidade processual indivisível” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo*, vol. 177, jan/mar 1995, p. 224, versão digital).

<sup>59</sup> TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital.

<sup>60</sup> Segundo Talamini, dessa regra se extrai que: “para o ordenamento, o sujeito que adota conduta apta a lesar direitos de uma quantidade significativa de indivíduos, merece ser censurado e sancionado especificamente também por isso. Vale dizer: independentemente de sua responsabilidade pela violação do direito de cada indivíduo e independentemente também de sua responsabilidade pela violação de outros direitos difusos ou coletivos correlatos, o sujeito responde, adicionalmente, por haver violado (ou ameaçado efetivamente) a esfera jurídica estritamente individual de uma grande quantidade de indivíduos. O ordenamento censura comportamentos aptos a gerar lesões individuais multitudinárias. Trata-se de uma censura adicional, inconfundível com a responsabilização atinente a cada dano individual. O aspecto quantitativo (lesão a inúmeros direitos individuais) assume relevância qualitativa: põe-se, ao lado dos direitos individuais homogêneos, o direito difuso (de toda a coletividade, portanto) de que os sujeitos não adotem condutas aptas a gerar danos a uma grande quantidade de indivíduos” (TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital, grifo nosso).

então, na via coletiva, um escopo punitivo e pedagógico<sup>61</sup>, que permitiria classificar os direitos individuais homogêneos como mais do que a soma de diversas pretensões individuais<sup>62</sup>. Apesar de esta visão conter um raciocínio interessante, duas observações merecem ser feitas.

A primeira é que pensamos que a destinação da verba ao fundo monetário na ausência de execuções individuais não transforma as lesões a direitos individuais em lesões coletivas, com características intrínsecas diferenciadas, não sendo apta, por isso, para identificá-la<sup>63</sup>. O fato de poder ser adotada, na sentença condenatória genérica<sup>64</sup>, mera estimativa do número de indivíduos lesados pela conduta ilícita e, ainda, o fato de não haver execuções individuais correspondentes ao valor estimado não diz muito sobre a natureza do direito violado, mas, ao contrário, parece ser uma simples consequência da técnica processual coletiva, desenhada conforme uma opção legislativa específica.

---

<sup>61</sup> Para Talamini, “o sujeito que adota conduta apta a lesar direitos de uma quantidade significativa de indivíduos, merece ser censurado e sancionado especificamente também por isso. Vale dizer: independentemente de sua responsabilidade pela violação do direito de cada indivíduo e independentemente também de sua responsabilidade pela violação de outros direitos difusos ou coletivos correlatos, o sujeito responde, adicionalmente, por haver violado (ou ameaçado efetivamente) a esfera jurídica estritamente individual de uma grande quantidade de indivíduos. O ordenamento censura comportamentos aptos a gerar lesões individuais multitudinárias. Trata-se de uma censura adicional, inconfundível com a responsabilização atinente a cada dano individual. O aspecto quantitativo (lesão a inúmeros direitos individuais) assume relevância qualitativa: põe-se, ao lado dos direitos individuais homogêneos, o direito difuso (de toda a coletividade, portanto) de que os sujeitos não adotem condutas aptas a gerar danos a uma grande quantidade de indivíduos” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241/2015, p. 337-358).

<sup>62</sup> Barbosa Moreira, apesar de adotar a célebre distinção de direitos essencialmente ou acidentalmente coletivos, destacando a natureza processual dos direitos individuais homogêneos, parece concordar com a existência de uma dimensão pedagógica da tutela coletiva, afirmando que esta “revela a possibilidade de que uma soma eventualmente seja maior, isto é, tenha uma significação jurídico-social maior, do que aquela que poderíamos atribuir-lhe se nos limitássemos a adicionar as várias parcelas umas às outras. O fenômeno transcende esses limites, supera-os para apresentar-se aos nossos olhos com aquela marca de impacto de massa” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan. 1991, p. 187, versão digital).

<sup>63</sup> Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. parecem concordar que a destinação da verba ao fundo é um dos elementos que aponta a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos, pois entendem que a tutela não se restringe aos direitos individuais das vítimas, mas “vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao FDD” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 85).

<sup>64</sup> É preciso destacar que, embora parte da doutrina trate da sentença coletiva como sentença genérica, há importantes contribuições doutrinárias demonstrando que esta deve ser a solução apenas quando não haja outras formas mais efetivas que evitem a pulverização. Aluisio Mendes e Gustavo Osna destacam que a sentença “duplamente ilíquida” (em relação ao quantum e em relação aos sujeitos) “deve ter um caráter subsidiário, a ser utilizada apenas diante da total impossibilidade de outras técnicas e soluções práticas que viabilizem a tutela coletiva do início ao fim, como a possibilidade de liquidação/execução invertida, a fixação de danos materiais e/ou morais por amostragem ou por estimativa média” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, vol. 222, ago/2013).

A condenação genérica e a reversão ao fundo – escolhas do legislador para a via processual coletiva – não tornam o direito transindividual e tampouco tornam o objeto indivisível, mas apenas funcionam como uma consequência legal para a não manifestação dos interessados (determinados ou determináveis) sobre seus direitos (divisíveis). Até porque, se forem propostas execuções individuais em quantidades compatíveis com o dano estimado na decisão, não haverá reversão ao fundo coletivo<sup>65</sup>. Essa constatação demonstra que não há, então, um *acréscimo* em relação à soma das pretensões individuais, mas mera *destinação diferenciada* da condenação *estimada* para a soma de tais pretensões.

Pode ser, sim, que haja lesão a outro interesse de natureza difusa ou coletiva em sentido estrito, concomitantemente à lesão aos direitos individuais, que também mereça proteção, hipótese em que ficará clara a necessidade de outra tutela punitiva, como já mencionamos. Mas a coexistência de ofensa a tais direitos, apesar de muito frequente<sup>66</sup>, não os confunde, não faz com que os direitos individuais homogêneos sejam uma extensão dos difusos e tampouco que estes decorram da proteção daqueles.

A segunda observação é que, apesar de concordarmos com o argumento do efeito pedagógico da utilização da via coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos, também pensamos que essa consequência não é apta para identificá-los como categoria autônoma. Embora se perceba que a tutela coletiva tem um aspecto político-social que pode acabar por coibir condutas ilícitas seriadas<sup>67</sup>, também aqui parece ser mero efeito da técnica coletiva que não chega a caracterizar a existência de um outro bem jurídico tutelado autonomamente. Não há, pensamos, a proteção a um bem jurídico próprio, transindividual e indissociável dos direitos individuais homogêneos (como, hipoteticamente, a honra coletiva

---

<sup>65</sup> Conforme aponta Talamini “o ordenamento dispensa o acréscimo da sanção pecuniária: o escopo punitivo e educativo já terá sido atingido reflexamente pelas sanções individuais” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital).

<sup>66</sup> Sob essa perspectiva, Teresa Wambier aponta que “a definição dos lindes que separam os direitos difusos e os direitos individuais é tema extremamente delicado. Se vislumbrados a partir da Constituição Federal praticamente todos os direitos e interesses juridicamente possíveis terão ali assento, mesmo que indiretamente e em um plano bastante geral. O que se deve verificar, de acordo com o que estabelece o art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, é se o direito em questão é ou não suscetível de fracionamento. Em caso negativo, se estará diante de direito difuso ou coletivo; em caso positivo, se estará diante de direito individual, que poderá ou não ser caracterizado homogeneamente. Sob este prisma, mediatamente, é possível dizer que quaisquer direitos individuais encontram reflexo em algum direito difuso. Mas, para que seja possível o ajuizamento de ação coletiva para a tutela de direito difuso, é imprescindível que, direta e frontalmente, o direito difuso esteja sendo violado” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ilegitimidade do Ministério Público para defesa de direitos individuais não homogêneos. *Pareceres – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, out/2012, p. 701).

<sup>67</sup> Dizemos que pode acabar por reprimir, porque não há dados concretos sobre o real efeito das ações coletivas sobre a prática de condutas ilícitas. Cita-se o efeito pedagógico como um dos benefícios da tutela coletiva, mas faltam indicadores reais desse efeito, ao menos na realidade brasileira.

dos consumidores<sup>68</sup>), que justifique o caráter material coletivo específico destes interesses, mas o efeito pedagógico decorre do fato de que a “punição” pela conduta ilícita se torna mais complexa e robusta, porque correspondente a dezenas ou milhares de lesões individuais.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., por outro lado, adotam a concepção de que os direitos individuais homogêneos são uma categoria de direitos cuja natureza coletiva é híbrida, porque decorre de aspectos de direito material e processual. Para os autores, que entendem que “a especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso”<sup>69</sup>, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos também trata de objeto litigioso coletivo<sup>70</sup>, uma vez que estes “são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito”<sup>71</sup>. Assim, os titulares dos direitos são considerados, por uma ficção legal, como grupo, ao menos nas fases de conhecimento e de *fluid recovery*.

Muito embora reconheçamos a importância dessa doutrina, também ousamos divergir, pelos mesmos motivos apontados acima. Parece que o fato de a tutela processual ser indivisível em algumas das fases não encontra correspondente na indivisibilidade do direito material tutelado pela via da ação coletiva. Assim, apesar de os titulares dos direitos

---

<sup>68</sup> Destacamos, sob esta perspectiva, a importante discussão sobre os danos morais coletivos. Kazuo Watanabe entende que os danos morais coletivos se vinculam a direitos difusos ou coletivos, nunca a direitos individuais homogêneos: “o dano moral coletivo visa indenizar a coletividade que foi atingida em sua moral. Na tutela dos direitos individuais homogêneos, qual seria a coletividade lesada, a título de danos morais, para além dos indivíduos que foram pessoalmente atingidos? Nenhuma. Por isso a indenização por danos morais, na tutela dos direitos individuais homogêneos, só pode cingir-se às pessoas individualmente lesadas, não havendo que cogitar-se de outra coletividade, que não a composta pelos membros do grupo, que possa ser atingida por dano moral coletivo (...) Não é possível confundir um possível e eventual dano moral coletivo que se vincula a direitos difusos ou coletivos (em sentido estrito), de um lado, com o eventual dano moral sofrido individualmente pelas pessoas, em caso de direitos individuais homogêneos, de outro” (GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68-69). Concordamos com o raciocínio, que corrobora, ao nosso ver, a inexistência de um direito difuso subjacente aos direitos individuais, haja vista a inexistência de uma coletividade que titularize um “direito a mais” do que a soma dos direitos titularizados individualmente.

<sup>69</sup> Para os autores: “processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, vol. 229, mar/2014, versão digital, grifo no original).

<sup>70</sup> Para os autores, “Nos direitos individuais homogêneos, o grupo é criado, por ficção legal, após o surgimento da lesão. Trata-se de um grupo de vítimas. A relação que se estabelece entre as pessoas envolvidas surge exatamente em decorrência da lesão, que tem origem comum: essa comunhão na ancestralidade da lesão torna homogêneos os direitos individuais. Criado o grupo, permite-se a tutela coletiva, cujo objeto, como em qualquer ação coletiva, é indivisível (fixação da tese jurídica geral); a diferença, no caso, reside na possibilidade de, em liquidação e execução da sentença coletiva, o quinhão devido a cada vítima pode ser individualizado” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 84).

<sup>71</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 82.

individuais serem considerados enquanto grupo na ação coletiva, não perdem sua individualidade e a divisibilidade de seus direitos, porquanto podem realizar acordo quanto às suas relações jurídicas, prosseguir com as suas ações individuais, enfim, praticar individualmente os atos relativos aos seus interesses determinados e divisíveis.

A preocupação comum entre os autores que defendem a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos está na valorização da via coletiva como mais adequada e efetiva para tutelar tais direitos<sup>72</sup>. Defender a existência de uma dimensão coletiva nos direitos individuais homogêneos acaba por ser uma forma de enfatizar a adequação da tutela coletiva como meio processual a ser empregado em tais conflitos<sup>73</sup>, por distanciá-los dos direitos individuais e do processo civil tradicional, de bases individualistas<sup>74</sup>. Apesar de também compartilharmos tal preocupação, entendemos que a utilização da via coletiva não é suficiente para justificar uma outra dimensão (material) para os direitos individuais homogêneos.

Entendemos, então, que os direitos individuais homogêneos não são “materialmente” coletivos. Assim sendo, sua natureza não impede, a princípio, que sejam equiparados aos direitos veiculados via processos individuais repetitivos.

### 2.1.2 Direitos individuais homogêneos e sua dimensão processual

---

<sup>72</sup> Sérgio Arenhart aponta essa questão ao analisar as vertentes doutrinárias que enxergam uma dimensão material coletiva nos direitos individuais homogêneos, afirmando que “a doutrina que sustenta natureza material de tais interesses, a rigor, está preocupada em permitir o tratamento coletivo das questões, valorizando os interesses em questão” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141).

<sup>73</sup> Essa preocupação pode ser encontrada na doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que, ao criticarem a vertente que nega o caráter coletivo a esses direitos, apontam que “esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código Processual Coletivo, relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção coletiva” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 85).

<sup>74</sup> Eduardo Talamini destaca que “a percepção da dimensão coletiva subjacente aos direitos individuais homogêneos ajuda a pôr em destaque um aspecto relevante para a definição da adequação da tutela coletiva” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital). Citamos, ainda, a posição de Rizzato Nunes, para quem os direitos individuais homogêneos são espécie de direito coletivo, mesmo afirmando que os titulares são determinados e que o objeto é divisível. Para o autor, não se trata de agrupamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais, no polo ativo da demanda, mas se trata de direito coletivo, porque permite ação coletiva, proposta por um dos legitimados do art. 82 do CDC. Parece que o autor utiliza a possibilidade de utilização da via coletiva (sem excluir a individual, eis que a admite expressamente) e a existência de uma legitimação extraordinária como fundamentos da natureza coletiva do direito. Novamente, valoriza a via coletiva e, a partir dela, classifica a relação substancial. Ver: NUNES, Rizzato. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: CHAVES, Cristiano *et al* (Coords). Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei de Ação Civil Pública). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

Os direitos individuais homogêneos, não sendo “materialmente” coletivos, assumem esta dimensão quando há o seu agrupamento em uma via processual coletiva. Diz-se, então, que não sendo os direitos individuais homogêneos uma categoria do direito material, o que há é uma “forma processualmente distinta de tratar direitos individuais”<sup>75</sup>.

A percepção dos direitos individuais homogêneos a partir da dimensão processual iniciou-se sobretudo a partir da identificação de características distintas entre esta categoria e os direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Um dos principais responsáveis pela diferenciação foi Barbosa Moreira. Com efeito, a partir da análise da natureza da relação substancial conflituosa, o processualista propôs a classificação – logo adotada e reproduzida amplamente – em direitos *essencialmente* ou *acidentalmente* coletivos<sup>76</sup>.

Barbosa Moreira aponta que os litígios essencialmente coletivos apresentam, sob o aspecto subjetivo, um número *indeterminado de sujeitos*, e do ponto de vista objetivo, *objeto indivisível*<sup>77</sup>. Por outro lado, o autor afirma que são acidentalmente coletivos os interesses em que é possível distinguir individualmente os membros atingidos, em relação aos quais pode o processo ter resultados não uniformes, porque o objeto é cindível.

A *cindibilidade do objeto* e a *individualização dos sujeitos* seriam, então, traços característicos dos direitos individuais homogêneos, que os diferenciam dos direitos cuja natureza é coletiva. Tais interesses podem assumir *acidentalmente* uma dimensão coletiva, “em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’”<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Sérgio Arenhart aborda as teorias divergentes sobre a classificação dos direitos individuais homogêneos, concluindo que estes têm natureza processual: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141. Aderimos ao entendimento do autor quanto a este ponto.

<sup>76</sup> Segundo Barbosa Moreira, é essencialmente coletivo o interesse que: “não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma *comunhão indivisível* de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, versão digital, grifo nosso).

<sup>77</sup> Barbosa Moreira explicita que, quanto a estes interesses, “não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade” (Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan. 1991, p. 187, versão digital).

<sup>78</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, p. 55 (versão digital).

Grande parte da doutrina converge, então, que enquanto os direitos difusos e coletivos em sentido têm natureza transindividual, titularidade indeterminada ou determinável<sup>79</sup> e objeto indivisível, enquanto nos direitos individuais homogêneos não se observa a indeterminação de sujeitos ou de indivisibilidade do objeto<sup>80</sup>, o que impossibilita que sejam tratados como interesses de mesma natureza<sup>81-82</sup>.

A identificação dos direitos individuais homogêneos como divisíveis e com titulares determinados fez com que se passasse a questionar o que os distanciaria dos direitos individuais *heterogêneos*. A realidade é que nada há que os diferencie, se analisados individualmente<sup>83</sup>.

Apenas pela análise contextualizada das relações jurídicas, numa perspectiva comparativa, é que se pode observar se há repetição de pretensões homogêneas, com origem comum e prevalência de questões homogêneas em relação às particulares, para viabilizar a

---

<sup>79</sup> Teori Zavascki aponta que, enquanto nos direitos difusos há indeterminação absoluta dos titulares, nos direitos coletivos em sentido estrito há uma indeterminação relativa, já que a ligação entre os titulares pode ser aferida pela relação jurídica-base. Ver: Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995, p. 83-96. A existência da relação jurídica base entre os titulares ou entre estes e a parte adversa é o que distingue os direitos difusos dos coletivos em sentido estrito, como se infere do art. 81, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>80</sup> É a posição adotada, por exemplo, por Eduardo Arruda Alvim, em “O MP e a tutela dos direitos individuais homogêneos”. In: CHAVES, Cristiano; SAMPAIO, Aurisvaldo (Coords). *Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>81</sup> Por exemplo, José Marcelo Menezes Vigliar, que, apesar de apontar que os interesses individuais homogêneos são coletivos em sentido lato, destaca que não há metaindividualidade em sua essência, sendo interesses “divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que sabe a cada um deles, mas que, por terem origem comum (a homogeneidade decorre dessa origem comum), são tratados coletivamente. (...) Os interesses individuais homogêneos, como o próprio nome sugere, são individuais na essência, ou seja, essa é sua natureza jurídica. Contudo, são tratados de forma coletiva, para fins de defesa em juízo, desde que portadores das características ressaltadas e desde que decorram de origem comum” (*Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54).

<sup>82</sup> Já citamos anteriormente a posição divergente de Márcio Mafra Leal quanto aos “direitos coletivos”. O autor propõe uma categorização distinta da “tradicional”, dividindo as ações coletivas em dois gêneros: a) ação para proteção de interesses públicos ou difusos, nas quais é indiferente perquirir os sujeitos atingidos por ação ou omissão do réu. Para o autor, nestas ações “concentra-se muito mais na atuação objetiva da ordem jurídica violada. Essencialmente deve-se reter que, quanto maior o espectro de interessados, mais objetiva torna-se a natureza de sua tutela” (p. 32). O autor inclui neste grupo a ação popular, a ação coletiva para defesa de interesses difusos e as ações de controle abstrato de constitucionalidade; b) ações coletivas para tutela de interesses individuais reunidos, de natureza privada, subjetiva, nas quais inclui as destinadas à tutela de direitos coletivos em sentido estrito e de direitos individuais homogêneos, os quais são direitos materialmente individuais, agrupados processualmente. Para o autor, o que define a ação como coletiva são os efeitos da sentença, que transcende as partes processuais e a legitimação especial do autor. Ver: LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, 32-33, 225. O entendimento, apesar de interessante, é minoritário (como reconhece o próprio autor) e, por isso, não será aprofundado neste estudo.

<sup>83</sup> A própria categoria de direitos individuais homogêneos não “existe”, se analisada fora do contexto da pretensão ou tutela coletiva. Gustavo Osna aponta exatamente a questão, afirmando que “direitos individuais homogêneos’ não existem. A figura (pouco clara e em nada serviente à jurisdição) encobre conceitualmente a existência de uma técnica de coletivização, esse sim o dado a ser considerado. (...) Quando se discute o que caracteriza os ‘direitos individuais homogêneos’, discute-se - às avessas - o que viabiliza a coletivização ali prevista; quando se debate se determinado direito é ou não ‘individual homogêneo’, o que se contesta é se comporta ou não a aglutinação” (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 83).

tutela coletiva. E apenas se esta resposta for positiva é que é possível enquadrá-los na categoria em análise. O emprego da via coletiva – que acaba por evidenciar a categoria dos direitos individuais homogêneos – depende dessa análise *macro* da conflituosidade.

Sérgio Arenhart aponta que a identificação de um direito como individual homogêneo “está ligada, exclusivamente, a questões processuais, ou seja, à maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único”. O autor entende que não há elemento de direito material que distinga essa categoria dos direitos individuais, afirmando que os direitos individuais homogêneos “não constituem, a rigor, espécie distinta de interesses, apartada dos direitos individuais e dos direitos metaindividuais”, mas são direitos subjetivos clássicos que apresentam “coloração processual distinta”<sup>84</sup>. Para o autor, “os direitos chamados ‘individuais homogêneos’ são direitos individuais enfeixados pelo tratamento coletivo”<sup>85</sup>. Também com base nessa construção é que Teori Zavascki defende a distinção entre *defesa de direitos coletivos* e *defesa coletiva de direitos*<sup>86</sup>.

Essa linha também é defendida por Kazuo Watanabe, que afirma que os direitos individuais homogêneos são “individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”<sup>87</sup>. Também é a posição adotada por Antonio Carlos Fontes Cintra, que destaca que “a criação da categoria de ‘direitos individuais homogêneos’ é apenas um recurso processual, como é o litisconsórcio ou a conexão, que serve como política processual a fim de se garantir coesão decisória, acesso à Justiça e economia processual”<sup>88-89</sup>. A incindibilidade da

---

<sup>84</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48-49.

<sup>85</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141.

<sup>86</sup> Teori Zavascki adotou essa distinção, que é repetida em inúmeros estudos sobre o tema. O autor aponta que “é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (=sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995, p. 84).

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 81.

<sup>88</sup> CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72, out/dez 2009, p. 14.

<sup>89</sup> A posição é defendida por inúmeros doutrinadores, dentre os quais, além dos já citados: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014; VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Coords). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010; OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014.

tutela não decorre do fato de estar diante de uma relação plurissubjetiva indivisível e de titularidade indeterminada, sob a perspectiva material. A possibilidade de propositura e prosseguimento das ações individuais, a despeito da tramitação da ação coletiva, confirma essa divisibilidade.

Aderimos, portanto, ao entendimento de que a dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos se manifesta apenas a partir de uma perspectiva processual.

#### 2.1.2.1 Técnica processual coletiva e identificação dos direitos individuais homogêneos: origem comum e preponderância de questões homogêneas

O que permite a identificação da categoria dos direitos individuais homogêneos é, então, a possibilidade de seu agrupamento para tutela conjunta. E à luz do sistema de proteção coletiva, formado sobretudo pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública, o que permite esse agrupamento (e, assim, a identificação da categoria) é a existência de *origem comum* e a *preponderância de questões homogêneas* em relação às particularidades de cada pretensão divisível e subjetivamente determinada.

A origem comum, identificada no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, é conceituada por Kazuo Watanabe como origem “de fato ou de direito”, que “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”<sup>90</sup>. Há relativo consenso quanto à possibilidade de a origem comum ser *um só fato* ou *vários fatos similares* que se enquadrem na mesma categoria fática.

Parte da doutrina entende, ainda, que a origem comum pode ser apenas *jurídica*. Segundo esse entendimento, a origem comum seria equivalente à afinidade de questões por um ponto comum de fato *ou direito* exigida para a litisconsórcio (art. 46, IV, do CPC/73 e 113, III, do CPC/2015)<sup>91</sup>. Mas a origem comum não é o único requisito para possibilitar a tutela coletiva e, assim, classificar os direitos individuais homogêneos.

---

<sup>90</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 76.

<sup>91</sup> Nesse sentido, Teori Zavascki, afirma “direitos com origem comum são sem dúvida direitos afins *por ponto comum de fato ou de direito*, tal como prevê o art. 46, IV, do CPC” (ZAVASCKI, Teoria. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995, p. 87, grifo nosso). Também Sérgio Arenhart também adota a possibilidade de a origem comum ser um ponto de direito: “A origem comum a que se refere o art. 81, parágrafo único, III, do CDC só pode ser entendida na mesma dimensão de ‘afinidade de questões’ a que alude o [art. 46, IV, do] Código de Processo Civil (...) Pode-se concluir que, porque a tutela coletiva de interesses individuais é um desdobramento da lógica do agrupamento de demandas (que dá origem à formação do litisconsórcio), também para esta tutela coletivizada a exigência há de ser a presença desse mesmo ponto comum de fato ou de direito” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de*

É necessário que haja cumulativamente a *prevalência das questões comuns em relação às particularidades de cada caso*, que permita o agrupamento em uma única pretensão. Com efeito, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta que a proteção coletiva de direitos individuais deve atender os “requisitos da *prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais* e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”<sup>92</sup>. Do mesmo modo, Antonio Carlos Fontes Cintra, destaca que “a possibilidade de ingressar com ações individuais em litisconsórcio é o primeiro indício da origem comum, *mas ainda não é suficiente*”<sup>93</sup>, pois há a exigência da predominância das questões comuns. Assim, ainda que o ponto comum de direito (tal como no litisconsórcio) possa ser considerado como “origem comum” (para fins de classificar os DIH), será necessário o atendimento de outro requisito cumulativo: *a prevalência de questões comuns sobre as particulares*<sup>94</sup>.

Assim, mesmo que a origem comum seja ponto controvertido de direito<sup>95</sup>, se não houver a preponderância de elementos homogêneos, não se poderá empregar a via coletiva e, por consequência, não será possível falar em “direitos individuais homogêneos” naquela situação.

---

*interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156-58).

<sup>92</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 221, grifo nosso.

<sup>93</sup> O que significa dizer que “cada membro não poderá apresentar muitas questões particulares” (CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72, out/dez 2009, p. 18), sob pena de inviabilizar a via coletiva. A inviabilidade da tutela coletiva, por sua vez, evidencia justamente que não há como falar em direitos individuais homogêneos naquela situação analisada.

<sup>94</sup> O requisito da prevalência de questões comuns sobre as questões individuais é um requisito que está implícito no sistema processual coletivo, pois essencial à própria ideia de coletivização. O requisito é defendido pela doutrina brasileira a partir do regramento das *class actions* estadunidenses, a partir do raciocínio de que, para admitir-se a via coletiva (e, por isso, a existência de ‘direitos individuais homogêneos’), “é preciso examinar se existem questões comuns, para depois analisar se elas efetivamente predominam sobre as individuais (...) demandas em que as questões individuais predominam sobre as comuns não podem ser resolvidas em conjunto, sob pena de se transformar a *class action* em uma sucessão de julgamentos de questões particularizadas para cada um dos membros da classe, prejudicando a economia processual e celeridade e, em última medida, o devido processo legal. O importante é que a economia e a eficiência com uma ação coletiva sejam superiores às dificuldades e complexidades do tratamento individualizado das diversas pretensões abrangidas” (ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 189). Ver, sobre este requisito, além da bibliografia já citada: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo.; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II; GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

<sup>95</sup> Não é unânime o entendimento segundo o qual a origem comum poder ser apenas jurídica (ou seja, ponto controvertido de direito). José Marcelo Vigliar, por exemplo, aponta que os direitos individuais homogêneos são unidos por circunstâncias fáticas. Ver: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

A conceituação dos direitos individuais homogêneos não é fácil<sup>96</sup>, justamente porque exige a análise pela perspectiva da pretensão exercida coletivamente. Trata-se, então, de um raciocínio circular, cujos elementos estão vinculados. Não há “direitos individuais homogêneos” sem origem comum e sem prevalência de elementos homogêneos, os quais autorizam a tutela coletiva. E sem haver a possibilidade de empregar a tutela coletiva, não há como identificar os “direitos individuais homogêneos”. É a técnica da coletivização que lhes reveste com tal nomenclatura.

Para nós, contudo, não basta qualquer técnica processual para que direitos similares sejam caracterizados como “individuais homogêneos”. Para este trabalho, adotamos a premissa de que os direitos individuais homogêneos, para serem identificados como tal, dependem da sua inserção no *contexto do processo coletivo brasileiro*. E isso diferenciará esta categoria dos direitos veiculados em demandas repetitivas. Detalharemos este raciocínio no item a seguir.

### 2.1.3 Demandas (ou questões) repetitivas: a distinção em relação aos “direitos individuais homogêneos”, identificados no contexto do processo coletivo

A literalidade do termo “direitos individuais homogêneos” permite caracterizá-los como um conjunto de *direitos individuais similares*, o que, por consequência, possibilitaria a identificação desta categoria em variadas situações: sempre que houvesse interesses individuais com pontos comuns ou sobrepostos<sup>97</sup>.

O alargamento da categoria dos direitos individuais homogêneos permitiria, por sua vez, a maximização do emprego da tutela coletiva. Afinal, adotando-se a concepção literal do

---

<sup>96</sup> Em realidade, um dos grandes problemas do tema refere-se justamente a identificação precisa dessa categoria. Sérgio Arenhart afirma que “se não se pode saber, com exatidão, o que são esses interesses, cria-se, evidentemente, clima de profunda insegurança no que se refere ao caminho eleito para sua tutela”. Sobre a origem comum, o autor aponta que não se sabe se está “em alguma ‘relação jurídica base’, em algum fato cotidiano único, em circunstâncias semelhantes vivenciadas por cada indivíduo, na identidade de causa de pedir ou de pedido, na similaridade das situações de cada direito individual ou em algum outro elemento” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53).

<sup>97</sup> Sérgio Arenhart adota uma concepção elástica do termo “direitos individuais homogêneos”, que compreende basicamente todas as situações em que há afinidade de questões e utilidade predominante no tratamento coletivo. O autor adota essa linha para justificar a ampliação das esferas de coletivização, por que defende que sempre que seja possível (e recomendável), devem ser agrupadas as questões para resolução conjunta. Para o autor, “surge a necessidade de dar maior amplitude à tutela coletiva dos direitos individuais, *seja dando aos direitos individuais homogêneos interpretação mais atual*, seja ampliando ainda mais o campo de atuação dessa coletivização de direitos individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 151-152, grifo nosso). O autor declaradamente propõe uma nova caracterização dos direitos individuais homogêneos, com o objetivo de maximizar a via coletiva.

termo, bastaria, para classificar direitos como individuais homogêneos, a existência de áreas de homogeneidade entre eles, o que evidenciaria possibilidades muito mais amplas para o emprego de técnicas de coletivização para resolução do “ponto comum”<sup>98</sup>.

Não obstante a importância de fortalecer e incentivar a via processual coletiva, optamos, neste estudo, por empregar a categoria dos direitos individuais homogêneos no contexto exclusivo das ações coletivas, as quais são reguladas principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública, sujeitando-se a sua identificação aos requisitos abordados no item anterior, quais sejam: origem comum e prevalência de questões homogêneas sobre heterogêneas.

*Não empregamos a categoria de direitos individuais homogêneos a partir de sua concepção literal*, portanto, mas sim com o significado que ela possui no contexto legislativo brasileiro, das ações propriamente coletivas<sup>99</sup>. E como a categoria é rotulada a partir da sua tutela processual (como visto no tópico anterior), nada impede que apenas no contexto do processo coletivo ela seja identificada<sup>100</sup>.

Essa opção metodológica decorre do fato de que classificar todas as “questões comuns” como “direitos individuais homogêneos” pode prejudicar o desenvolvimento e sistematização do sistema de resolução de demandas repetitivas. O termo “direitos individuais

---

<sup>98</sup> Na mesma linha exposta por Arenhart, Gustavo Osna aponta que ao se questionar o conceito tradicional de direitos individuais homogêneos, permite-se analisar a coletivização sob a perspectiva de sua funcionalidade. Para o autor, “a ‘coletivização’ constitui ferramenta procedimental de destacada valia para lidar com interesses *total* ou *parcialmente justapostos*, em *maior* ou *menor* escala. Sob esse prisma, falar em ‘coletivização’ é se referir a um instrumento sujeito a modulação dimensional, podendo ensejar o *juízo conjunto tanto de todo o interesse individual* (por ser maior a correlação) quanto à *apreciação de alguma questão comum essencial* para o deslinde de possíveis pretensões individuais. Ato contínuo, a coletivização de um interesse pode ser *total (tout court)* ou *parcial*, suprindo seu conhecimento atomizado por completo ou, no menor dos cenários, instituindo uma decisão estável sobre parcela de seus aspectos” (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 86, grifos nossos). O autor também trabalha com a ampliação do uso do termo DIH com o objetivo de permitir maiores esferas de coletivização.

<sup>99</sup> Não discordamos dos raciocínios dos autores da UFPR, Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. A abordagem é excelente e o objetivo é maximizar a utilização de meios processuais coletivos, com o que concordamos. Todavia, pensamos que alargar o conceito de direitos individuais homogêneos para compreender todas as situações em que há conflitos com questões comuns ou justapostas não parece o ideal quanto a tentativa é sistematizar um instituto que parte de bases distintas das ações coletivas propriamente ditas, como é o caso do IRDR. Os motivos que levaram a esta opção ficarão mais claros a seguir.

<sup>100</sup> Se entendêssemos que os direitos individuais homogêneos são uma “espécie” de direitos coletivos, com características específicas no plano substancial, esse raciocínio não seria possível. Mas, uma vez que defendemos que os DIH apenas “surgem” a partir da demonstração da viabilidade da tutela coletiva, é possível defender que apenas em tais circunstâncias a categoria deva ser adotada. Afinal, como pontua Sérgio Arenhart, a categoria de direitos individuais homogêneos “não é uma nova categoria de direitos subjetivos (ou materiais), mas sim uma forma processualmente distinta de tratar direitos individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141), o que possibilita que apenas na “forma processual” das ações coletivas essa categoria seja identificada. Afinal, se é a técnica processual X que permite identificar a categoria Y, parece possível que, diante de outra técnica Z (com abrangência distinta), não se empregue a mesma categoria Y.

homogêneos” contém um significado próprio, vinculado ao contexto do processo coletivo (que é, novamente, o que o identifica), que carrega pré-compreensões que podem interferir negativamente na sistematização adequada de outras técnicas distintas das ações coletivas, como o IRDR.

Ademais, a opção de apartar o conceito dos direitos individuais homogêneos dos direitos veiculados em demandas repetitivas se justifica – além de eventual preciosismo – para evitar que, sob a mesma nomenclatura, se abriguem situações distintas.

Afinal, se, de um lado, é verdade que a literalidade do termo *direitos individuais homogêneos* permitiria seu emprego para identificar algumas das situações conflituosas objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>101</sup>, de outro, também está claro que há situações que poderão ser resolvidas pelo IRDR que não se enquadram bem em tal conceito<sup>102</sup>.

É o que ocorre quando o que se pretende é a resolução de questões estritamente processuais que se repetem em processos em que não há qualquer similitude em relação às pretensões substanciais, como, por exemplo, nas discussões referentes a contagem de prazos, requisitos formais para admissibilidade de recursos, formalidades para atos de comunicação processual, entre inúmeras outras situações<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Em especial, nos casos em que as causas de pedir fundam-se em fatos análogos e os pedidos são os mesmos, embora os sujeitos sejam diversos. Antonio Adonias explica que “podemos considerar os interesses individuais homogêneos como objeto das demandas repetitivas, sim. Do ponto de vista de cada processo, trata-se de um conflito individual, cuja resolução atingirá a esfera jurídica das partes ali envolvidas. Enfocando o conjunto de processos repetitivos, cuidar-se-á de uma demanda-tipo, em relação à qual haverá um procedimento apropriado que objetiva alcançar uma solução padrão para os litígios concretos que se enquadrem naquela situação homogeneizada” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 186, ago/2010). No mesmo sentido, Marcos Cavalcanti aponta que os “direitos individuais homogêneos” judicializados de forma pulverizada são os que “normalmente são origem ao fenômeno das demandas repetitivas” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42).

<sup>102</sup> Antonio Adonias, além de identificar “direitos individuais homogêneos” nas demandas repetitivas, demonstra que estas vão além daqueles, ao afirmar que “as demandas repetitivas fundam-se em situações jurídicas homogêneas, que possuem um perfil que lhes é próprio e não se resumem aos direitos individuais homogêneos” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 186, ago/2010).

<sup>103</sup> Nesse sentido: “o incidente de resolução de demandas repetitivas é aplicável às chamadas pretensões isomórficas, aquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns. São estes os casos mais frequentes de litigância seriada. Não obstante, embora seja termo comum para definir as questões que são debatidas nos processos de litigância repetitiva, deve-se frisar que o IRDR não se aplica apenas às ‘pretensões isomórficas’ porque a expressão parece remeter a hipóteses em que o traço comum diga respeito ao direito material, enquanto no IRDR cabe também em relação a questões de natureza processual” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1420).

Do mesmo modo, a repetitividade pode ser observada em ações coletivas cujo objeto litigioso seja distinto, mas que contenham discussão sobre um ponto comum. Há, então, ações coletivas classificadas como repetitivas, embora relativas a demandas heterogêneas<sup>104</sup>.

Isso porque o que classifica as *demandas* como *repetitivas* no contexto do CPC/2015, é a existência de *questões comuns*, de direito material ou processual, ainda que estas questões não representem nenhuma parcela significativa do conflito subjetivo a ser resolvido em juízo, e ainda não que haja, propriamente, *demandas* homogêneas. Em realidade, o IRDR visa a solucionar *questões repetitivas*<sup>105</sup> e não necessariamente *demandas repetitivas*<sup>106</sup>.

Então, apesar de a lei empregar o termo *demandas repetitivas*, o que se verifica é que há utilização não técnica do termo “demanda”, nesse contexto. Isso porque, a rigor, ao falar em *demandas* repetitivas deveríamos nos referir a pretensões homogêneas, relativas a relações-modelo. Ou seja, atos de postulação constituídos de causas de pedir e pedido similares, porque referentes a situações substanciais análogas<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Leonardo Carneiro da Cunha aponta que: “Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo (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*, vol. 193, março/2011, p. 255).

<sup>105</sup> As questões são aqui compreendidas de forma ampla, como quaisquer pontos controvertidos que surjam no processo, ainda que não vinculadas diretamente ao julgamento do objeto litigioso. Barbosa Moreira utiliza o termo questões para se referir a quaisquer das “dúvidas” surgidas no curso do processo, em relação as quais deve se manifestar o órgão jurisdicional: “aceita uma definição que já se tornou clássica, chama-se precisamente *questões*, em doutrina, a essas ‘dúvidas propostas pelas partes, em desacordo sobre um ponto de fato ou de direito, e àquelas que o juiz deve propor a si mesmo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares. Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 74-75).

<sup>106</sup> Isso pode ser claramente observado nos arts. 976 e 1.036 do CPC/2015. Por isso, concordamos com a crítica de Marcos Cavalcanti, quando afirma que, em vez de “resolução de demandas repetitivas”, o ordenamento brasileiro deveria ter adotado “resolução de questões repetitivas”. O autor aponta essa situação, ao mencionar que “a similitude de causas de pedir e pedidos não é o fator determinante para a caracterização de um processo como repetitivo. Esses processos identificam-se no plano abstrato por discutirem, em larga escala, *questões jurídicas de origem comum e homogêneas, que podem surgir ainda que não exista qualquer similaridade entre os elementos das demandas*” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 527, grifo nosso).

<sup>107</sup> Antonio Adonias Aguiar Bastos, em tese sobre o tema, explica que as demandas de massa são identificadas pela “identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala”. O autor explica que as demandas repetitivas são “demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com *conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham*, mas não chegam a se identificar (...) as demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, p. 19-22, grifo nosso). *As demandas repetitivas deveriam ser exatamente isso*, mas o nosso

Afinal, o termo *demanda*, apesar de ser empregado em contextos diversos, significa o ato de postulação, relativo a uma relação jurídica material<sup>108</sup>, o qual é identificado pelo pedido e causa de pedir referentes a determinadas partes<sup>109</sup>.

Não obstante, para o sistema processual do CPC/2015, *demandas repetitivas* também compreendem *demandas* que não se referem a relações substanciais-modelo, não contêm causas de pedir e pedido similares (*demandas heterogêneas*, portanto), mas possuem áreas de homogeneidade, relativas a uma ou algumas das *questões* discutidas em juízo. As *demandas* são caracterizadas como repetitivas mesmo nos casos em que apenas algumas *questões* nelas debatidas o sejam.

E sendo assim, apesar de as “demandas repetitivas” compreenderem situações que, em tese, poderiam ser classificadas como “direitos individuais homogêneos” (nas hipóteses de demandas relativas a pretensões isomórficas, em que as relações substanciais sejam análogas e sejam repetidas as causas de pedir e pedidos<sup>110</sup>), também compreendem situações que não poderiam ser enquadradas como tal (hipóteses em que há apenas um ponto marginal em comum entre as demandas), a menos que houvesse uma completa reconfiguração da categoria<sup>111</sup>. As demandas repetitivas abrangem situações mais amplas do que os direitos

sistema reputa como demandas repetitivas outras situações mais abrangentes em que não há similaridade entre os elementos essenciais das demandas, mas apenas entre algumas questões debatidas no processo judicial.

<sup>108</sup> Para Fredie Didier Jr. “a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a pretensão processual relativa à relação jurídica substancial posta à apreciação do Poder Judiciário (...) A afirmação da relação substancial é o conteúdo da demanda” (DIDIER JR., Fredie *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 286).

<sup>109</sup> Marcelo Pacheco Machado expõe que “Demanda é manifestação inequívoca de um pedido que, por sua vez, se fundamenta em uma causa de pedir e que deve afetar a esfera jurídica de determinadas partes. Seu conteúdo é representado pelo projeto de uma norma jurídica concreta: o demandante deseja que por força da ocorrência de determinados fatos (causa de pedir remota) que se submetem ao antecedente de determinada norma (causa de pedir próxima), novos efeitos jurídicos (diferentes da mera recusa dos efeitos desejados pelo demandante) sejam produzidos em concreto (pedido) em relação a determinados sujeitos (partes)” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Demanda, reconvenção e defesa, o que é o que é?*. *Revista de Processo*, vol 236/2014, out/2014). Conforme aponta Heitor Sica, para a grande maioria da doutrina “prevalece a ideia de que demanda é o ato de postulação que encerra uma pretensão processual, informada por seus três elementos: partes, pedido e causa de pedir, tendo como objetivo um bem da vida disputado entre as partes no plano material. (...) Proposta a demanda, o direito de ação passaria a se desdobrar em um feixe de poderes exercitáveis ao longo do processo, sem que com isso se caracterizassem novas demandas” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85).

<sup>110</sup> Os direitos individuais homogêneos – na forma e no contexto da legislação brasileira – poderiam, em tese, ser objeto de *demandas* individuais homogêneas, mas a utilização da via coletiva ocorre justamente porque preponderam as questões comuns sobre as particularidades individuais. A coletivização pode ocorrer justamente em razão dessa prevalência. Se em uma dada situação não houver preponderância de elementos comuns, não será possível o emprego do processo coletivo (no modelo atual, pelo menos), de modo que não será possível identificar direitos individuais homogêneos.

<sup>111</sup> Para Gustavo Osna, a própria expressão “direitos individuais homogêneos” é desnecessária, haja vista as inúmeras controvérsias sobre sua caracterização, seus requisitos e natureza. (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 82). Não obstante concordarmos com a equivocidade do termo, não iremos adentrar na dispensabilidade ou não da categoria, o que exigiria que este estudo tivesse outra delimitação temática. Todavia, parece que possamos

individuais homogêneos<sup>112</sup>, o que é mais um dos motivos para evitar o emprego deste termo naquele contexto<sup>113-114</sup>.

Assim, não parece possível equiparar os direitos individuais homogêneos com as “questões de direito” veiculadas nas demandas repetitivas, mesmo que se entenda que a “origem comum” (art. 81, III, do CDC) seja exclusivamente um “ponto comum de direito”<sup>115</sup>. Naquele caso se exige uniformidade de *demandas*, e neste, apenas de *questões*<sup>116</sup>.

defender a disrupção ou a ressignificação da categoria sem um estudo aprofundado, até porque, gostando ou não, o termo é expressamente empregado na legislação brasileira e é basilar para a doutrina processual coletiva, carregando um sentido próprio. De fato, neste estudo, optamos simplesmente por não empregá-lo, porque o reservamos para o contexto das ações coletivas. É verdade que também poderíamos optar pela adoção do termo para o IRDR, a partir de sua significação literal, adaptando-o a concepções mais ou menos elásticas, conforme as demandas fossem mais ou menos similares, o que talvez exigiria a subdivisão em *direitos muito homogêneos*, *médio homogêneos* ou *pouco homogêneos*. Quanto maior a sobreposição de interesses, mais homogêneo o direito. Quem sabe também talvez pudéssemos manter o termo e incluir nele os direitos processuais, de modo que falássemos em *direitos materiais homogêneos* ou *direitos processuais homogêneos*. A despeito dessas inúmeras possibilidades, optamos por não adentrar nessa problemática, por entender que a categoria não é essencial para desenvolvimento do estudo sobre o IRDR. Neste trabalho, encaramos o problema sob a perspectiva do que a lei processual reputa por *demandas repetitivas*, para fins de utilização dos *meios processuais diferenciados*.

<sup>112</sup> Contudo, é possível afirmar que o IRDR tenha sido pensado para tutelar preponderantemente as situações em que as pretensões são isomórficas, ou seja, em que as causas de pedir e pedido são similares, porque decorrentes de relações substanciais análogas. É possível afirmar que o IRDR se destinará preponderantemente para tutelar questões de direito material, o que fará com que, na maioria dos casos, se esteja tutelando direitos que poderiam ser classificados como direitos individuais homogêneos. Não obstante, por haver situações que não se enquadram como tal, optamos por não empregá-lo.

<sup>113</sup> É preciso apontar que refinamos o entendimento sobre este ponto. Em trabalhos anteriores (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 283-332; LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, v. 206, p. 167-189, 2012) havíamos equiparado os direitos individuais homogêneos àqueles tutelados nos meios de resolução de casos repetitivos. A reflexão sobre o tema demonstrou que há situações em que essa equiparação não é adequada, de modo que optamos – como já mencionado – por reservar o termo para o contexto exclusivo das ações coletivas.

<sup>114</sup> Renato Xavier Rosa também adota concepções diferenciadas de direitos individuais homogêneos e o que denomina de “direitos repetidos”, embora adote raciocínio um pouco diverso: “é fácil notar que não se confundem com os individuais homogêneos: estes requerem homogeneidade e origem comum. Não é preciso origem comum para se reputar repetido um direito. Pode haver homogeneidade, e certamente alguma há de estar presente, mas é uma homogeneidade bem mais superficial que a necessária para os direitos individuais homogêneos do inciso III do artigo 81 do CDC, acima transcrito. Chamaremos então de interesses ou direitos repetidos, ou seriados, os tais direitos transindividuais que não possuem origem comum, mas são semelhantes” (ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil*, PLS nº 166/2010. Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP. São Paulo, 2010, mimeografado).

<sup>115</sup> A contextualização dos direitos individuais homogêneos no âmbito das ações coletivas (e não a identificação da categoria a partir de seu significado literal) é também o que os distingue, a nosso ver, dos demais direitos individuais ligados por alguma questão de direito, como no caso do litisconsórcio por “ponto comum de direito”. Por isso, ao adotar essa concepção, nos afastamos da doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, quando afirmam que “os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 46, I V, CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente; essas ações, que se multiplicarão, poderão dar ensejo à situação prevista no art. 285-A, CPC, que permite o julgamento liminar de improcedência, quando o magistrado deparar-se com “causa repetitiva”, semelhante a uma sobre a qual já se manifestou pela improcedência. Essas “causas repetitivas” são exatamente as causas individuais propostas por vítimas isoladas ou em litisconsórcio, que se acumulam no Judiciário. São exemplos as causas previdenciárias (reajustes de benefícios previdenciários),

Em conclusão: as “demandas” repetitivas, para o nosso direito positivo, são processos que contém *questões jurídicas homogêneas*. Não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos<sup>117</sup>. O relevante, nesse contexto, é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos.

Entendemos, como já foi destacado, que o termo “demandas repetitivas” não é o melhor para expressar tudo que compreende, justamente porque é mais um dos casos em que o nome “demanda” é utilizado sem muita precisão técnica<sup>118</sup>. Contudo, como esse estudo parte da análise do direito positivo brasileiro e como este é o termo adotado pela lei, também o empregaremos neste estudo.

Uma última observação: o termo “demandas repetitivas” deve também ser encarado com alguma cautela e a correta compreensão de seu emprego exigirá sua contextualização no direito positivo brasileiro. Não se defende a existência de uma nova categoria de “direitos substanciais” e tampouco se pretende repetir o problema enfrentado neste capítulo quanto aos direitos individuais homogêneos<sup>119</sup>. Empregamos o termo na exata dimensão que lhe é dada

tributárias (não pagamento de determinado tributo), consumeristas (não aplicação de determinada cláusula abusiva de um contrato-tipo) etc. Tudo isso reforça a importância da ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos: evita a proliferação de causas “atômicas”, “molecularizando” a solução do conflito e impedindo a prolação de decisões divergentes” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 84). Não propriamente por discordamos que, em alguns casos, as mesmas situações conflituosas poderiam dar origem a ações coletivas, litisconsórcio ou serem submetidas às técnicas de resolução de casos repetitivos, mas por entendermos mais adequado reservar o termo apenas para o primeiro cenário, pelos motivos já expostos.

<sup>116</sup> Já que não se exige, aqui, a prevalência de questões comuns sobre as particulares, como se exige na ação coletiva. Ou seja, as demandas podem ter pedidos e causas de pedir absolutamente diversos e, ainda assim, serem submetidas ao IRDR (e, portanto, serem classificadas como “demandas repetitivas”) caso haja uma única questão comum, mesmo que de direito processual.

<sup>117</sup> Antonio do Passo Cabral sustenta que os direitos individuais homogêneos “são relações jurídicas similares, normalmente entre um player comum (litigante habitual) e pessoas diversas. São direitos individuais, como o *nomen iuris* da categoria informa; e possuem estrutura idêntica. Já as questões objeto do IRDR podem ser comuns a inúmeros direitos, relações e situações jurídicas de estrutura muito heterogênea, mas no bojo das quais haja um estrato comum da discussão. Não há nem comunhão de direitos nem a mesma causa de pedir ou pedido” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1420).

<sup>118</sup> Marcelo Pacheco Machado faz uma análise sobre os diversos sentidos do termo na legislação brasileira. Ver: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil – relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 20-22.

<sup>119</sup> Também por isso não utilizaremos “direitos de massa”, “direitos isomórficos” ou similares. Como bem destaca Gustavo Osna, “o conceito de ‘direitos de massa’ também deve ser visto com cautela, dada a possibilidade de resgatar uma ‘visão material’ incompatível com o processo em sua perspectiva funcional. (...) Também aqui é incorreto afirmar que surgiu uma nova categoria de direitos, e a utilização do conceito ‘direitos de massa’ pode conduzir a essa errônea interpretação (...) É certo que o fato de negócios terem assumido natureza plural (tornando os interesses relevantes a uma ‘massa’), contribuiu para que a técnica de coletivização se alastrasse. Porém, a aproximação não pode levar à procura por uma nova categoria material que explique a coletivização” (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 85). Concordamos com o autor, pois entendemos que não deve ser criada nova categoria de direito material, em razão da técnica, e, por isso, discordamos de José Henrique Mouta de

pela lei<sup>120</sup>, e seu uso será voltado para o estudo da técnica processual prevista no novo Código de Processo Civil.

---

Araújo, quando afirma que “deve ser repensada a própria conceituação dos direitos transindividuais, consagrando uma nova categoria – dos direitos coletivizados – oriunda do processo de vinculação de precedentes, a ser acrescentada aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 327).

<sup>120</sup> Sobretudo nos artigos 928, 976 e 1.036 do Código de Processo Civil de 2015.

### 3 NATUREZA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

No tópico anterior, identificou-se o que são consideradas demandas repetitivas, no contexto do CPC/2015, para fins de emprego do incidente de resolução de demandas repetitivas. Neste item, pretendemos identificar a natureza desta técnica processual.

Entendemos que definir a natureza do IRDR é uma etapa essencial para compreender o regime que lhe deve ser aplicável, o que influenciará a compreensão sobre seus elementos objetivos e subjetivos, determinando, por exemplo, as regras sobre sua formação e estabilização, como também sobre a natureza da decisão e sua eficácia.

Nos itens abaixo, demonstraremos as posições doutrinárias apresentadas até o momento acerca da natureza do incidente, apresentando, em seguida, nossa posição. Adianta-se que, para nós, o incidente se aproxima mais do processo que tutela o direito objetivo do que com o processo destinado a tutelar diretamente situações subjetivas concretas<sup>121</sup>.

#### 3.1 Apresentação da divergência: o IRDR julga “causa” ou apenas fixa tese?

A definição da natureza do incidente é tarefa complexa, porque a lei não é clara a respeito de um aspecto essencial para determiná-la: saber se o incidente compreenderá o julgamento da “causa”, ou seja, do conflito subjetivo que levou à sua instauração, ou se apenas haverá a resolução pontual da questão de direito, em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem a resolução de conflitos subjetivos<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> A separação entre tutela do direito objetivo e do direito subjetivo é bastante complexa, porque diz respeito a fenômenos que são necessariamente interligados. Eduardo Fonseca Costa aponta que: “o direito subjetivo e o direito objetivo são face e contraface do mesmo fenômeno (...). Em toda tutela de direitos subjetivos, existe sempre um *quid* de proteção ao próprio ordenamento jurídico (proteção essa – repita-se, sempre reflexa e mediata) (...) *Em contrapartida, quem protege a vigência de uma determinada norma jurídica, por via reflexa acaba por tutelas todas as pretensões nascidas a partir de sua incidência*. Reconhecer a vigência de uma norma é condição necessária para reconhecer a eventual existência de pretensões nela escoradas. A fortiori, negar vigência a uma norma jurídica é condição necessária e suficiente para negar a existência de quaisquer pretensões nascidas a partir de sua incidência”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital, grifo nosso). Pensamos que o IRDR tutela preponderantemente o direito objetivo e apenas por via reflexa as pretensões subjetivas, como demonstraremos.

<sup>122</sup> Guilherme Peres de Oliveira aponta, sobre essa questão, que: “não há clareza no texto do projeto, como expusemos desde o início, acerca do caráter concreto ou abstrato, subjetivo ou objetivo, do incidente de resolução de demandas repetitivas. (...) Seria ele um incidente cujo propósito é deslocar a competência para julgamento do pedido especificamente deduzido no processo em que foi suscitado, ou um incidente autônomo cuja função é fixar a tese jurídica correta, a ser considerada como um fundamento inafastável ou prejudicial de mérito no processo principal?” (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas

Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa a tese jurídica, sem resolver a “lide”. Permeia tal discussão a referência aos modelos da “causa-piloto” e do “procedimento-modelo”, empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou sua cisão, respectivamente<sup>123</sup>.

Apesar de a discussão em torno do IRDR apresentar peculiaridades em relação aos modelos citados do direito comparado, o que decorre de elementos próprios do nosso instituto e de nosso sistema processual, é possível agrupar os entendimentos doutrinários apresentados até o momento também em duas linhas principais, que se aproximam cada qual a um daqueles modelos.

De um lado, há autores afirmando que o incidente destina-se também ao julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado. Segundo esta linha, além de dirimir a controvérsia quanto à questão de direito, *haveria, no incidente, a resolução do conflito subjetivo*<sup>124</sup>, caracterizando-se uma *unidade cognitiva e decisória*<sup>125</sup>. Esta parcela da doutrina emprega o termo “causa-piloto” para se referir ao incidente.

repetitivas – uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 669).

<sup>123</sup> Antonio do Passo Cabral, em mais de um estudo, já apontou a distinção entre tais espécies de procedimento para solução de casos repetitivos no direito comparado. O autor cita como mecanismos que operam pelo formato da “causa-piloto” a *Group Litigation Order* inglesa e o *Pilotverfahren* austríaco, apontando que “este tipo de procedimento caracteriza-se pela *unidade de processo e julgamento* (pelo qual o órgão decisor conhece e julga não apenas da questão comum, mas também de todas as demais questões, resolvendo o caso por completo) e posterior *reaplicação da ratio decidendi aos casos similares*”. Cita como segundo tipo de procedimento o “procedimento-modelo”, “como o *Musterverfahren* alemão, que se caracteriza pela cisão *cognitiva e decisória* (o órgão julgador aprecia somente as questões comuns), seguido de *incorporação da decisão* aos processos em que se discuta a mesma controvérsia, devolvendo-se aos demais órgãos jurisdicionais a solução de todas as questões específicas de cada caso” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.417). Ver, ainda, do autor: “O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 123/146 e “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014.

<sup>124</sup> Este é o entendimento de Alexandre Câmara, que entende o IRDR apenas pode ser instaurado a partir de processo em trâmite perante os tribunais, porque “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, grifo nosso).

<sup>125</sup> Antonio do Passo Cabral aponta que “o panorama que se ensaiava para o IRDR na tramitação do novo Código no Congresso Nacional era claramente de um procedimento-modelo”, mas que, “após a inserção pelo Senado Federal do art. 978, parágrafo único, o incidente de resolução de demandas repetitivas *será, via de regra, uma causa-piloto*. *O novo CPC é claro em afirmar que o tribunal, ao julgar o incidente, decidirá também o processo originário (recurso, remessa necessária ou causa de competência originária)* (...) A opção pelo

De outro, afirma-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas fixa a tese sobre a questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma *cisão cognitiva*, com a *fixação da tese em abstrato*, sem aplicação direta ao caso concreto<sup>126</sup>, assumindo o incidente uma feição objetiva<sup>127-128</sup>. Alguns destes autores empregam a nomenclatura “procedimento-modelo” para se referirem à natureza do IRDR.

---

parâmetro do processo-teste ou causa-piloto, fazendo com que o tribunal julgue o caso, faz com que a cognição no IRDR seja empreendida à luz de direitos subjetivos concretos, postulados pelas partes em juízo”. O autor entende, contudo, que a opção do legislador foi ruim, por misturar as questões comuns com peculiaridades dos processos no âmbito do IRDR, afirmando que “*teria sido mais técnica a escolha pelo formato do procedimento-modelo, com cisão cognitiva entre dois órgãos*, restando ao tribunal apreciar apenas a questão comum” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1418). Tanto Antonio Cabral quanto Alexandre Câmara ressaltam a situação de desistência da “causa-piloto”, hipótese em que o incidente assumiria natureza distinta, porque não haveria julgamento do conflito subjetivo. Trataremos desta questão em seguida.

<sup>126</sup> Nesse sentido é a posição de Aluisio Mendes e Roberto Rodrigues: “O procedimento-modelo idealizado no Projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) reveste-se da natureza de processo objetivo, uma vez que tem por escopo *não a resolução da lide individual na qual surge, mas sim a elaboração de uma “decisão-quadro”*, de uma tese jurídica aplicável às questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas idênticas” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, set/2012, versão digital). Também parece ser a posição de Dierle Nunes, que expressamente afasta o modelo da “causa-piloto” para o incidente, a qual apenas ocorre nos recursos especial e extraordinário repetitivos, nos quais há “o julgamento completo da causa pelo tribunal, *diversamente das técnicas de procedimento-modelo não quais há uma cisão cognitiva (como no Incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR)*” (NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2320). Parece também ser este o entendimento de Eduardo Cambi e Mateus Fogaça: “no modelo brasileiro, *há a cisão do julgamento*, que se desdobra em uma decisão objetiva e outra subjetiva complexa. Em outras palavras, enquanto um órgão judiciário julga todas as questões comuns objeto do incidente, o outro órgão julga o processo originário, com todas as suas especificidades, observando a prévia decisão do incidente, obrigatoriamente tomada como premissa à definição das demais questões versadas no processo. *Mediante a técnica da cisão, a decisão do incidente decorre do julgamento em abstrato da questão jurídica submetida ao órgão prolator*, sem prejuízo das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa daqueles cuja esfera jurídica poderá ser afetada”. (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital). Ainda, também parece ser a opinião de Luiz Henrique Volpe Camargo, ao afirmar que “a discussão jurídica posta no incidente será utilizada para possibilitar que o tribunal de 2º grau adote a decisão-modelo. *Não haverá, portanto, o julgamento de um processo específico. No incidente definir-se-á tese jurídica aplicável a todos os casos iguais*” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 283).

<sup>127</sup> Guilherme Peres de Oliveira, em estudo voltado a analisar o caráter do incidente, conclui que “o incidente *deve ser encarado como incidente objetivo* e cujo escopo é o de *definir a tese jurídica em abstrato, sem julgar o caso concreto em que fora suscitado* (e, ademais, todos os que versem questão idêntica), será julgado de acordo com suas peculiaridades, porém sem contrariar o posicionamento jurídico já delimitado no incidente” (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 670, grifo nosso).

<sup>128</sup> Um pouco diversa destas duas vertentes parece ser a opinião de Bruno Dantas, que adota uma linha intermediária. O autor, embora defenda a cisão cognitiva e a fixação da tese em abstrato, entende que o tribunal deverá julgar, ato contínuo, o caso concreto, o que seria importante para demonstrar os contornos da aplicação da tese. Defende, então, que “o IRDR funciona como fracionamento na cognição e no julgamento da causa. *Ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato*, e ao juízo originário a sua aplicação ao caso concreto. É

### 3.2 Nossa posição: O IRDR fixa tese jurídica

Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Entendemos, portanto, que no incidente não haverá julgamento de “causa-piloto”<sup>129</sup>, mas que será formado um “procedimento-modelo”.

E essa posição decorre, *principalmente*, dos seguintes fundamentos<sup>130</sup>: a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da “demanda”; b) a desistência do que *seria* a “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão<sup>131</sup>, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais<sup>132</sup>. Detalharemos tais razões nos tópicos que seguem.

#### 3.2.1 IRDR resolve apenas “questões de direito”

---

importante observar que a fixação da tese contém não apenas cognição da *quaestio iuris*, mas também decisão, *o que todavia não significa julgamento da lide subjacente*. Mas afirma que a regra do art. 978 indica que “o legislador pretendeu que o mesmo órgão jurisdicional que definiu a tese jurídica em abstrato seja responsável também pela sua aplicação ao caso concreto para fins de fixação do padrão decisório a ser obedecido em todos os casos idênticos presentes e futuros. *O tribunal deve demonstrar exatamente os limites e possibilidades na aplicação da tese fixada ao caso específico*” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2179 e 2185).

<sup>129</sup> Optamos, então, por não empregar essa terminologia, para evitar a assimilação com aquela técnica antes descrita. Assim, quando falarmos em “causa-piloto”, será no contexto da apresentação do pensamento dos autores que adotam o entendimento que no incidente há a resolução do conflito subjetivo.

<sup>130</sup> Tivemos a oportunidade de apontar alguns elementos que corroboram a compreensão do IRDR segundo essa natureza, em: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 291. Neste estudo, retomamos e aprofundamos tais fundamentos.

<sup>131</sup> Antonio do Passo Cabral afirma que, apesar de a opção legal ter sido pelo modelo da causa-piloto, melhor teria sido a cisão cognitivo-decisória. Ver: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1418.

<sup>132</sup> Abordaremos a questão da participação e dos sujeitos processuais no capítulo 4, quando tratarmos da fase de afetação. Por ora, basta afirmar que a desvinculação do conceito de *lide* permite a ampliação das formas de participação e no incidente, por viabilizar o afastamento das modalidades interventivas (típicas e restritas) do processo subjetivo.

O incidente de resolução de demandas repetitivas não julga “causa”, mas apenas fixa tese, porque seu objeto está restrito às questões de direito – material ou processual – que se repetem em diversos processos. Não se analisam questões de fato e questões de direito heterogêneas<sup>133</sup>, o que impede que se possa falar em julgamento da demanda, que depende necessariamente da análise da causa de pedir e do pedido<sup>134</sup>.

Mas o que significa dizer que o IRDR apenas julga “questões de direito”? Não se pode deixar de apontar que a definição do objeto do IRDR retoma um problema antigo, que diz respeito à separação entre questões de fato e questões de direito<sup>135</sup>.

Não é novidade que fato e norma são dois aspectos de um só fenômeno e que a tentativa de distanciá-los causa quase sempre um artificialismo estéril, o que gera, com razão, fortes críticas às tentativas de separação, mormente quando objetivam limitar a cognição judicial<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> O incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do CPC/73, embora instituto diverso do que o que ora se analisa, também trabalha com essa “seleção” das questões de direito comuns. Barbosa Moreira, comentando sobre o instituto, aponta que: “o tribunal há de se limitar a assentar, dentre as teses jurídicas contrastantes, a que deve prevalecer. *Não conhece de outras quaestiones iuris, estranhas ao objeto do incidente, nem de quaestiones facti, sejam quais forem; nem aplica à espécie a interpretação fixada*: isso competirá ao órgão suscitante” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23, grifo nosso). A mesma lógica ocorre no incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 480 do CPC/73 e 948 do CPC/2015).

<sup>134</sup> Essa situação parece ainda mais evidente se considerarmos que o IRDR pode ser formado a partir de diversos processos. Escolhidos dois ou mais processos, não é difícil imaginar que cada “causa-piloto” terá questões de fato e de direito heterogêneas, além da questão jurídica comum. Nesse caso, se entendermos que o IRDR julga a causa, teríamos que admitir que o mesmo IRDR se ocupará também de questões de algumas causas que nada digam respeito às outras causas afetadas e muito menos às demais demandas repetitivas sobrestadas. Seria o caso de segmentar o julgamento do IRDR em parte comum (referente às apelações A, B e C, por exemplo), e partes individuais (referentes a cada uma das apelações), o que parece fugir do escopo e da estrutura do incidente, que visa apenas à fixação da tese quanto à questão comum.

<sup>135</sup> Castanheira Neves expõe a complexidade em apartar tais questões, afirmando que “geralmente se reconhece que a distinção absoluta, ou logicamente pura, entre <o direito> e <o facto> não é realizável, dado que se, por um lado, os <factos relevantes> são já em si selecionados e determinados em função da norma aplicável, em função de uma perspectiva jurídica, a norma aplicável (o direito), por outro lado, não pode deixar de ser selecionada e determinada em função da estrutura concreta do caso a decidir. Ao considerar-se a questão-de-facto- está implicitamente presente e relevante a questão-de-direito; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se a solidária influência da questão-de-facto. Ou, numa formulação bem mais expressiva: <para dizer a verdade, o ‘puro facto’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse se não no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto” (NEVES, Antonio Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: \_\_\_\_\_. *Digesta*. Vol. I. Coimbra Editora, 1995, p. 521-522).

<sup>136</sup> Sobre a dificuldade de distanciar fato e norma, Teresa Wambier aponta que “rigorosamente, seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. Vol. 92, out-dez/1998, p. 52-70, versão digital). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. afirma que: “Fato e norma são elementos essenciais ao fenômeno jurídico: a eficácia jurídica surge após a incidência da hipótese normativa no suporte fáctico concreto (fato ou conjunto de fatos) (...)”

Todavia, apesar das fundadas críticas, o sistema jurídico brasileiro trabalha em diversas situações com a diferenciação entre questões de fato e questões de direito, o que é, em certa medida, acentuado pelo novo Código de Processo Civil<sup>137</sup>. O IRDR é um instituto que opera a partir dessa lógica e pretende cindir a cognição, ocupando-se tão somente com as questões de direito surgidas nos processos repetitivos.

Desse modo, sem desconsiderar a complexidade da problemática de separação entre questões de fato e questões de direito, que não será aprofundada neste estudo, e visando sobretudo a apresentar uma tentativa de compreensão quanto à sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas, adotaremos a proposta de classificação das questões sob apreciação judicial em questões *predominantemente fáticas ou jurídicas*, de acordo com o *aspecto problemático* que é o foco de atenção do julgador naquela específica atividade de cognição e julgamento<sup>138</sup>.

Assim, em termos gerais, se o aspecto problemático for predominantemente jurídico, por não compreender a aferição, em concreto, dos fatos alegados, estar-se-á diante de uma questão de direito<sup>139</sup>. Desse modo, será possível falar em “questão de direito” se o julgamento

Assim, na tarefa de aplicação do direito, o julgador haverá de examinar, inexoravelmente, questões de fato (*quaestiones facti*) e questões de direito (*quaestiones iuris*). A distinção entre uma e outra não é simples” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 438).

<sup>137</sup> Leonard Schmitz aponta que está arraigada na sistemática brasileira a separação entre fatos e direito, o que acaba por determinar a admissibilidade dos recursos excepcionais, julgamentos com cognição diferenciada e julgamentos por amostragem. O autor também alerta que “a edição do novo Código de Processo Civil acentua essa dicotomia. O julgamento de *teses* é aceito de modo generalizado, e são previstos novos mecanismos como os incidentes de assunção de competência (art. 947) e de resolução de demandas repetitivas (art. 976), e o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1.036). A ideia é racionalizar a facilitar o julgamento cuja *questão de direito* se repete – e aí se nota a confessada separação, aqui combatida” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 146).

<sup>138</sup> Teresa Wambier leciona que: “pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito, ou seja, o *fenômeno jurídico é de fato e é de direito*, mas o aspecto problemático deste fenômeno pode estar girando em torno dos fatos ou em torno do direito. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de fato e de norma, o *aspecto problemático* desse fenômeno pode estar lá ou cá”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. *Revista de Processo*. Vol. 92, outubro/1998, p. 52-70, versão digital).

<sup>139</sup> Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira diferenciam a apreciação de questões de fato e questões de direito, afirmando que “analisar questões de fato é, sobretudo, analisar as provas aportadas ao processo”, e que analisar questões jurídicas compreende apontar “(a) qual a norma jurídica geral aplicável àquela situação fática, (b) quais os efeitos que dessa incidência podem ser extraído. É também aqui que o juiz deve (c) analisar e resolver, eventualmente, a questão da compatibilidade constitucional da norma jurídica e ainda (d) analisar e resolver eventual conflito normativo verificado” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 320-322). Teresa Wambier aponta que “No plano ontológico, devem-se admitir (tanto quanto no plano técnico-processual) *graus* de predominância do aspecto jurídico da questão. Ter-se-á, por exemplo, *uma questão quase que exclusivamente jurídica*, se o *foco de atenção do raciocínio do Juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo*, já que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e *como* ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra *na exata compreensão do mandamento legal*” (WAMBIER, Teresa

pretender resolver temas tais quais: a) como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas daí extraídas; b) qual a norma aplicável a uma determinada situação fática, e, c) a compatibilidade entre o texto normativo e outras normas e a Constituição<sup>140</sup>.

No incidente, não são apurados *se e como* ocorreram determinados fatos específicos<sup>141</sup>, mas o tribunal apenas se ocupará de definir a compreensão dos textos normativos, considerando, para tanto, uma categoria fática pressuposta.

No IRDR, o *aspecto problemático é predominantemente* de direito, porque o órgão julgador se limitará a definir, na existência de conflito sobre a melhor solução para uma questão jurídica, qual o entendimento que deve ser seguido, mesmo sem adentrar na análise específica das questões fáticas concretas<sup>142</sup>.

Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. Vol. 92, out-dez/1998, p. 52-70, versão digital). A situação é mais complexa quando a atividade for de qualificação jurídica do fato, que, para a autora, também deve ser considerada como questão de direito. Outra classificação que pode auxiliar na compreensão do que pode ser caracterizado como questão de direito é a que trata de problemas de “classificação, relevância e interpretação”, o que é abordado por Paula Pessoa Pereira em sua dissertação de mestrado (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir no universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 102-103). Trataremos desta distinção no quarto capítulo.

<sup>140</sup> Fredie Didier Jr. adota também um critério funcional para classificar questões de fato e questões de direito. Para o autor, “considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto, pouco importa se, examinada pela perspectiva do objeto, é questão de fato ou questão de direito. Por exemplo: toda questão relacionada à causa de pedir será considerada questão de fato. *Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada às tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo*” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 439, grifo nosso). O autor considera questões de direito aquelas em que a atividade do julgador estejam voltadas precipuamente para o aspecto normativo do fenômeno jurídico.

<sup>141</sup> Esse é um dos aspectos em que o IRDR se distancia do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), que admite a resolução de questões fáticas comuns: “O objeto da cognição judicial neste procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, nº 147, p. 123/146). A despeito da expressa previsão legal, há autores que vêm defendendo a ampliação do IRDR para abarcar questões fáticas, como: CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 426; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1421).

<sup>142</sup> Novamente, parece relevante citar o entendimento de Barbosa Moreira quanto ao requisito para instauração do incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do CPC/73: “indispensável é que a discrepância se configure entre teses jurídicas. *Apenas a soluções de quaestiones iuris é relevante neste contexto*. De modo algum justifica a suscitação o fato de se decidirem diversamente espécies análogas por se considerar *bastante* a prova num dos casos e *insuficiente* no outro; mudam as coisas de figura, entretanto, se o desacordo versa sobre a admissibilidade de determinada prova ou sobre algum critério legal de valoração” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14).

Este corte que é feito para separar “questões de direito” não é estranho ao nosso sistema jurídico: está presente, por exemplo, para delimitar o cabimento dos recursos excepcionais. E embora a cisão não seja recomendável, pelos problemas já apontados, a doutrina e a jurisprudência vêm, há muitos anos, construindo um entendimento sobre o que são “questões de direito” nesse contexto. Essa paulatina construção também deverá ocorrer quanto ao IRDR, que certamente aproveitará consensos alcançados sob a vigência do CPC/73. Assim, embora a questão seja de difícil equacionamento do ponto de vista teórico, não impedirá o manejo do novo instituto.

### 3.2.1.1 Fixação da tese e fato-tipo: o raciocínio tipológico empregado ao IRDR

Apesar de o incidente se destinar a solucionar questões de direito repetitivas, a fixação de teses jurídicas não parte de absoluta desconsideração de circunstâncias fáticas. Aliás, isso sequer seria possível, considerando a necessária interligação entre fato e norma para compreensão do fenômeno jurídico<sup>143</sup>.

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”<sup>144</sup>. 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

---

<sup>143</sup> Até porque a necessidade de fixar teses apenas surge no contexto da resolução de casos concretos. Barbosa Moreira explicita que “no exercício da função jurisdicional, têm os órgãos judiciais de aplicar aos casos concretos as regras de direito. Cumpre-lhes, para tanto, *interpretar essas regras, isto é, determinar o seu conteúdo e alcance. Assim se fixam as teses jurídicas*, a cuja luz hão de apreciar-se as hipóteses variadíssimas que a vida oferece à consideração dos julgadores” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4).

<sup>144</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 148.

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*.

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<sup>145</sup>.

Com efeito, o *tipo* pode ser identificado como um “modelo resultante da ordenação de dados da realidade concreta segundo padrões de semelhança”<sup>146</sup>, cuja aferição depende necessariamente de um determinado contexto<sup>147</sup>. Falar em *tipo*, neste cenário, significa extrair um *modelo* da repetição de padrões nas situações fáticas concretas descritas nas demandas repetitivas. Esse *modelo* será utilizado para fixação da tese.

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<sup>148</sup>, 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

---

<sup>145</sup> Não poderemos nos aprofundar no estudo do *tipo*. Contudo, parece possível apropriar algumas das construções doutrinárias sobre o raciocínio tipológico, numa tentativa de apresentar uma proposta para a atividade cognitivo-decisória que ocorre no IRDR. Sobre o raciocínio tipológico: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Entre publicismo e privatismo. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 76-84; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, especialmente p. 38-53; KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, p. 711-725.

<sup>146</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Entre publicismo e privatismo. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 77.

<sup>147</sup> Segundo Antonio Cabral, “o tipo ora reflete a média ou normalidade de situações concretas, retratando o que lhes é recorrente, ora procura descrever-lhe os traços característicos *homogêneos*. De todo modo, o tipo mantém as chamadas ‘conexões de sentido’ com aquela realidade” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Entre publicismo e privatismo. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 78).

<sup>148</sup> O raciocínio que opera com a identificação do *tipo* exige a análise do concreto e, simultaneamente, a sua abstração. Antonio do Passo Cabral expõe que: “o tipo está relacionado com a natureza das coisas, e por isso tem uma proximidade com o concreto; porém, embora não como o conceito, em alguma extensão o tipo também tende à generalidade, com um certo grau de abstração. O raciocínio tipológico, portanto, admite ao mesmo tempo abstração e concretude: o tipo contém algo de geral que há em toda situação singularizada, até porque a ordenação dos dados similares forma o quadro-padrão, e toda concreção se recompõe a partir da imagem global do conjunto” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Entre publicismo e privatismo. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 78).

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<sup>149</sup>.

Fala-se em *descrição da situação fática* porque o *tipo* ao contrário do *conceito*, não opera com rigidez e excessiva abstração, mas com fronteiras fluidas, exigindo-se que haja uma reconstrução descritiva dos elementos concretos, numa atividade de “recomposição da imagem do complexo intuído”<sup>150</sup>.

No incidente, o tribunal deverá abstrair as circunstâncias concretas, concentrar os elementos homogêneos e recompor a imagem a fim de projetar um *fato-tipo*, para, a partir daí, fixar a tese jurídica. Para esta descrição do *fato-tipo*, o tribunal não deverá se ater aos elementos subjetivos e às mínimas particularidades das situações concretas<sup>151</sup>, mas deverá descrever os elementos relevantes que se repetem e os padrões observados na realidade<sup>152</sup>.

A aferição dos fatos *em concreto* e a aproximação ao fato-tipo (ou à “imagem global”), com a aplicação da tese, serão feitos pelos juízos em que tramitarem os processos,

---

<sup>149</sup> Esse movimento de abstração e concretude não ocorre apenas entre os fatos concretos e os fatos projetados no *tipo*, mas também é um movimento de indução e dedução entre fato e texto normativo, ou seja, um “ir e vir” entre questão de fato e questão de direito, em que um conforma o outro, o que torna complexa a atividade jurisdicional no IRDR. Eros Grau afirma que “o intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso (...) a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26 e 32). Hermes Zaneti Jr. apresenta alguns elementos sobre essa relação entre fato e direito em: Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.336-1338.

<sup>150</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 45. Neste sentido, Munir Karam afirma que “Enquanto os conceitos classificatórios fundar-se-iam numa abstração que desconhecera que a realidade é *contínua*, os tipos teriam fronteiras fluidas, e seriam objeto de descrição, mais do que de definição. Uma entidade é *subsumida* a um conceito, mas a um tipo só pode ser *referida* e pode afastar-se mais ou menos dele” (KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, versão digital).

<sup>151</sup> “O tipo é uma simples *suma* dos elementos que constituem o núcleo objetivo do fato. O fato se reveste de todas as nuances, todo o colorido da conduta. (...) Ao dizermos que o tipo se refere à parte *exterior* da conduta, queremos distinguir dele os elementos subjetivos. O tipo é um esquema a que se deve ajustar a face subjetiva do fato temporal. Ao se admitir no tipo elementos subjetivos, a face subjetiva do fato deverá referir-se a si mesma, o que parece discutível. Em consequência, o tipo – como elemento da previsão do fato – deve abranger em especial a parte objetiva da conduta” (KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, versão digital).

<sup>152</sup> Marinoni destaca a importância dos fatos para fixação da tese, mas adota concepção um pouco distinta. Para o autor, “a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas está condicionada a inexistência de discussão sobre fatos. As questões (pontos controvertidos) devem versar unicamente sobre uma tese jurídica. Isso não significa, porém, que os fatos sejam irrelevantes. Significa apenas que eles são incontroversos. *Na realidade, a definição da tese jurídica, bem como sua extensão a casos semelhantes, depende diretamente da correta identificação e análise dos fatos subjacentes à discussão de direito*” (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2.082-2.083). Nosso entendimento é que os fatos não serão propriamente incontroversos, mas que eles serão *considerados* como tal, para os fins de fixação da tese. Isso ocorrerá mediante o emprego de *fatos-tipo*.

por ocasião do julgamento das demandas. Isso porque o incidente de resolução de demandas repetitivas trabalha com uma lógica de comparação dos fatos dos casos concretos com o fato-tipo: a tese será aplicável se for possível essa aproximação<sup>153</sup>.

O raciocínio tipológico assume, no IRDR, a função de oferecer *modelos* das situações fáticas a partir dos dados extraídos da realidade, com o objetivo de generalizar<sup>154</sup> (para fixação da tese), o que acaba, simultaneamente, por singularizar ou especificar os fatos para os quais a tese se aplica<sup>155</sup> (o que será de especial importância na atividade de identificação e distinção das demandas repetitivas).

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<sup>156</sup>. Nada

---

<sup>153</sup> A possibilidade de empregar o raciocínio tipológico ao IRDR também decorre do fato de que esse raciocínio trabalha com um “método comparativo, com aproximação e afastamento, graduação e analogia. *De um lado, o tipo favorece a isonomia de tratamento a situações semelhantes*; de outro, fala a favor da coerência sistêmica” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Entre publicismo e privatismo. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 79).

<sup>154</sup> Yarshell destaca que essa é uma das funções do *tipo*, que consiste no “enquadramento de certos fenômenos ou comportamentos, independentemente de mais profundas indagações objetivas ou subjetivas das situações concretas. *Trata-se de estabelecer modelos com o objetivo de generalizar*. É curioso observar que essa função pode estar contida em outras já analisadas: tal generalização de comportamentos tem uma utilidade sistemática ou ‘didática’, ao mesmo tempo em que, *descrevendo com rigor e propiciando homogeneidade de juízos, pode atuar como forma de ‘garantia’*” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 51, grifo nosso).

<sup>155</sup> E isso porque o *tipo* exerce, simultaneamente, funções de singularização e generalização, por seu caráter concreto e abstrato. Nesse sentido, Yarshell explicita que “o *tipo* pode servir à passagem do abstrato para o concreto, prestando-se a tipificação a uma ‘especificação’ do conceito. Assim, em vez de restringir, o tipo acaba realizando a função de singularizar ou especializar” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 49). Ainda, “a segunda função do tipo é a de servir como instrumento de compreensão e de explanação das relações jurídicas (entendendo-se como *relações* fenômenos que se *reiteram* de um modo determinado). Referem-se à estrutura das relações ou dos instrumentos jurídicos que são considerados típicos. (...) Por tipo, não se pode entender um contrato singular determinado, mas apenas um *geral*, algo que – no dizer de Heyde – se nos dê não uma, mas múltiplas vezes. Mas o tipo, de outro modo, “visa um específico”. Típico é aquilo que é peculiar de um tipo, aquilo que faz a sua especialidade. O tipo é, portanto, geral, enquanto é simultaneamente *específico*. As puras generalidades – como p. ex. “negócio jurídico” ou “direito subjetivo” – não são *tipos*, mas sim conceitos gerais abstratos” (KARAM, Munir. *A jurisprudência dos tipos*. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, versão digital).

<sup>156</sup> É possível encontrar, no julgamento de alguns recursos repetitivos pelo STJ, a descrição abstrata dos fatos relevantes para fixação da tese, o que será indispensável para que, após, seja possível aproximar casos concretos de tais situações. Por exemplo, o tema 33 dos recursos repetitivos enuncia: “A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz. A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção”. O tribunal enuncia diversas consequências, descrevendo situações fáticas projetadas, cuja efetiva ocorrência será analisada em cada caso concreto, por ocasião do julgamento, quando pertinente. Embora essa atividade não seja, em geral, exercida com rigor técnico pelo STJ e apesar de haver déficit na fundamentação em muitas das decisões, não se pode descartar a possibilidade de este método tipológico ser empregado nas técnicas de julgamento de casos repetitivos.

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.

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 ao qual a tese jurídica se aplica. Assim, se a questão de direito repetitiva se referir a textos normativos que enunciam cláusulas gerais<sup>157</sup>, 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<sup>158</sup>. 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.

E isso porque, embora o *tipo* não esteja necessariamente descrito na lei<sup>159</sup>, há previsões normativas que descrevem de forma pormenorizada as hipóteses fáticas. Assim, nos casos em que o suporte fático for descrito em minúcias no texto legal, ficará mais claro quais as circunstâncias fáticas relevantes tanto para a fixação da tese quanto para sua posterior aplicação e, assim, será mais simples identificar para quais casos a tese se aplica.

Por fim, é relevante destacar que, como a fixação da tese jurídica não pode ser descolada das circunstâncias da vida, é natural que a decisão reflita o entendimento dos tribunais em um determinado contexto histórico<sup>160</sup>. Também por este motivo parece se adequar o raciocínio tipológico para a identificação das circunstâncias fáticas relevantes à

---

<sup>157</sup> “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, vol. 187, set/2010, versão digital).

<sup>158</sup> Isso não quer dizer, contudo, que o *tipo* equivalha à hipótese fática, ou *fattispecie*. Sobre esta problemática, Flávio Yarshell tece algumas observações em “Tutela jurisdicional”. São Paulo: Atlas, 1999, p. 42-43.

<sup>159</sup> Yarshell aponta que um dos sentidos para *tipo* é a “agregação de comportamentos sociais homogêneos não previstos por disposições legislativas, mas que, por seu caráter duradouro, se consideram dignos de tutela jurídica. Isso quer dizer que a configuração do *tipo* não opera necessariamente pela qualificação técnico-legislativa, mas pelo que é dominante na consciência social de uma época, nos diferentes campos do conhecimento humano” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 41-42). No mesmo sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que “os tipos não existem apenas na lei porque há comportamentos socialmente típicos. E os tipos sociais precedem, com frequência, a sua consagração em um texto de lei, quando só então se transformam em tipos normativos” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais. Entre publicismo e privatismo*. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 80).

<sup>160</sup> Por isso, estabilidade na interpretação e aplicação do direito não pode significar a criação de teses cristalizadas, que se mantêm a despeito das alterações nas condições em que foram fixadas. O que os mecanismos de uniformização pretendem evitar é que “num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4, grifo nosso).

fixação da tese no incidente de resolução de demandas repetitivas, já que, como visto, o *tipo* tem necessariamente uma conexão com uma dada realidade histórica e um contexto específico, por unir abstração e concretude.

### 3.2.2 Desistência ou abandono e a autonomia do incidente

Há, segundo pensamos, além da restrição de análise apenas de questões de direito comuns, outro fundamento que corrobora a natureza do incidente que ora sustentamos. O incidente apenas serve à fixação da tese e não ao julgamento da “causa-piloto” (categoria que entendemos não se aplicar bem ao IRDR) porque o Código expressamente prevê que a desistência ou o abandono da causa a partir da qual foi instaurado não impede o seu prosseguimento e a resolução da controvérsia sobre a questão de direito (art. 976, §1º, CPC/2015).

O ponto é relevante, não só por demonstrar que o objetivo do instituto é – precípua e diretamente – fixar tese, mas porque evidencia que não é vedado ou tampouco inviável que o incidente tenha natureza objetiva. Com efeito, mesmo os autores que defendem a “subjetivação” do IRDR reconhecem que, neste caso, o procedimento assume outro caráter, distinto da atividade jurisdicional “típica”, o que leva à conclusão de que essa natureza objetiva não é inviável ou ilegítima<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> Por exemplo, Alexandre Câmara afirma que “a decisão proferida no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, como já dito, julga a causa-piloto (*salvo se tiver havido desistência ou abandono, caso em que se limita a fixação da tese*)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 484, grifo nosso). O autor reconhece, mesmo ressalvando ser uma situação excepcional, que neste caso haverá fixação da tese sem julgamento do caso concreto. Também nesse sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que o legislador optou por um formato híbrido, porque, em regra, o tribunal julgará a questão comum e o caso afetado, o que faz demonstra que “a regra é tratar-se de causa-piloto, jurisdição exercida à luz de pretensões e alegações de direitos subjetivos em concreto. Porém, quando houver desistência do processo afetado, o incidente pode mesmo assim prosseguir para a definição da questão comum (art. 976, §1º). Nesta hipótese, segue-se o formato do processo-modelo, instituindo-se um procedimento de solução da questão comum a vários processos, mas com técnica diferente. No caso de IRDR que prossegue a despeito da desistência do caso, existe cisão cognitiva e decisória, o órgão que julga o incidente aprecia apenas a questão comum, e todas as demais questões que não forem objeto do IRDR serão decididas pelos juízos dos processos primitivos (...) Como consequência, no caso do IRDR que segue para julgamento depois da desistência do recurso ou da ação, existe exercício de jurisdição fora do padrão tradicionalmente observado no direito brasileiro. (...) *Aqui, o que se vê é uma objetivização da jurisdição*, para usarmos o termo popularizado no controle abstrato de constitucionalidade, i. e., exercício de jurisdição fora de qualquer conflito subjetivo concreto (...) *Haverá, como regra, decisão não apenas da questão comum, mas também do caso concreto afetado para instrução do procedimento. A exceção será o prosseguimento do IRDR quando tiver havido desistência, quando então se seguirá o padrão do procedimento-modelo, assumindo um caráter ‘objetivo’, afastado de fatos concretos e alegações de direitos subjetivos específicos*” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422).

Ora, haveria uma mudança na natureza do IRDR em caso de desistência ou abandono? Essa solução nos parece problemática, porque pode ter consequências substanciais em elementos basilares do IRDR, não só no que se refere ao seu procedimento propriamente dito, mas, em especial, no que tange a elementos fundamentais, como na definição do seu objeto, dos sujeitos processuais, da eficácia da decisão, entre outros aspectos, que ficarão mais claros nos próximos capítulos.

A autonomia no caso de desistência é um dos elementos que aproxima o IRDR dos meios processuais destinados a tutelar preponderantemente o direito objetivo<sup>162</sup> e demonstra, com isso, que não se pretende julgar “causa-piloto” no incidente<sup>163</sup>. O prosseguimento do IRDR mesmo em caso de desistência do processo que lhe serviu como substrato demonstra que no momento da instauração o incidente “descola-se” do processo originário, ocorrendo a dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica.

Com efeito, não é própria da atividade jurisdicional que visa a tutelar diretamente o direito subjetivo essa autonomia para resolução de uma controvérsia jurídica em abstrato. No processo “tradicional”, a desistência recursal não depende sequer de anuência da parte

---

<sup>162</sup> Nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, também não se admite a desistência, conforme prevê o art. 5º da Lei 9.868/99: “Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”. A previsão também se aproxima do controle abstrato de normas realizado na Alemanha, segundo leciona Gilmar Mendes: “Segundo a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, a desistência da ação não leva, necessariamente, à extinção do feito. Contra a extinção do processo militam razões de ordem pública que estariam em perfeita compatibilidade com o “caráter oficial” do processo. (...) A própria natureza do processo de controle abstrato de normas está a indicar que o autor não persegue aqui interesse próprio nem busca a defesa de uma posição jurídica individual” (MENDES, Gilmar Ferreira. Os pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante o Bundesverfassungsgericht. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 12, jul/1995, versão digital). Fredie Didier Jr. adota entendimento um pouco diverso, que relaciona a autonomia do incidente no caso de desistência ao processo coletivo: “a desistência da causa não impede o exame do mérito do incidente (art. 976, §1º, CPC). *Essa regra decorre do fato de o julgamento de casos repetitivos ser um procedimento coletivo* (o objeto litigioso do incidente consiste na definição de uma tese jurídica aplicável a causas homogêneas)” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, P. 725). Embora o autor defenda a autonomia do incidente, assimila-o ao processo coletivo, com o que não concordamos, conforme ficará mais claro a seguir. A problemática é delicada porque tanto no processo objetivo de controle de constitucionalidade (art. 5º da Lei 9868/99) como no processo coletivo (art. 5º, §3º, da Lei 7.347/85) não se admite a desistência. Pensamos, contudo, que há outros elementos que aproximam o IRDR da tutela do direito objetivo e não do processo coletivo.

<sup>163</sup> Ainda à luz do CPC/73, a autonomia do processamento dos meios de resolução de casos repetitivos foi reconhecida jurisprudencialmente. Com efeito, o STJ decidiu pela impossibilidade de desistência de recurso especial afetado para julgamento pela regra do art. 543-C do CPC/73 (que equivale ao 1.036 do CPC/2015), no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.063.343, julgado pela Corte Especial, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, em 17/12/2008, assim ementado: “Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ”. Esta posição também foi recentemente adotada pelo STF no que se refere ao julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, em STF, RE 693.456, Rel. Min. Dias Toffoli, em 02/09/2015.

contrária ou dos litisconsortes e surte efeitos imediatos (art. 998), porque ali sim a finalidade é tutelar o direito subjetivo da parte recorrente.

No IRDR, há dessubjetivação, porque o instituto visa à fixação da tese.

### 3.3 O IRDR é meio processual objetivo

O incidente de resolução de demandas repetitivas visa a resolver questão de direito comum a diversos processos, fixando entendimento que será aplicável a todos os casos repetitivos. O incidente é formado *a partir* de casos concretos (que, afinal, justificam a sua instauração) e deverá ser instruído de modo a representar fidedignamente a controvérsia, para que o tribunal possa analisar a maior amplitude de fundamentos e fixar a tese jurídica.

O incidente não visa diretamente, contudo, à resolução dos casos concretos e a declaração ou satisfação de direitos subjetivos, como já mencionamos. Ao contrário do que ocorre no processo civil “tradicional”, o incidente não é técnica que visa ao julgamento da *lide*<sup>164</sup>. O objetivo precípua do incidente é fixar um único entendimento sobre questão de direito, que deverá ser seguido pelo próprio tribunal e pelos juízos inferiores quando estes forem julgar demandas em que se discuta tal questão.

Desse modo, é possível afirmar que o IRDR preocupa-se *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.

---

<sup>164</sup> A *lide* é o elemento central do processo civil tradicional, notadamente o desenhado pelo CPC/73. Com efeito, Dinamarco aponta que constou expressamente da exposição de motivos daquele Código que “a *lide* é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. E o Código emprega o vocábulo *lide*, efetivamente, em certos dispositivos e rubricas de muita e vital importância, com o inegável intuito de designar o mérito da causa. (...) Para a Exposição de Motivos do nosso Código de Processo Civil (LGL\1973\5), é a *lide* que: constitui objeto do processo, na medida em que ela declara entender que a *lide* é o mérito (...) Essa colocação tem sabor nitidamente carneluttiano, ao remontar à *lide* o conceito de mérito. A *lide* é, na obra de Carnelutti, mais do que um conceito magistralmente elaborado e mais até do que um instituto de primeira grandeza na constelação do direito: ela está ao centro de todo o seu sistema e é em torno dela que gravitam todos os demais institutos e as construções de Carnelutti” (DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, vol. 34, abr-jun/1984, versão digital). O autor já destacava, em 1984, a insuficiência da “colocação da *lide* como polo metodológico” na teoria do processo. Com efeito, as transformações sociais, políticas, jurídicas, que acarretam também na (r)evolução do conceito de jurisdição, exigem a revisitação da concepção de *lide* como elemento nuclear do processo.

### 3.3.1 Esclarecimento: o empréstimo de algumas construções sobre o “processo objetivo” do controle de constitucionalidade e do movimento de “dessubjetivação” da atividade jurisdicional

O incidente de resolução de demandas repetitivas, pelos fundamentos apontados acima, pode ser caracterizado como uma técnica de *processo objetivo*. Não há, todavia, farto desenvolvimento e sistematização do processo objetivo no sistema brasileiro.

Com efeito, considerando que se trata de atividade jurisdicional reputada *atípica*, porque não destinada a resolver diretamente *lides*, é tímida a dogmática a respeito<sup>165</sup>, que ainda está basicamente circunscrita à jurisdição constitucional abstrata.

Desse modo, ao afirmar que o incidente é meio processual objetivo, tomamos de empréstimo algumas das construções sobre processo objetivo desenvolvidas principalmente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade<sup>166</sup>, realizando-se as devidas adequações para o instituto processual ora analisado.

Sobre o tema do controle de constitucionalidade, a doutrina afirma que há, no Brasil, um regime misto, porque este juízo pode ser feito *em concreto* ou *em abstrato*<sup>167</sup>, conforme seja exercido *para resolver um conflito subjetivo* ou *para resguardar a higidez do ordenamento jurídico*, respectivamente. O controle pode, ainda, ser feito de forma concentrada ou difusa, caso seja exercido por um órgão específico com tal atribuição, ou por todos os membros do Poder Judiciário<sup>168</sup>.

Em geral, costuma-se afirmar que o controle abstrato é exercido de modo concentrado; o controle concreto é exercido de forma difusa<sup>169-170</sup>. Tradicionalmente, o

<sup>165</sup> Eduardo José da Fonseca Costa afirma que “no Brasil, a preocupação processualística com o processo objetivo ainda está *in statu nascendi*” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital).

<sup>166</sup> Não trataremos do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, porque isso fugiria ao escopo do presente trabalho. Apenas pontuaremos o que for relevante para o estudo.

<sup>167</sup> André Ramos Tavares traça a distinção entre controle concreto e abstrato, relativamente à Constituição: “o controle de constitucionalidade será concreto quando, exercido durante determinado processo jurisdicional, objetive-se, com ele, a resolução de algum ponto de direito *para a solução de uma controvérsia intersubjetiva*. A questão constitucional, contudo, deve ser solucionada apenas de maneira incidental, secundária, paralela (à questão principal da lide). O controle pode ser, ainda, abstrato, *quando independe da existência de um caso concreto*” (TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, n. 5, jan/dez 2005, p. 36, grifo nosso).

<sup>168</sup> André Ramos Tavares diferencia o controle difuso e o concentrado, apontando que: “o controle pode ser exercido por um único órgão, caso em que se denomina de controle concentrado, ou por diversos órgãos, caso em que se denomina de difuso” (TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, n. 5, jan/dez 2005, p. 36).

<sup>169</sup> Nesse sentido, Fredie Didier Jr. aponta que “normalmente, relaciona-se o *controle difuso* ao *controle concreto* da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer

controle abstrato-concentrado produz decisão com efeitos *erga omnes*<sup>171</sup>, enquanto o controle difuso-concreto produz(ia) decisão com efeitos *inter partes*<sup>172</sup>, até porque, no primeiro caso, tutela-se preponderantemente a ordem jurídica objetiva e, no segundo, pretende-se resolver um conflito subjetivo específico.

Assim, nos juízos abstratos de constitucionalidade a lei é analisada *em tese*, desvinculada de conflitos intersubjetivos específicos. Por isso, parte da doutrina entende se tratar de atividade jurisdicional *atípica*<sup>173</sup>. Atípica, porque nas ações de controle abstrato de

órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*” (DIDIER JR., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: <https://ufba.academia.edu/frediedidier>, acesso em 03/09/2015).

<sup>170</sup> É bastante comum vincular o controle exercido de forma difusa, que também é denominada de “via incidental” ou “via de defesa” ao controle concreto “a fiscalização jurisdicional da sua constitucionalidade pode dar-se, basicamente, por suas formas: a) *no julgamento de caso concreto, em que, para tutelar direito subjetivo específico*, se afirma ou se nega a aplicação a preceito normativo, a depender do juízo afirmativo ou negativo de sua compatibilidade com a Constituição (controle incidental e difuso); e, b) *no julgamento de ação direta com tal finalidade, em que, para tutelar a própria Constituição*, se declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado preceito normativo (controle abstrato e concentrado)” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 16-17, grifo nosso). Nesse sentido: “Quanto ao modo de exercício do controle de constitucionalidade constituem-se a via incidental e a principal. A primeira, também nominada de via de exceção ou de defesa, *manifesta-se sobre a constitucionalidade à medida em que se aprecia o caso concreto*. É um episódio, incidente, no curso da demanda concreta. Na segunda via, o debate ocorre em torno da validade *in abstracto* da norma perante a Carta Fundamental, é a causa da ação” (BONILHA, Ivan Lellis. O processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 22, jan-mar/1998, versão digital). Ainda: “Quanto a este aspecto, o controle poderá ser feito em tese, ou na via abstrata, ou seja, a aferição da constitucionalidade de lei ou ato normativo é feito em processo especialmente destinado a tal fim, de viés objetivo, alheio a discussões atinentes a direitos subjetivos, sem partes e litígio, na concepção tradicional do termo. Neste ponto o juiz não se atém às circunstâncias concretas do caso prático, ao reverso, a atividade jurisdicional é efetivada tendo em conta apenas normas. Diverso é o controle na via incidental, no caso concreto, ou *incidenter tantum*. Aqui o juiz para solucionar o caso concreto precisa definir previamente, ou em sede prejudicial conforme se costuma dizer, se determinada norma infraconstitucional (ou mesmo pretensamente constitucional, no caso das emendas à Constituição) atende aos requisitos formais e materiais para se adequar ao tratamento constitucional” (SOUZA, Eduardo Francisco. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 9, n. 89, fev-mar/2008, p. 7).

<sup>171</sup> Inclusive por força de previsão expressa no art. 102, §2º, da Constituição: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>172</sup> Teori Zavascki aponta que “no Brasil, as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, sempre foram consideradas como vinculativas apenas em relação as partes envolvidas no litígio” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 29-30).

<sup>173</sup> Nesse sentido, Luis Roberto Barroso leciona que “A função jurisdicional, como regra geral, *destina-se a solucionar conflitos de interesses*, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, *é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador*. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque *não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial*. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos

constitucionalidade não há conflito de interesses subjetivos e *não se pretende tutelar diretamente uma ou algumas relações jurídicas substanciais*.

Embora haja controvérsia, não há lide, em sua concepção tradicional<sup>174</sup>. A função é, então, resguardar a unidade, coerência e validade do ordenamento jurídico, numa tutela marcada pela dessubjetivação<sup>175</sup>. Esta decisão gera eficácia *erga omnes*, até pelo caráter de abstração e generalidade da lei ou ato normativo cuja constitucionalidade se questionou.

Em razão de sua função diferenciada e da também distinta eficácia dos seus pronunciamentos, o processo por meio do qual se exerce essa atividade jurisdicional tem natureza própria e características distintas do destinado a tutelar diretamente situações subjetivas<sup>176</sup>, sendo denominado de “processo objetivo”<sup>177</sup>.

subjetivos, de situações jurídicas individuais” (BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

<sup>174</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Controle concentrado de constitucionalidade e processo subjetivo*. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1106, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/260-artigos-fev-2014/6393-control-concentrado-de-constitucionalidade-e-processo-subjetivo>, acesso em 02/09/2015. Tesheiner e Cunha apontam, ainda, a existência de espécies distintas de jurisdição. Afirmam que a jurisdição em sentido clássico seria aquela declaratória de direitos subjetivos, enquanto a jurisdição dos processos objetivos seria uma atividade materialmente legislativa (TESHEINER, José Maria; CUNHA, Rodrigo Azambuja da. Processos objetivos no direito brasileiro: ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out-dez/2009, p. 125).

<sup>175</sup> Nesse sentido, Eduardo José Fonseca da Costa aponta que: “No controle abstrato de constitucionalidade, assiste-se ao máximo grau de dessubjetivação/objetivação que uma tutela jurídica pode assumir. *Daí porque a jurisdição constitucional se afasta da ideia de um processo judicial sempre marcado pela presença de duas partes em posições distintas, discutindo direitos subjetivos*. (...) À base dessas ‘ações’ (ações em sentido processual), não repousa a afirmação da existência de qualquer pretensão de direito material resistida ou insatisfeita (*facultas agendi*). *Trata-se de processo objetivo para tratar problemas meramente objetivos*. Por isso, há imprecisão quando se sustenta que a jurisdição constitucional é marcada pela supraindividualidade” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital, grifo nosso).

<sup>176</sup> A distinção é apontada por Teori Zavascki: “se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge –, poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados; e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade a atuar sobre o suporte fático e a norma individualizada, dirimindo controvérsia a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou modo de ser de direitos subjetivos, de deveres ou de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 54).

<sup>177</sup> Clemerson Clève menciona que a fiscalização abstrata de constitucionalidade é feita mediante “processo objetivo”, que, apesar de instrumento da jurisdição, “*não pode ser tomado como meio para composição de uma lide*. É que, sendo ‘objetivo’, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A ideia de Carnelutti segundo a qual ‘o processo é continente de que a lide é conteúdo’ não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade)” (CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 112-113). Sobre ação direta de

Mas algumas das características do *processo objetivo*, inicialmente circunscritas ao regime do controle abstrato de constitucionalidade, vêm se apresentando em outras formas de exercício da atividade jurisdicional.

Com efeito, observa-se um movimento crescente de dessubjetivação também do processo “tradicional”. Vislumbra-se a crescente abstração – ou desvinculação de conflitos subjetivos específicos – nos julgamentos “tradicionalistas”. Do mesmo modo, algumas decisões que antes eram circunscritas às partes do litígio passaram a assumir eficácias mais abrangentes.

Quanto a este ponto, um alerta merece ser feito: a objetivação do processo (entendida como desvinculação de um conflito subjetivo específico) não gera, automaticamente, decisões com eficácia expandida ou vinculativa. Uma coisa é a abstração em relação a casos concretos e outra é o âmbito de aplicação da decisão ali proferida. Todavia, *é comum que da dessubjetivação decorra eficácia expandida*<sup>178</sup>.

Assim, quando mencionamos processo objetivo estamos tratando de uma tutela jurisdicional considerada “atípica”, porque não relacionada diretamente à resolução de uma *lide*. Mas também, ao falar de dessubjetivação da atividade jurisdicional *típica*, é comum relacionar à eficácia transcendente de decisões antes limitadas a resolver casos específicos.

Estes fenômenos (de abstração de conflitos específicos e de abrangente eficácia das decisões) vêm sendo observados na jurisdição constitucional, mas não só.

inconstitucionalidade e processo objetivo: “A ADIn é, processualmente, uma ação que *provoca o desenvolvimento de um “processo objetivo”*, visando a solução de uma questão de ordem constitucional. Não há interesses contrapostos que viabilizem a figura de *lide* de Carnelutti. *Busca-se objetivamente a manutenção da coerência lógica do ordenamento jurídico*. Cuida-se da defesa da Constituição, como necessidade pública, não permitindo qualquer juízo de disponibilidade. Existem partes meramente formais, não é proposta contra alguém ou determinado órgão, mas em razão de um ato normativo acoimado de inconstitucional (...) *É ação destinada exclusivamente a resguardar comandos constitucionais, detém, portanto, este caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento não de interesses conflitantes, mas da validade da lei em tese*. (BONILHA, Ivan Lelis. O processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 22, jan-mar/1998, versão digital, grifos nossos). A ação declaratória de constitucionalidade também não tem o objetivo de dar solução a uma pretensão subjetiva específica. Ver: CLÈVE, Clemerson Merlin. Sobre a ação direta de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 2, n. 8, jul-set/1994, p. 28-47.

<sup>178</sup> Eduardo Talamini escreveu artigo no qual defende que a objetivação do processo não vem necessariamente acompanhada de eficácia vinculante. O autor, em crítica à posição que entende que a objetivação do recurso extraordinário transforma-o em meio de produção de decisão similar àquela proferida no controle concentrado de constitucionalidade, defende que a vinculação efetiva apenas ocorre em hipóteses específicas, como nas súmulas vinculantes. É importante anotar, contudo, que a análise sobre a eficácia vinculante feita pelo autor é anterior ao CPC/2015 e, por isso, precisa ser ponderada em relação aos novos institutos. Ver: TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’). In: WAMBIER, Teresa *et al* (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2011, p. 136-166.

Primeiramente, no que se refere ao controle de constitucionalidade, verifica-se que vem ocorrendo uma aproximação entre controle concentrado e controle difuso, tanto no que se refere à abstração do caso concreto no juízo decisório<sup>179</sup>, como (e principalmente) na eficácia das decisões, que, raras vezes permanecem vinculadas aos litigantes “originários”<sup>180</sup>. As decisões proferidas em sede de controle difuso – e que seriam, em tese, adstritas a um caso concreto – passam a ter eficácia expandida, sendo empregadas como padrão decisório para casos análogos<sup>181</sup>.

A dessubjetivação e a eficácia vinculativa, ademais, não ficam adstrita às decisões proferidas pelo STF, alcançando também os incidentes de declaração de inconstitucionalidade perante os tribunais estaduais e regionais<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> É importante destacar que há autores que vem alertando sobre importante reflexão acerca da verdadeira “concretude” do controle realizado em sede incidental, afirmando que não há diferença substancial em relação ao controle abstrato, porque apesar de originado de um caso específico, o controle da lei é sempre feito em tese, a partir de abstrações do caso analisado. Nesse sentido: “Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade. O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano. Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, *porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, consequências jurídicas idênticas. Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”* (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, capítulo 10, parte III, versão digital, grifo nosso). Fredie Didier Jr. destaca o posicionamento de Eduardo Appio, “para quem não há controle de constitucionalidade concreto, nem mesmo o difuso, sob o fundamento de que ‘as considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de constitucionalidade’ (p. 75). Para o autor, ‘em ambos os casos – controle concentrado e difuso – a atividade judicial é essencialmente a mesma, uma vez que avulta de interesse um escopo político, qual seja o de garantir a supremacia da Constituição através da declaração da nulidade da lei inconstitucional’ (“A teoria da inconstitucionalidade induzida”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 72)” (DIDIER JR., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: <https://ufba.academia.edu/frediedidier>, acesso em 03/09/2015).

<sup>180</sup> Nesse sentido: “pode-se dizer que as reformas constitucionais, sobretudo a EC 45/2004, criaram uma convergência entre os sistemas concentrado e difuso de constitucionalidade e acentuaram a prevalência do primeiro sobre o segundo. Na verdade, foram adotadas técnicas no controle difuso, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral, que vinculam a decisão do STF aos demais órgãos do Poder Judiciário e que transformam a eficácia dessas decisões (em controle difuso) de *inter partes* em *erga omnes*” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013, p. 45).

<sup>181</sup> É importante pontuar que não estamos equiparando a eficácia das decisões proferidas no controle abstrato com a eficácia de “precedente” que vem sendo reconhecida às decisões proferidas no controle difuso. De regra, o que tem eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante na ação de controle abstrato é o próprio dispositivo da decisão, ou seja, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um determinado texto normativo (não desconhecemos, contudo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial pelo qual também os motivos determinantes devam ser vinculativos). Não obstante, o que se quer pontuar neste tópico é que tanto num caso como em outro a eficácia da decisão tem um espectro subjetivo alargado.

<sup>182</sup> Embora o incidente seja provocado a partir de um caso concreto, também trabalha com a lógica da abstração e dos efeitos transcendentais de suas decisões. Sobre o incidente: “o exame levado a cabo pelo plenário em nada

Em geral, da dessubjetivação ou abstração no julgamento decorre a extração de razões que são consideradas como padrões decisórios para julgamento de casos análogos<sup>183</sup>. É inegável a tendência contemporânea, sobretudo nas cortes superiores, de alargar a esfera de aplicação de decisões cuja função era apenas a de resolver conflitos subjetivos, como, por exemplo, no julgamento dos recursos especial e extraordinário<sup>184-185</sup>.

---

se diferencia do exame procedido em sede de ADIn ou ADC, em ambos, o controle é de caráter objetivo, sem se importar com as circunstâncias do caso concreto” (SOUZA, Eduardo Francisco. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 9, n. 89, fev-mar/2008, p. 19). No mesmo sentido, Guilherme Peres de Oliveira afirma que “as características desse procedimento, sobretudo no que tange a quem nele exerce o contraditório, deixam claro se tratar de incidente de natureza abstrata, aproximando-se bastante a dinâmica das ações de controle concentrado de constitucionalidade (...) Trata-se, pois, de incidente objetivo, no qual se decide apenas sobre a constitucionalidade da lei. O caso concreto a partir do qual o incidente fora suscitado não tem sua competência deslocada para o Pleno, permanecendo sob a competência do órgão fracionário ao qual fora originariamente distribuído” (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 667). Ainda sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC. Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa julgada erga omnes (porquanto tenha sido examinada incidenter tantum), a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (leading case) para todos os demais feitos - em trâmite no tribunal - que envolvam a mesma questão”. Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 621). Os autores reconhecem eficácia que transcende o caso concreto, embora não se equipare à eficácia típica do controle concentrado. No novo Código de Processo Civil é fortalecida a abrangente eficácia das decisões proferidas no incidente previsto no art. 948 e seguintes, eis que o art. 927 enuncia o dever de observância de tais decisões, no inciso V: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

<sup>183</sup> Importante retrospectiva sobre o reconhecimento de eficácia própria do controle abstrato em outras formas de exercício da tutela jurisdicional pode ser observada no acórdão proferido no julgamento da Reclamação nº 4335 perante o STF (DJ 208, de 22/10/2014), especialmente nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki. Interessante análise também é feita por Fredie Didier Jr. em: *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: <https://ufba.academia.edu/frediedidier>, acesso em 03/09/2015. Uma análise de decisões do STF que reconhecem essa afluência pode ser encontrada também em: MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, especialmente a parte III, “Controle de Constitucionalidade”.

<sup>184</sup> Nesse sentido: “O procedimento recursal tem ganhado, na atualidade, por força principalmente da jurisprudência dos Tribunais Superiores, características típicas dos processos objetivos. O fenômeno, ainda não muito explorado, *pode ser chamado de objetivação no processo civil*. (...) A própria sistemática dos recursos repetitivos (e da natural vinculação que uma decisão tomada em um processo causa nos demais e no sistema), demonstra a objetivação na seara recursal” (CORTES, Osmar Mendes Paixão. A ‘objetivação’ no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo*, vol. 178, dez/2009, versão digital).

<sup>185</sup> A repercussão geral, as súmulas vinculantes e a técnica de julgamento de recursos repetitivos demonstram essa tendência: “os processos objetivos têm como característica o fato de que a controvérsia cinge-se à análise da lei em tese, tratando, notadamente, do método de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Conclui-se que é a formação de decisões paradigmáticas pelo Supremo Tribunal Federal que aproxima o julgamento dos recursos extraordinários daqueles realizados nos denominados processos objetivos (...) com o advento da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deixou de julgar todos os recursos que lhe forem dirigidos, para julgar, na verdade, a tese que estiver sendo abordada no recurso (...) o exame do caso concreto é uma consequência da sedimentação da tese, ou seja, da correta interpretação das questões jurídicas debatidas naquele processo (...) a esse fenômeno convencionou-se denominar *objetivação do recurso extraordinário*” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013, p. 375). No mesmo sentido: “Pode-se, por fim, apontar como corolário dessa tendência de objetivação que se manifesta no

Com efeito, fala-se hoje em um movimento de *objetivação do processo*, que também poderia ser referido como um momento de dessubjetivação<sup>186</sup>. Talvez por isso é que se observa a afirmação de que o “processo objetivo”, assim entendido como aquele que não está vinculado diretamente à resolução de um conflito subjetivo específico, ou seja, em que a lide não é o elemento nuclear, não está mais adstrito ao controle de constitucionalidade<sup>187</sup>.

Esse movimento de apropriação de algumas características do processo objetivo na atividade jurisdicional “típica” é o que vem justificando algumas consequências que antes eram impensáveis nos processos que tutelam, originariamente, situações subjetivas concretas. Vem se reconhecendo, no bojo de processos “subjetivos”, esferas de dessubjetivação. Um dos aspectos que comprova essa afirmação é, como visto anteriormente, a autonomia do processamento de técnicas para resolução de questões de direito e fixação de teses jurídicas, mesmo no caso de desistência da pretensão subjetiva.

Com o novo Código de Processo Civil essa tendência de objetivação do processo é fortalecida, em especial com o incidente de resolução de demandas repetitivas. Por isso, para compreender a natureza proposta para o incidente, é importante ter em mente essa crescente intensificação das afluições do processo objetivo na atividade jurisdicional “ordinária”, embora não seja possível, para nós, equiparar o IRDR nem aos meios processuais de controle abstrato de constitucionalidade e tampouco aos meios tradicionais de resolução de conflitos subjetivos.

---

Recurso Extraordinário, o advento da chamada repercussão geral das questões constitucionais discutidos. O novo instituto, previsto pela emenda constitucional n.º 45, de 2004, objeto de recente regulamentação, oferece traços explícitos que conduzem ao aprofundamento do caráter objetivo desta modalidade recursal” (SOUZA, Eduardo Francisco. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 9, n. 89, fevereiro/2008, p. 13). O autor também destaca semelhante feição na súmula vinculante.

<sup>186</sup> Nesse sentido, Teori Zavascki aponta que: “o sistema normativo veio sendo constantemente modificado nos últimos anos com a finalidade de conferir, cada vez em maior extensão e profundidade, força vinculativa aos precedentes das Cortes Superiores, principalmente aos produzidos pelo STF no âmbito da jurisdição constitucional, *constatando-se a paulatina dessubjetivação dos julgamentos*, hoje revestida de caráter marcadamente objetivo” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 50).

<sup>187</sup> Erik Navarro Wolkart desenvolveu uma dissertação sobre “Mecanismos de objetivação do processo”, no qual aborda, dentre outros mecanismos, os recursos repetitivos e as súmulas vinculantes. O autor aponta algumas características destes mecanismos de objetivação, como a eficácia expandida de suas decisões e aceleração do procedimento, e afirma que tais meios processuais atendem aos escopos de redução do número excessivo de processos judiciais e da consagração da isonomia, afirmando que “o julgamento com base em precedentes, tendente à busca de resultados idênticos para temas idênticos dispostos em múltiplos processos, é, como se sabe, importante marca dos mecanismos de objetivação do processo” (WOLKART, Erik Navarro. *Mecanismos de objetivação do processo*. 2011. 242p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 106). Não obstante, o autor entende que o julgamento nestes mecanismos não pode ocorrer “em tese” (p. 136). Há também versão comercial da dissertação: WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

### 3.3.2 O “processo objetivo” do IRDR: abstração e concretude

O IRDR é classificado como *meio processual objetivo*, porque é técnica que não pretende tutelar direito subjetivo diretamente, já que opera pela lógica da abstração em relação às situações subjetivas concretas para fixar uma tese jurídica padrão.

Contudo, apesar de adotarmos o termo “processo objetivo” com esta conotação, empregando algumas das construções relativas ao controle de constitucionalidade e ao movimento de objetivação do processo, é certo que há diversas adaptações necessárias para compreender o instituto analisado.

Assim, embora em alguns aspectos a atividade jurisdicional exercida no IRDR se aproxime daquela exercida no controle abstrato de constitucionalidade<sup>188</sup>, há várias particularidades do incidente que indicam diferenças substanciais, notadamente porque o IRDR é instaurado *a partir* de processos que versam sobre conflitos subjetivos, o que não ocorre nas ações de controle concentrado, com o objetivo de que a tese seja aplicada, posteriormente, *para a resolução* de tais conflitos.

Assim, 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<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Leonardo Carneiro da Cunha, em um dos primeiros estudos sobre o IRDR, ainda à luz do projeto de lei, apontou algumas semelhanças com o controle de constitucionalidade: “À exemplo do que sucede com a proclamação de inconstitucionalidade, o incidente de resolução de causas repetitivas provoca um julgamento *abstrato* da questão jurídica submetida ao crivo do tribunal. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva, sendo certo que a decisão do tribunal irá fixar a *ratio decidendi* a ser seguida não somente no caso concreto que lhe deu origem, mas também em todos os demais casos que envolvam a mesma questão jurídica. A decisão, proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, consistirá num paradigma para todos os demais feitos, caracterizando-se como um *leading case* a fundamentar as decisões dos casos repetitivos que tenham por fundamento a mesma tese jurídica” (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*, vol. 193, março/2011, versão digital).

<sup>189</sup> É preciso perceber que mesmo no controle abstrato de constitucionalidade não há completa desconsideração de circunstâncias concretas. Com efeito, André Ramos Tavares aponta que, embora tenha sido “por muito tempo afirmado que o processo constitucional objetivo estaria circunscrito a uma apreciação em abstrato, vale dizer, a cotejar e comparar normas jurídicas, abstratamente falando, sem qualquer referência às circunstâncias fáticas e, muito menos, a direitos ou casos concretos”, vem se desenvolvendo entendimento segundo o qual o processo objetivo, apesar de ser mecanismo de tutela em abstrato, depende dos dados emergentes da situação concreta. A separação absoluta entre a lei em abstrato e os casos concretos reflexamente afetados mostrou-se reducionista, o que passou a dar espaço ao reconhecimento da importância do concreto também no controle abstrato: “Atualmente, contudo, considera-se que o processo objetivo deve se debruçar, sim, sobre o concreto, *ainda que se trate de um concreto imaginário, de hipóteses (possíveis, conjecturáveis) de incidência, sem, contudo,*

É claro que a abstração (e não desconsideração) de circunstâncias concretas gera algum grau de subjetivação desse procedimento objetivo, mas prepondera, em nosso entendimento, a tutela do ordenamento jurídico abstratamente considerado<sup>190</sup>. Certamente, haverá a tutela dos direitos subjetivos, mas isso ocorrerá por ocasião da aplicação da tese aos casos concretos, num juízo cognitivo e decisório distinto e apartado do IRDR. O incidente tutela *preponderantemente* o direito objetivo porque não visa *diretamente* à tutela de conflitos subjetivos.

Por isso, entendemos que a atividade cognitivo-decisória realizada no IRDR é uma mescla de abstração (por descolar-se de conflitos subjetivos ou *lides* específicas) e de concretude (por não ignorar as circunstâncias fáticas ocorridas nas situações repetitivas que motivaram a instauração do IRDR e pela necessidade de solucionar a controvérsia e fixar uma tese que esteja contextualizada com realidade e com as situações concretas que virá a regular).

Não obstante o posicionamento aqui assumido, o que se observa é que questão ainda não está muito clara e, por isso, dependerá também da conformação que lhe for dada pela doutrina e pela jurisprudência, por ocasião da aplicação do incidente.

---

*levantar ou averiguar efetivas situações e elementos concretos reais ou específicos (pontuais), que realmente não são e não devem ser resolvidos diretamente pelas decisões pronunciadas em controle abstrato* (aqui há uma conexão com outro problema, igualmente complexo, acerca da extensão dos efeitos da decisão em sede de controle abstrato). É plenamente correto afirmar que em sede de controle abstrato-concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral a Justiça Constitucional não deve decidir (em sentido jurídico jurisdicional) sobre lides concretas que também dependam daquela decisão sobre constitucionalidade. Ou seja, a *Justiça Constitucional delibera sobre pressupostos de casos concretos (judicializados ou não); não delibera sobre os próprios casos concretos*, sobre as relações jurídicas concretas acaso existentes” (TAVARES, André Ramos. Processo objetivo como processo aberto ao concreto. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out/dez 2007, versão digital, grifos nossos). Esse raciocínio alinha-se com o que foi apresentado anteriormente em relação à cognição realizada no IRDR, que, apesar de adstrita a matérias de direito, partirá de uma situação fática projetada, a partir da construção de um fato-tipo extraído de situações reais. Veja que o autor, ao se referir ao controle abstrato, fala justamente em uma deliberação que parte de hipóteses pressupostas, projetadas. E, ainda, o autor menciona que um dos elementos que dá “concretude” ao controle abstrato de constitucionalidade é a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, responsáveis por trazer dados fáticos, reais, para o juízo acerca da constitucionalidade. Também no IRDR a abertura ao debate mediante a participação destes sujeitos será um importante fator para apresentar as situações concretas, as consequências do problema jurídico em discussão no incidente e, assim, contextualizar o debate “jurídico” no cenário social, econômico, político.

<sup>190</sup> Eduardo Costa aponta que “na regulação dos diferentes setores da vida social, a tutela de direitos subjetivos (subjektiver Rechtsschutz) e a tutela do direito objetivo (objektiver Rechtsschutz) se combinam em proporções bastante variáveis. Essas combinações são realizadas pelo legislador de acordo com as vicissitudes sociológicas do setor regulado, segundo uma coordenação político-valorativa e mediante uma conjugação estratégica de técnicas jurídicas bem sucedidas” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital). Entendemos que no IRDR *prepondera* a tutela do direito objetivo.

De nossa parte, voltamos a destacar a importância da definição da natureza do IRDR, haja vista a necessidade de desenvolver um regime próprio para o IRDR, uma dogmática que seja adequada e coerente com suas características<sup>191</sup>.

Desse modo, ao adotar-se a concepção de que o incidente aproxima-se da tutela do direito objetivo, não parece possível continuar empregando todos os institutos tradicionalmente desenhados para o processo que visa diretamente à resolução de lides<sup>192</sup>.

Com efeito, as características do processo objetivo são bastante diversas do processo que pretende tutelar diretamente conflitos subjetivos concretos<sup>193</sup>, o que demonstra a importância da precisa identificação de sua natureza, sob pena de oferecermos às demandas repetitivas uma técnica diferenciada, porém inadequada.

### 3.4 O IRDR não é técnica de processo coletivo

O incidente de resolução de demandas repetitivas é usualmente identificado como um mecanismo processual coletivo, como uma técnica coletiva incidental<sup>194-195</sup>. No início dos

---

<sup>191</sup> Antonio Adonias Aguiar Bastos reconhece a necessidade de divisar os institutos tradicionais e criar uma dogmática específica à litigiosidade repetitiva: “Conforma-se assim, uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características intrínsecas, que a distinguem daquelas outras duas. Esse novo paradigma traz consigo a necessidade de uma nova leitura dos institutos do devido processo legal, visando à preservação dos direitos fundamentais processuais, garantidos constitucionalmente. O processamento e o julgamento das demandas em massa não devem ser realizados sob o modelo de tutela puramente individual, nem da coletiva, exigindo uma matriz cultural e dogmática particularizada” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, p. 29).

<sup>192</sup> Esse destaque é crucial e norteará o desenvolvimento deste trabalho. Sobre a inviabilidade da adoção de institutos tradicionais para o processo objetivo, Clemerson Clève afirma: “É preciso alertar, sempre, sobre a impossibilidade do transplante de princípios, direitos e garantias próprias da atividade jurisdicional dirimidora de litígios (onde há partes, contraditório e conflito de interesses), para o território da fiscalização abstrata da constitucionalidade atuada por processo objetivo (que, em princípio, desconhece parte – a não ser num sentido meramente formal -, e onde, ademais, incorre manifestação de um conflito de interesses” (CLÈVE, Clemerson Merlin. Sobre a ação direta de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 2, n. 8, jul-set/1994, p. 36).

<sup>193</sup> A diferença é de absoluta importância, porque acarreta distinções em relação a quase todos os institutos processuais. Quanto ao controle de constitucionalidade, por exemplo, a visão tradicional defende que “*não há litígio, contraditório, causa de pedir fechada, ação rescisória, assistência ou partes contrapostas* (há requerente, mas não requerido). Ademais, eles podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital, grifo nosso). Embora no IRDR não possam ser aplicados de forma acrítica os mesmos institutos do processo de controle de constitucionalidade (que, aliás, estão sendo revisitados, notadamente para reconhecer a existência de sujeitos interessados, contraditório e ampliar a participação – como trataremos no capítulo 4, no item referente à intervenção dos sujeitos sobrestados), também não é possível adotar de forma acrítica os institutos do processo “tradicional”, em que a lide é elemento nuclear, como vimos.

<sup>194</sup> Esta classificação é bastante comum na doutrina. Marcos Cavalcanti, por exemplo, afirma que o “IRDR tem natureza jurídica de incidente processual coletivo” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 504).

debates sobre o novo Código de Processo Civil, o instituto era denominado, inclusive, como “incidente de coletivização”<sup>196</sup>.

O incidente passou a ser assimilado largamente com o processo coletivo<sup>197</sup> e a ser apresentado como mais uma técnica processual coletiva para resolução dos direitos individuais homogêneos<sup>198</sup>, à semelhança da ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Tal aproximação poderia indicar que o IRDR tem natureza (enquanto técnica processual) assemelhada ao processo coletivo, embora com estrutura e procedimento diversos. Pensamos, contudo, que essa não é a melhor caracterização do incidente.

Embora seja inegável que há uma dimensão coletiva no incidente, que decorre da repetição das mesmas questões em diversos casos (o que fundamenta o uso do instituto) e que

<sup>195</sup> Rodolfo Mancuso identifica a existência de uma tutela judicial própria, que denomina de plurindividual, o que demonstra a aproximação (embora não equiparação) com o processo coletivo: “Ante a conjunção de todos esses fatores, não admira que, gradualmente, se fossem excogitando, ou até positivando, certos instrumentos e meios processuais fora e além da técnica de coalização de pretensões isomórficas numa única ação coletiva, para já agora consentir a recepção de tais pleitos *de per se*, apenas cuidando-se de manejá-los em modo massivo, por exemplo mediante a fixação de decisão-quadro (...)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela plurindividual. *Revista de Processo*. Vol. 237, nov/2014, versão digital). Do mesmo modo, Bruno Dantas adota o conceito de tutela pluri-individual como sendo a “atividade estatal voltada à justa composição das lides concernentes a direitos individuais homogêneos que se multiplicam em diversas demandas judiciais nas quais haja controvérsia preponderantemente sobre as mesmas questões de direito” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2178).

<sup>196</sup> É o que se observa, por exemplo, no texto de Luiz Fux sobre o IRDR. O autor, presidente da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto, menciona que “o projeto não regulamentou a tutela coletiva de direitos, o que continuará a cargo da legislação complementar. *O incidente de coletivização*, todavia, indiretamente alcança os conflitos potencialmente coletivos” (FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23, grifo nosso).

<sup>197</sup> A aproximação com o processo coletivo pode ser percebida a partir da leitura que a doutrina e a jurisprudência fazem de alguns de seus institutos, vinculando, por exemplo, a atuação em tais mecanismos às fórmulas de representatividade do processo coletivo. Há também, reflexões que aproximam o regime de eficácia da decisão coletiva aos efeitos das decisões proferidas em tais incidentes, tratando ambas como “coisa julgada”. Sobre o primeiro aspecto, ver, por exemplo: SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? *Revista SRJR*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, dez/2011, p. 93-114. Guilherme Rizzo Amaral, por exemplo, faz uma análise sobre requisitos de certificação e critérios de *opt-out* para o incidente, adotando regime da coisa julgada e mencionando inclusive a possibilidade de instaurar-se procedimento individual de liquidação de danos. Ver: AMARAL, Guilherme Rizzo. Eficácia, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011.

<sup>198</sup> O que decorre, em parte, da assimilação entre DIH e interesses veiculados nas demandas classificadas como repetitivas, tema já analisado no capítulo anterior. Também a técnica relativa aos recursos repetitivos já havia sido assimilada com o processo coletivo: “O procedimento para a fixação da tese jurídica (arts. 543-B e 543-C do CPC (LGL\1973\5)), no julgamento dos recursos especiais ou extraordinários repetitivos, *possui como objeto litigioso uma situação jurídica coletiva (situações jurídicas individuais homogêneas). É, assim, espécie de processo coletivo. Por isso, a ele devem ser aplicadas, subsidiariamente, as regras do processo coletivo*. Exatamente em razão disso, a desistência do recurso pelo recorrente somente pode ser eficaz em relação ao processo para o julgamento do objeto litigioso do seu recurso, que é individual; em relação ao processo para a fixação da tese, a desistência é inócua, exatamente como é inócua, de regra, no direito brasileiro, a desistência em processos coletivos (art. 9.º da Lei 4.717/1965; art. 5.º, § 3.º, da Lei 7.347/1985; arts. 5.º e 16 da Lei 9.868/1999).” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, vol. 229, mar/2014, versão digital, grifo nosso).

se observa na abrangência do âmbito de aplicação da tese fixada, há elementos importantes que demonstram que este não é um meio processual propriamente coletivo, ou seja, não é uma técnica processual coletiva, e por isso, se distancia das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos<sup>199</sup>.

#### 3.4.1 As ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos tutelam diretamente situações concretas

O processo coletivo se distancia do IRDR (que, para nós, é técnica processual objetiva) porque, ao contrário deste, não se preocupa diretamente com a tutela da ordem jurídica objetiva. Com efeito, as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos têm natureza de processo “subjetivo”, pois se destinam, em realidade, a tutelar diversas situações subjetivas concretas assemelhadas<sup>200-201</sup>.

---

<sup>199</sup> Reestruturamos parcialmente nosso entendimento sobre este ponto. Em trabalhos anteriores (MENDES, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 283-332; LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, v. 206, p. 167-189, 2012) havíamos considerado o IRDR como mecanismo de coletivização, sem apontar que, embora haja dimensão coletiva, não é técnica processual propriamente coletiva.

<sup>200</sup> Adotamos, neste ponto, a posição de André Ramos Tavares, no sentido de que as ações coletivas têm caráter concreto. Para o autor, essa conclusão decorre do fato de que “não se trata de ações que pretendam a discussão apenas em tese de normas jurídicas”, e que a sua natureza pode ser extraída da observação do pedido formulado em juízo, já que “no sistema jurídico pátrio, é por meio do pedido realizado em cada petição apresentada ao Judiciário que se pode verificar, em havendo questão constitucional envolvida, se a ação é abstrata ou concreta, vale dizer, preocupada apenas com o direito objetivo ou, ao contrário, se se trata de fazer prevalecer direitos subjetivos. Ora, o que releva ser um processo objetivo, sem partes, independente de casos concretos, é o pedido”. Por isso, o autor diferencia as ações coletivas das ações de natureza abstrata: “ação coletiva não se confunde com as ações que promovem o controle abstrato da constitucionalidade, especialmente porque nestas últimas a preocupação exclusiva é com a tutela da ordem jurídica objetiva (em abstrato) (...) No caso das ações coletivas há um bem da vida específico, a ser tutelado, cuja natureza determina os efeitos da decisão final de mérito. Nas demais ações mencionadas há um processo abstrato, chamado processo objetivo, sem uma causa concreta subjacente, e com pedido de declaração em tese de inconstitucionalidade” (TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, n. 5, jan/dez 2005, p. 42, 44 e 53, grifo nosso). Teori Zavascki, em sentido similar, entende que “o ‘direito subjetivo’, submetido a questionamento na jurisdição do caso concreto, é tomado em sentido amplo, para incluir não apenas os direitos subjetivos individuais, mas também os direitos e interesses transindividuais (difusos e coletivos)” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 16, nota de rodapé nº 3), diferenciando a jurisdição “concreta” da atividade jurisdicional abstrata que ocorre, por exemplo, no controle de constitucionalidade.

<sup>201</sup> É preciso pontuar, contudo, que a posição de André Ramos Tavares não é unânime. Em realidade, no que se refere ao processo coletivo para defesa de direitos difusos e até de coletivos em sentido estrito, a questão torna-se mais controversa, pois há autores que aproximam a tutela coletiva de tais interesses ao processo objetivo. Para Gilmar Mendes, por exemplo: “a ação civil pública aproxima-se de um processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público” (MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, apud TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, n. 5, jan/dez 2005, p. 41). Márcio Mafra Leal também defende a aproximação entre as ações coletivas para defesa de direitos difusos com

Vimos que esse não é o caráter do IRDR, eis que o incidente não visa a tutelar uma ou mesmo várias situações jurídicas subjetivas concretas diretamente, mas a fixar uma tese abstrata e generalizável acerca de uma questão jurídica específica. Como defendemos anteriormente, a preocupação preponderante do IRDR é a tutela do direito objetivo, embora haja, indireta e posteriormente, consequências sobre situações subjetivas concretas (por ocasião da aplicação da tese à resolução e julgamento das demandas).

No IRDR, não há uma junção de situações concretas comuns para julgamento único – ou seja, uma “coletivização”<sup>202-203</sup> –, mas, ao contrário, a abstração em relação aos casos concretos, como numa “imagem holográfica”, para fixação de uma decisão padrão a partir de um *fato-tipo* extraído das situações concretas, que depois deverá ser incorporada para julgamento das demandas.

No nosso sistema, o processo coletivo para tutela de direitos individuais homogêneos serve diretamente ao julgamento de casos concretos. Com efeito, nestas ações coletivas a decisão apreciará concretamente os fatos ocorridos e determinará as consequências jurídicas relativas aos direitos subjetivos violados. Ainda que a sentença se limite a decidir sobre parte do conflito – porque restrita às questões comuns – no que se refere a esta parte ela decidirá concretamente acerca dos conflitos que envolvam as relações jurídicas substanciais, num

---

as ações de controle abstrato de constitucionalidade, já que para o autor, nestas ações se concentra mais na atuação objetiva da ordem jurídica violada (LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 32, 87 e ss.). Também para Eduardo José da Fonseca Costa, a tutela de direitos difusos é preponderantemente objetiva: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital. Embora haja tal divergência, parece que ela se restringe aos direitos essencialmente coletivos, e não se refere às ações coletivas para direitos individuais homogêneos. Por isso, a despeito de reconhecermos as posições contrárias, adotamos a ideia de que as ações coletivas têm caráter concreto, já que estamos nos referindo à tutela coletiva de direitos individuais, a qual é mencionada pela doutrina como parâmetro para compreensão do IRDR enquanto técnica processual (assimilação esta com a qual não concordamos, como ficará claro neste tópico). Não nos aprofundaremos na discussão sobre o caráter ou a natureza da tutela de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, porque isso exigiria que este trabalho tivesse outra delimitação temática.

<sup>202</sup> Andrea Barbosa e Diego Cantoario compartilham essa posição, afirmando que “no incidente, *não são acopladas demandas singulares em uma demanda única*. Embora se assemelhe a uma ação coletiva que trata de direitos individuais homogêneos, diferencia-se desta porque em momento algum haverá reunião de demandas-átomo em uma demanda nuclear. O que caracteriza o incidente não é uma associação de lides, como se vê nas ações coletivas, mas sim a prática de um concreto que produz, simultaneamente, efeitos em diversos processos pendentes (...) No âmbito das ações coletivas, por sua vez, é possível falar-se em reunião de ações. O processo coletivo é verdadeiro complexo de ações menores (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 500, 502)

<sup>203</sup> Para Hermes Zaneti Jr., contudo, o IRDR é uma técnica de processo coletivo. O autor afirma que é “técnica de solução para tutela dos *litígios agregados*, os quais vinculam apenas aqueles que houverem proposto a ação individual, nestes casos, o grupo é identificado a partir das ações ajuizadas que vinculem a mesma tese jurídica, sendo que esta tese irá constituir a *situação jurídica coletiva* deduzida em juízo” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.334).

verdadeiro agrupamento. Analisará a ocorrência dos fatos mediante produção probatória e determinará a incidência da norma. Nas eventuais liquidações e execuções individuais, não haverá o julgamento da demanda ou mesmo de parte dela (que já ocorreu na ação coletiva), mas apenas a quantificação dos danos<sup>204-205</sup>.

O IRDR não é equiparado ao processo coletivo, porque, como se limita a fixar uma tese em caráter objetivo, as demandas deverão ser necessariamente apreciadas pelos juízos em que tramitarem. Sempre haverá necessidade de decisão no caso concreto, porque apenas fora do incidente é que há efetivamente a análise e o julgamento da demanda<sup>206</sup>.

No IRDR não há aglutinação<sup>207</sup>, mas abstração. É preciso identificar essa diferença, sob pena de equiparar o incidente ao processo coletivo relativo aos direitos individuais homogêneos, quando não há propriamente somatório ou união<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Sérgio Arenhart afirma que é possível a utilização da técnica processual coletiva para análise de apenas algumas questões comuns, mesmo quando não haja coincidência em relação a todas as características das demandas. Nesses casos, defende o autor que a questão comum será decidida como numa “ação declaratória incidental plúrima, com certas peculiaridades” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 244). Embora isso possa ocorrer mediante tutela coletiva, com a agregação (ou coletivização) parcial de demandas, não é isso que acontece no IRDR. No IRDR a decisão não se assemelha a uma ação declaratória incidental plúrima, porque nesta há efetivamente o julgamento das pretensões, ainda que parcialmente, o que não ocorre no IRDR. Por isso que *no IRDR não é possível falar em liquidação ou execução da decisão que fixa a tese, porque esta não constitui título executivo, não individualiza norma no caso concreto*, o que é bastante distinto do que ocorre no processo coletivo.

<sup>205</sup> Como no IRDR não são julgadas as pretensões (nem sequer parte delas), há diferenças substanciais: não há falar em trânsito em julgado, não se inicia lapso prescricional de execução, não há exigibilidade e, por consequência, incidência de encargos moratórios, entre inúmeros outros aspectos. Enquanto na ação coletiva tais circunstâncias decorrem em geral da sentença coletiva, no IRDR estas consequências decorrerão de cada decisão em cada processo repetitivo.

<sup>206</sup> Por isso, entendemos inaplicável o entendimento de Sérgio Arenhart, referente à tutela coletiva, para o IRDR: “a tutela coletiva de interesses individuais pode dar-se, como já visto, tanto para abranger as pretensões e as defesas como um todo, como para a análise de alguma questão ou algumas questões do litígio. Nesse caso, ter-se-á uma cisão na cognição judicial, de modo que a análise das questões comuns serão feitas de forma coletiva, prosseguindo depois cada uma das demandas individuais para a avaliação das questões individuais remanescentes, se ainda houver interesse em decisão (afinal, pode ocorrer que, com o julgamento da questão comum, perca sentido a pretensão ou a defesa apresentada nas várias demandas individuais)” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 242). Embora seja possível desenvolver um sistema de coletivização parcial, entendemos que não é isto que ocorre no incidente. No IRDR, não ocorre de as questões comuns serem julgadas conjuntamente, o que dispensaria posterior julgamento do caso concreto, mesmo que apenas parcela dele. No incidente sempre haverá necessidade de decisão em cada caso. Andrea Barbosa e Diego Cantoario parecem concordar, ao afirmarem que, entre o IRDR e as ações coletivas “a diferença é de todo fundamental. *A decisão do incidente não é título executivo judicial*. Não pode ser executada diretamente. A decisão da ação coletiva poderá, a depender do resultado da ação. A projeção *erga omnes*, no incidente, é só da razão de decidir, não da coisa julgada. *Cada juiz deverá decidir a demanda suspensa à luz da premissa assentada no incidente*. É só a compreensão da questão jurídica que vincula e não a decisão da ação paradigma em si” (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 502, grifos nossos)

<sup>207</sup> A aglutinação é característica do processo coletivo de direitos individuais homogêneos, porque há de fato a agregação para tutela única de uma pluralidade de direitos subjetivos. No IRDR não há essa “agregação” ou

Não se nega que há uma *dimensão coletiva* no incidente, porque o IRDR apenas se justifica quando há repetição de uma controvérsia que afete uma coletividade (aqui entendida como diversos sujeitos ou processos). O pressuposto de instauração é a manifestação coletiva do problema. Do mesmo modo, há um “resultado coletivo”, ou seja, uma eficácia que tem um espectro subjetivo alargado. Seria possível afirmar, talvez, que a “função social” do incidente se assemelha com a do processo coletivo<sup>209</sup>.

Contudo, apesar de tais aproximações, não parece adequado identificar o IRDR com o processo coletivo, porque, *sob a perspectiva da técnica processual*, há incontáveis diferenças, como visto.

O IRDR é, para nós, um meio processual objetivo (e, por isso, não é coletivo<sup>210</sup>), que deve conviver com as ações coletivas. Apesar de terem natureza e estrutura próprias, os sistemas se complementam, até porque visam, em alguma medida, a resolver problemas que se manifestam em proporções “coletivas”.

“condensação” que coletiviza os direitos individuais. Discordamos, portanto, de José Henrique Mouta Araújo, quando afirma que, no IRDR, “não se trata de um direito individual puro. Como ocorre nos casos de recursos repetitivos e de repercussão geral, estamos diante de um instrumento de coletivização de conflito ou, no mínimo, de *transformação de causa individual em coletiva*” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 327).

<sup>208</sup> Destacamos o alerta de Eduardo Costa “Não existe uma relação de continência entre o processo coletivo e o processo objetivo. A única ligação ontológica entre eles é que ambos ultrapassam os limites de uma tutela meramente individual. Nada mais. Todavia, o não individual não é sinônimo de *coletivo*. *O não individual pode ser o supraindividual ou o a-individual* (...) Chega-se à impressão de que, hoje, o adjetivo *coletivo* é emprestado a tudo quanto contribua à portentosa missão de solucionar ou diminuir a carga excessiva de trabalho produzida pelo aumento gradativo e incontrolável do número de processos” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital).

<sup>209</sup> Gustavo Milaré Almeida afirma, quanto ao IRDR, que “a função social atribuída pelo legislador pátrio a este instituto é muito próxima daquela desempenhada pela tutela jurisdicional dos direitos ou interesses individuais homogêneos (judicialização de pretensões sem conteúdo econômico relevante isoladamente consideradas, redução do número de ações ajuizadas e minoração do risco de decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica)” (ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato de litigiosidade coletiva. In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 305).

<sup>210</sup> Marcos Cavalcanti adota uma concepção um pouco distinta. O autor entende que é possível que o julgamento seja a um só tempo *coletivo e abstrato*, afirmando que “sua instauração provoca julgamento *coletivo e abstrato* da questão de direito submetida à análise do tribunal. O julgamento não se refere a um caso concreto, inexistindo no procedimento incidental qualquer conflito de interesses (lide) entre as partes ou interessados que o integram. A decisão não fica sujeita à coisa julgada material, mas apenas à preclusão, pois não julga o mérito do caso concreto” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 525-526). Discordamos no que tange ao “julgamento coletivo”, pelos motivos expostos e porque entendemos que o processo coletivo brasileiro relativo a direitos individuais homogêneos tutela direitos subjetivos concretos e não é, por isso, julgamento abstrato, aderindo à posição de André Ramos Tavares, explicitada em nota de rodapé anterior.

### 3.4.2 Ainda: o (possível) caráter coletivo do *Musterverfahren* não explica tal natureza para o IRDR

O incidente de resolução de demandas repetitivas foi declaradamente inspirado no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*)<sup>211-212</sup>. Talvez essa origem tenha contribuído para a classificação do IRDR como técnica coletiva, haja vista a classificação daquele procedimento como um “incidente coletivo”<sup>213</sup>.

Pensamos, contudo, que as diversas e substanciais mutações do instituto ocorridas durante o processo legislativo acabaram por distanciá-lo do procedimento-modelo que o inspirou. Por consequência, o incidente acabou assumindo um caráter e um desenho estrutural próprio, distinto do processo coletivo e assimilado ao processo objetivo, como já destacamos.

---

<sup>211</sup> Muito embora a doutrina trate em geral do procedimento-modelo criado em 2005 na Lei relativa aos conflitos do mercado de capitais (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* – ou KapMug), Aluisio Mendes destaca que no ordenamento alemão já havia a previsão de procedimento-padrão para a Jurisdição Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), desde 1991. Também destaca “em 2008, nos moldes da primeira espécie de *Musterverfahren* e praticamente repetindo o texto do § 93a da *Verwaltungsgerichtsordnung*, o procedimento-modelo também é adotado no ramo jurisdicional alemão que cuida da assistência e previdência social (*Sozialgerichtsgesetz*)” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: RT, 2014). Neste tópico, nos referimos ao regramento do procedimento-modelo da *KapMug*, por ter sido a referência para o projeto do CPC/2015.

<sup>212</sup> A inspiração consta da exposição de motivos do anteprojeto. Citamos, sobre esse ponto, a doutrina de Luiz Fux: “o incidente criado pelo anteprojeto permite a seleção de causas-piloto com base na experiência germânica do mercado de capitais (*Musterverfahren*) as quais, uma vez julgadas servem de paradigma obrigatório para as inúmeras ações em curso na mesma base territorial da competência do tribunal local encarregado de admitir o incidente por provocação das partes, do juiz, do Ministério Público ou da Defensoria Pública” (FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23). Na Alemanha, o procedimento-padrão foi desenvolvido para julgamento de um caso piloto que contenha questões jurídicas ou fáticas comuns a outros processos. O procedimento é dividido em três fases: “a primeira, perante o órgão de primeiro grau, no qual é formulado e apreciado um requerimento de admissibilidade, havendo a determinação de publicidade, no caso de deferimento. A segunda consiste no processamento e julgamento do caso-piloto pelo tribunal de segundo grau. Por fim, na terceira fase, os processos individuais serão julgados em conformidade com o entendimento firmado no caso-modelo” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 123). Sobre o instituto, ver, também: CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 123-146.

<sup>213</sup> Antonio do Passo Cabral, em estudo pioneiro sobre o mecanismo alemão da KapMug, mencionou que as deficiências do modelo representativo de tutela coletiva ensejaram, no direito comparado, o desenvolvimento de “ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva, evitando, dentro do possível, ficções representativas”. O autor aponta essa tendência, na qual “procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contedores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual”. Sobre o procedimento-modelo alemão, afirma que “o escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 128-132, grifos nossos).

Por isso, eventual categorização do procedimento-modelo alemão como “processo coletivo” não é fundamento para inserir o IRDR em tal categoria.

Em primeiro lugar, talvez a distinção mais relevante diga respeito ao objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas. O procedimento-modelo alemão destina-se à resolução de questões fáticas e/ou jurídicas comuns<sup>214</sup>. Em nosso caso, embora em uma das versões do projeto de novo Código tenha sido estendido o incidente para resolução de questões fáticas, a redação final da lei prevê claramente o cabimento para questões “unicamente de direito” (art. 976).

O que se observa, então, é que o *Musterverfahren* não trabalha com a abstração de norma e fato da mesma forma como ocorre no IRDR. A restrição à análise de questões de direito é, aliás, um dos principais elementos que demonstra que o IRDR é meio processual objetivo e que, portanto, justifica a distinção em relação à natureza do procedimento-modelo alemão<sup>215-216</sup>.

Outro importante aspecto refere-se à eficácia da decisão. O procedimento-modelo alemão não adota a lógica da formação de decisão com eficácia vinculativa, mas sim o regime

---

<sup>214</sup> “Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 132).

<sup>215</sup> Eduardo Talamini menciona que a resolução de fatos seria um dos elementos que evidenciaria o caráter coletivo do IRDR: “Se o incidente de resolução de demandas repetitivas tivesse sido previsto também para questões de fato reiterativas, sua função de meio de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos teria sido ainda mais evidente. (...) Mas mesmo cingindo-se às questões unicamente de direito, o incidente de resolução de demandas repetitivas cumprirá muitas vezes papel equivalente ao da ação coletiva. Basta considerar que em muitos casos de direitos individuais homogêneos o cerne da controvérsia é unicamente de direito (p. ex., em matéria previdenciária, tributária e mesmo em causas de direito do consumidor ou de usuários de serviço público). Nestes casos, a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas terá função similar à eficácia declaratória da sentença genérica na ação coletiva” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital, grifo nosso). Concordamos com o raciocínio, porque neste caso poderia haver de fato o agrupamento ou aglutinação para julgamento (ainda que parcial) das demandas. Não é o que ocorre no IRDR.

<sup>216</sup> Leonard Schmitz e Carolina Falleiros apontam um “imprescindível ponto de distinção entre as group actions e o incidente projetado para o direito brasileiro: enquanto aquelas são vocacionadas, sim, à solução de problemas repetitivos, porém concernentes a pontos específicos na regulação de práticas determinadas, sem que se pretendam cindir questões fáticas e jurídicas, o mecanismo brasileiro se pretende vocacionado à fixação de teses jurídicas para quaisquer controvérsias que veiculem questões “unicamente de direito” (SCHMITZ, Leonard; FALLEIROS, Carolina Teodoro. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (coords.). O novo código de processo civil brasileiro - estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

de coisa julgada, limitando a aplicação da decisão aos casos pendentes ao tempo de sua prolação<sup>217</sup>.

No decorrer do processo legislativo que culminou na aprovação do CPC/2015, discutiu-se sobre a eficácia da decisão proferida no IRDR, chegando a cogitar de extensão da coisa julgada, porque a lei não previa expressamente a aplicação aos casos futuros<sup>218</sup>. Não obstante, essa questão também foi objeto de modificação e a versão aprovada do novo Código dispõe claramente que a tese será aplicada “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986” (art. 985, II). A eficácia vinculativa da decisão, diversa da coisa julgada, é mais um dos elementos que distancia o IRDR do processo coletivo<sup>219</sup>.

Há diversas outras características no procedimento-modelo alemão que não estão presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas e que permitem classificá-lo como meio coletivo de resolução de conflitos, como, por exemplo, a possibilidade de firmar acordo e a repartição dos custos entre as partes dos processos suspensos<sup>220</sup>. Essas particularidades demonstram uma lógica de comunhão que não está presente no IRDR, que trabalha, como vimos, com uma dessubjetivação.

---

<sup>217</sup> Antonio do Passo Cabral destaca a controvérsia sobre a eficácia da decisão no procedimento alemão, discorrendo sobre os entendimentos doutrinários na Alemanha sobre a existência de um efeito similar à eficácia da intervenção, de efeito vinculante ou de coisa julgada. Afirma que “tanto em relação às partes no incidente, como em relação aos intervenientes, a doutrina tem se inclinado pela aplicação do instituto da coisa julgada, seja coisa julgada formal ou a técnica da extensão da coisa julgada, afastando interpretações pela adoção do efeito vinculante ou qualquer outro instituto” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 137-142).

<sup>218</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, por exemplo, afirmou que “a hipótese parece ser de extensão da coisa julgada, pois tanto no sistema brasileiro, como no alemão, os titulares dos direitos e interesses dos processos individuais suspensos assumem uma condição potencial de intervenientes, aos quais é aberta a possibilidade de participação no contraditório, ficando, assim, submetidos à coisa julgada. Portanto, a aplicação posterior do julgado proferido no incidente nada mais representa do que o efeito positivo da coisa julgada” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 286). Vale destacar que o autor mudou seu posicionamento diante da alteração do texto legal, para afirmar que se trata de efeito vinculante, distinto da coisa julgada, o que consta da 4ª edição do livro indicado. Reconhece-se, portanto, mais um motivo que afasta o IRDR do *Musterverfahren*.

<sup>219</sup> Nesse sentido, comentando sobre o projeto, mas em raciocínio que é aplicável à redação da lei aprovada: “Ao se adotar a primeira interpretação, mais consentânea com a literalidade do art. 903, de que a decisão é vinculativa não só para os processos suspensos, mas —todos os processos, incluindo-se os futuros, afasta-se do modelo do *group action* e, por conseguinte, do modelo da KapMuG. Com o estabelecimento de tese vinculante a —todos os processos, aproxima-se de verdadeira súmula vinculante emitida por órgão judicial que não o Supremo Tribunal Federal” (ROSSONI, Igor. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?. Disponível em: [https://www.academia.edu/271495/O\\_incidente\\_de\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_demanda\\_repetitivas\\_e\\_a\\_introdu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_group\\_litigation\\_no\\_direito\\_brasileiro\\_avan%C3%A7o\\_ou\\_retrocesso](https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avan%C3%A7o_ou_retrocesso), acesso em 31/08/2015).

<sup>220</sup> Para uma análise do procedimento-modelo, ver: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

### 3.5 O IRDR não é mecanismo de cumulação de demandas: a distinção em relação ao litisconsórcio

O caráter objetivo do incidente o afasta não só do processo coletivo, mas também de formas de agrupamento de típicas do processo individual que tutela direitos subjetivos. A cumulação de demandas que costuma ocorrer no litisconsórcio<sup>221</sup> embora seja também uma fundada na economia processual<sup>222</sup> e na harmonia das decisões<sup>223</sup>, não é similar ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

O litisconsórcio pressupõe pluralidade de sujeitos em um dos polos da mesma relação processual, o que pode ocorrer nos casos autorizados pelo sistema processual (art. 46 do CPC/73 e 113 do CPC/2015). Das hipóteses legais, a que mais se aproxima com a hipótese do IRDR é a “afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito” (art. 113, III), até pela compreensão que foi dada pela doutrina aos termos “questão jurídica comum” e “origem comum”, como abordamos no segundo capítulo.

Não obstante esta aproximação, pensamos que as demandas repetitivas que podem ser objeto do incidente se afastam das demandas em que poderia haver o agrupamento mediante litisconsórcio, porque o litisconsórcio é instituto fundado em premissas próprias da tutela jurisdicional destinada a resolver diretamente conflitos subjetivos, exigindo, via de regra, alguma vinculação a nível de relações substanciais ou, em outros termos, de “um nexo tal entre as situações jurídicas de diversas pessoas”<sup>224</sup>.

Ainda, não se afigura possível assemelhar a técnica do IRDR com o cúmulo subjetivo e objetivo que ocorre no litisconsórcio porque o “consórcio na lide” depende não apenas de um ponto comum de direito, mas, em regra, do fato de se encontrarem, no “polo”

---

<sup>221</sup> O litisconsórcio não implica, necessariamente, cumulação de demandas. Ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, especialmente o capítulo III. Não obstante, neste tópico trataremos do litisconsórcio como cumulação objetiva e subjetiva, porque embora haja litisconsórcio com demanda única (como no caso de litisconsórcio unitário), essa situação se afasta do cenário da litigiosidade repetitiva, em que são vários os sujeitos, cada qual com sua demanda (repetitiva).

<sup>222</sup> José Lebre de Freitas aponta que “o resultado processual deve ser atingido com a maior economia de meios (...) A exigência de economia de processos explica as disposições que permitem o litisconsórcio inicial, a cumulação de pedidos, o pedido subsidiário, a ampliação do pedido e da causa de pedir, a reconvenção e os incidentes de intervenção de terceiros” (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 177).

<sup>223</sup> Guilherme Estellita defendia a reunião em um único processo através do litisconsórcio para “impedir decisões discordantes na apreciação dos mesmos fatos ou questões jurídicas, suscitadas em causas diversas e por isso mesmo podendo ter soluções diferentes” (ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 19).

<sup>224</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83.

oposto da relação processual, o(s) mesmo(s) sujeito(s)<sup>225</sup>. Por isso também é que não é possível que A formule pedido em face de B; C em face de D, e que, ainda assim, figurem A e C como litisconsortes, sem que haja qualquer vínculo entre as esferas jurídicas de tais sujeitos.

Esta situação, contudo, pode ocorrer (e geralmente ocorre) nas demandas classificadas como repetitivas para fins de emprego do IRDR. Basta pensar na hipótese que de o Banco W tenha aplicado um percentual remuneratório sobre a conta corrente de X e o Banco Y tenha aplicado o mesmo percentual em relação à conta de Z. A legalidade de tal aplicação pode ser objeto de IRDR e a identificação dos sujeitos não será relevante para determinar a possibilidade de sua instauração.

Isso decorre também do caráter objetivo do IRDR. Como o incidente não visa ao julgamento do caso concreto e não pretende tutelar a situação substancial veiculada no(s) processo(s) que lhe deu origem, essa circunstância não é relevante. Não há diversas pessoas integrando a mesma relação processual, até porque é dispensada a existência de vínculos entre as relações jurídicas substanciais ou entre seus sujeitos. As relações jurídicas não serão analisadas e não haverá julgamento acerca de ofensa a direito subjetivo no incidente.

Há sujeitos em relações processuais distintas, nas quais há uma interseção decorrente do ponto comum de direito, que permite não a cumulação das demandas e tampouco a extração parcial da questão comum, mas a sua abstração para resolução no incidente<sup>226</sup>.

Assim, entendemos que o IRDR é meio processual de resolução de demandas que se distancia dos meios tradicionais em que há cumulação, porque, como vimos, opera a partir da abstração das relações substanciais.

---

<sup>225</sup> A cumulação de pedidos depende, além de compatibilidade entre eles, mesma competência e procedimento comum, de que sejam formulados “contra o mesmo réu” (art. 327 do CPC/2015 e 292 do CPC/73). Aliás, sequer se pode falar em “pedido contra réu” no IRDR, o que torna mais complicada a transposição do litisconsórcio.

<sup>226</sup> Por isso, vemos com ressalva o entendimento de Fredie Didier Jr., no sentido de que o no sistema de julgamento de casos repetitivo há um “novo caso de conexão no direito brasileiro: uma conexão por afinidade entre as causas repetitivas. Opta-se pelo termo afinidade por uma questão prática: trata-se de uma designação para certo tipo de vínculo entre causas já bastante consagrada na doutrina brasileira, que serve à aplicação do inciso III do art. 113 do CPC (litisconsórcio por afinidade) (...). *As ‘causas repetitivas são exatamente aquelas em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por afinidade*, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente (...) Sucede que, em vez de essa conexão determinar a reunião das causas para processamento e julgamento simultâneos (como ocorre com a conexão para fim de modificação de competência, art. 58, CPC), outros são os efeitos jurídicos dessa nova modalidade de vínculo entre causas: a) escolha de alguns ‘casos-piloto’, que funcionam como amostras; b) sobrestamento dos demais processos, à espera da fixação da tese jurídica a ser aplicada a todos os casos” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 236-237). É possível afirmar que nem sempre seria possível aos autores das demandas repetitivas litigarem em litisconsórcio.

## 4 PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Destacados o objeto e a natureza do incidente, passaremos a analisar suas fases procedimentais, abordando suas principais características e os atos processuais que as compõem. A abordagem do processamento do incidente está dividida em três “fases principais”: a fase de *instauração e admissão*, que compreende os atos preparatórios ao debate para fixação da tese; a fase de *afetação e instrução*, que compreende a delimitação do objeto do incidente, da sua estrutura subjetiva e os atos instrutórios; e a fase de *juízo*, na qual serão analisadas a decisão, sua recorribilidade e seus efeitos.

Enfatizaremos, nessa abordagem, dois aspectos que parecem de especial importância: os sujeitos processuais e a decisão construída no incidente. Os temas são relevantes, estão interligados e serão analisados sob a perspectiva da dessubjetivação, característica desta técnica processual.

Ressaltamos que algumas das regras aqui analisadas não são previstas expressamente no regramento referente ao IRDR, mas decorrem da interpretação sistemática deste instituto, como uma das técnicas do microsistema de julgamento de casos repetitivos<sup>227</sup>.

### 4.1 Primeira fase: iniciativa para instauração e admissão do incidente

O incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser instaurado, como visto, quando houver *efetiva repetição de processos* que contenham a *mesma questão jurídica*, gerando risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, CPC/2015).

O requisito de *efetiva repetição de processos* foi objeto de algumas divergências durante a tramitação legislativa. Na versão aprovada pelo Senado, havia a previsão de que o incidente poderia ser instaurado quando houvesse *controvérsia com potencial de gerar multiplicação de processos* (art. 930 do PLS 166/2010<sup>228</sup>), o que, apesar de defendido por

<sup>227</sup> Nesse sentido é o enunciado nº 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”. Por isso, algumas disposições relativas aos recursos especiais podem ser aplicadas ao IRDR, desde que haja compatibilidade.

<sup>228</sup> PLS 166/2010: Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

alguns doutrinadores como um meio de evitar a indevida proliferação de demandas<sup>229</sup>, foi alvo de muitas críticas, que consideravam que o incidente preventivo não seria o modelo ideal, por obstar a prévia e necessária discussão sobre o tema<sup>230</sup>. A lei acabou pacificando a questão, exigindo expressamente que deve ser constatada efetiva repetição de processos, ainda que não tenha definido um número mínimo de casos<sup>231</sup>.

A etapa de instauração tem dois atos processuais principais: o pedido ou ofício, com a iniciativa de submissão de determinada matéria ao regime do IRDR; e a decisão de admissão, que declarará instaurado o procedimento. Ambos serão tratados abaixo.

#### 4.1.1 Legitimidade para provocar a instauração

O novo Código de Processo Civil dispõe que serão legitimados para provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas o juiz ou relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 977, I a III). O IRDR pode ser instaurado, então, por iniciativa do órgão jurisdicional, de sujeitos parciais de processos pendentes, e de instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado.

O ato que provoca a instauração do incidente é um ato que não se vincula diretamente com conflitos subjetivos e não exige, por isso, uma relação intrínseca com o(s) processo(s) que discutam determinada questão jurídica. Por isso, entendemos que a legitimidade para a iniciativa de instaurar o incidente é uma legitimidade extraordinária específica para o ato processual, que não decorre da legitimidade (ordinária) para a “causa”

---

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

<sup>229</sup> Era a posição defendida por Luiz Henrique Volpe Camargo, que criticou a alteração operada pela Câmara dos Deputados, afirmando que a modificação “retira a possibilidade de instauração do incidente preventivo, ou seja, antes da concreta reprodução massificada de causas (...) Acredita-se, no ponto, que a versão do Senado é mais afinada com um dos principais objetivos do incidente, que é desafogar o Poder Judiciário de questões repetitivas” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 283).

<sup>230</sup> Leonardo Carneiro da Cunha, por exemplo, aponta que “seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução” (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*, vol. 193, março/2011, versão digital).

<sup>231</sup> Uma quantidade adequada seria algumas dezenas ou centenas de processos. Nesse sentido: “não há um número mágico ou indicação cartesiana, cabendo à doutrina e à jurisprudência balizar a aplicação do incidente pela construção de parâmetros. Não há necessidade de uma enorme quantidade de causas repetitivas (como expresso no enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), mas deve haver uma quantidade razoável, na casa das dezenas ou centenas, a fim de justificar a adoção desta técnica” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1421).

repetitiva, necessariamente. Trataremos da legitimação para instauração e condução do processo quando abordarmos a segunda fase do incidente, em que há a identificação dos sujeitos processuais.

Por ora, é importante destacar que a questão concernente à legitimidade para provocar a instauração do incidente tem seu ponto mais delicado na autorização conferida ao juiz (art. 977, I). Não em razão do debate acerca da possibilidade de agir de ofício – que parece tranquila e é justificada em razão da natureza do incidente –, mas porque essa autorização esconde um debate importante, que diz respeito aos processos a partir dos quais se pode instaurar o incidente. Houve mudança na redação do dispositivo durante a tramitação legislativa, o que acabou gerando inúmeras controvérsias doutrinárias<sup>232</sup>. A discussão refere-se à possibilidade (ou não) de o IRDR ser instaurado em primeiro grau, tema que trataremos no próximo tópico.

#### 4.1.1.1 Dispensabilidade de causa pendente no tribunal

Alguns doutrinadores vêm defendendo a necessidade de existência de causa pendente no tribunal para instauração do IRDR. Parte dessa doutrina atribui essa exigência principalmente à redação do parágrafo único do art. 978, que dispõe 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”<sup>233</sup>. Outro fundamento para exigir causa pendente no tribunal seria que, assim, se

---

<sup>232</sup> Apontamos essa questão em texto anterior: “A previsão legal que confere legitimidade para o juiz de primeiro grau requerer a instauração do incidente é ponto que vem gerando controvérsias doutrinárias. Na versão do CPC aprovada pelo Senado em 2010, o instituto poderia ser instaurado logo em primeiro grau, quando houvesse potencial de repetição de causas, à semelhança do modelo alemão (art. 930 do PLS 166/2010). Na versão posterior, aprovada pela Câmara revisora, o instituto mudou de feição, somente sendo admitida sua instauração quando houvesse causa de competência do tribunal pendente de julgamento, sendo a iniciativa de instauração restrita ao relator, não compreendendo o juiz de primeiro grau (art. 988, §§2º e 3º, I, do SCD ao PLS 166/2010). Por ocasião da votação e aprovação final pelo Senado, foi revigorada a autorização ao juiz para requerer ao tribunal a instauração do incidente, mediante ofício (art. 977, I), suprimindo-se a regra relativa à obrigatoriedade de pendência de causa no Tribunal, resgatando-se, portanto, características do instituto adotadas na versão da casa iniciadora do projeto de lei, o que foi mantido na versão sancionada e publicada no Diário Oficial. Não obstante, foi inserida no parágrafo único do art. 978 uma previsão que menciona que o órgão que julgar o incidente deverá julgar o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do qual este se originar, o que sugere que o(s) processo(s) de onde se originar o incidente deverá(ão) estar tramitando perante os tribunais” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 296-297)

<sup>233</sup> É a posição de Antonio do Passo Cabral, que aponta que, tendo em vista o art. 978, parágrafo único, “a intenção do legislador é claramente de que o IRDR somente possa ser suscitado na pendência de processo no tribunal, ou seja, já depois de proferidas decisões na primeira instância” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422). Para boa parte dos doutrinadores que defende

evitaria que o incidente tivesse caráter preventivo, porque já haveria, via de regra, decisões conflitantes.

Apontamos, em estudo anterior, argumentos favoráveis e contrários a ambas as posições<sup>234</sup>, e, com o respeito às posições divergentes, pensamos que o melhor entendimento acerca da questão é o que permite a instauração do incidente sem que haja, necessariamente, causa pendente de julgamento no tribunal<sup>235</sup>.

Este entendimento decorre dos seguintes fundamentos:

a) Na Câmara dos Deputados, inseriu-se previsão ao projeto do novo CPC no sentido de que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (art. 988, §2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010), o que justificava o requisito de causa pendente no tribunal para a instauração do IRDR<sup>236</sup>. Não obstante, esta previsão foi retirada da versão final. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou, no Parecer 956/2014, que “Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência”. A versão final aprovada do novo Código não contém tal exigência. Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a “vontade do legislador”

essa posição, há necessidade de que a causa esteja pendente no tribunal porque o tribunal vai julgar também o caso concreto. É a posição de Alexandre Câmara: “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 (...) 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” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479). Também é a posição de Marcos Cavalcanti: “a pendência de causa no tribunal (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária) é pressuposto de instauração e julgamento do IRDR” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 431).

<sup>234</sup> Militam em favor da instauração a partir do primeiro grau: a literalidade do art. 977, I; o teor do relatório que apresentou a versão final do projeto de lei, que expressamente aponta essa questão; os benefícios sistêmicos da instauração não tardia. Em favor da instauração a partir do segundo grau: a previsão do art. 978, parágrafo único; a garantia de prévio amadurecimento do debate antes da definição da tese. Para abordagem da questão, ver: (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 297-302).

<sup>235</sup> Esse entendimento foi adotado pelo Fórum da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), conforme enunciado nº 22: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>.

<sup>236</sup> Tal previsão foi o que embasou a criação dos enunciados ns. 342 e 344 do FPPC: Enunciado nº 342. (art. 976). “O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária”. Enunciado nº 344. (art. 976). “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada.

b) O art. 978, parágrafo único, que vêm justificando tal entendimento, corresponde a uma burla no devido processo legislativo. Defende-se abertamente a inconstitucionalidade formal do dispositivo, porque ausente previsão similar nas versões aprovadas na Câmara e no Senado. Não se pode compreender que tal dispositivo tenha surgido como “emenda de redação”, porque tem conteúdo substancial distinto das versões anteriores<sup>237</sup>.

c) A instauração em primeiro grau não afronta o requisito de “efetiva repetição” e, por isso, não torna o incidente *preventivo*, o que foi arduamente criticado durante a tramitação do projeto legislativo. Com efeito, o requisito da efetiva repetição (e não potencial) não pode ser afastado, sendo expreso claramente no art. 976, I. Quaisquer interpretações que sejam dadas aos outros aspectos do instituto – como, no caso, a possibilidade ou não de instaurá-lo a partir do primeiro grau – não têm o condão de alterar tal exigência.

O que pode ocorrer, caso instaurado a partir do primeiro grau, é que o incidente seja instaurado *sem que haja repetição de decisões meritórias sobre a questão*, mas nunca a dispensa da efetiva repetição de demandas. Isso porque o CPC não impõe, embora seja aconselhável, que o IRDR apenas seja instaurado quando houver efetiva repetição de decisões sobre a mesma questão jurídica. Exige-se a efetiva repetição de processos, o que pode ocorrer sem que haja alguma causa pendente no tribunal.

Pensamos que o segundo requisito para instauração do incidente, qual seja, “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, II) também não pode ser a justificativa legal para exigir decisões dissonantes a respeito da problemática. Caso essa fosse a opção legal, o Código trataria de dispor como requisito para a instauração a efetiva ofensa à

---

<sup>237</sup> Há diversos autores defendendo essa inconstitucionalidade. Antonio do Passo Cabral afirma que: “O parágrafo único do art. 978, com todas as vênias, corresponde a um grande equívoco no processo legislativo. É que este dispositivo foi incluído no novo CPC quando o projeto retornou do Senado Federal no final de 2014. A norma não constava do projeto aprovado no Senado em 2010, tampouco na versão aprovada na Câmara dos Deputados em 2014. Nessas condições, o parágrafo único do art. 978 só poderia ser compreendido como constitucional se se tratasse das chamadas ‘emendas de redação’, i.e., mudanças estilísticas com a finalidade de aperfeiçoamento gramatical e sintático, mas sem alteração de conteúdo. Não é o caso” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1428). No mesmo sentido, Marcos Cavalcanti: “este dispositivo padece de inconstitucionalidade formal e material. é inconstitucional formalmente, pois ele não encontra qualquer enunciado normativo correspondente no Anteprojeto, no Projeto do Senado e no Projeto da Câmara. (...) Além da inconstitucionalidade formal, o dispositivo padece ainda de inconstitucionalidade material. (...) O parágrafo único do art. 978 do NCPC vincula a competência para o julgamento do recurso, remessa necessária ou do processo originário, usurpando a competência dos tribunais de estabelecerem suas atribuições internas por meio do regimento interno” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 453).

isonomia e segurança jurídica (que decorrem da coexistência de decisões antagônicas) e não o “risco de”.

Aliás, a existência de causa pendente no Tribunal, embora possa ser um indicativo de que a questão foi suficientemente debatida previamente e que há decisões divergentes sobre o tema, não é prova disso. Com efeito, é possível ter causa pendente no Tribunal sem efetiva repetição e sem decisões prévias, como nos casos de processos de competência originária.

A efetiva repetição de processos, por ser um dos requisitos de cabimento, impede a instauração de IRDR preventivo, o que vale para incidentes oriundos de processos em primeiro ou segundo grau<sup>238</sup>. Não obstante entendermos possível a instauração a partir do primeiro grau, caso haja processos sobre a questão em trâmite no tribunal, concordamos que devam ser privilegiados estes, porque há uma presunção de que o debate tenha sido mais completo e que já haja decisão sobre o tema<sup>239</sup>.

Pensamos que a melhor interpretação do art. 977, I, que confere ao juiz a legitimidade para provocar o IRDR, é a que autoriza que faça isso a partir dos processos que está analisando<sup>240</sup>. O juiz de primeiro grau pode ser o melhor agente para provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, justamente por observar de perto a repetição sobre a questão jurídica<sup>241</sup>. Todavia, para os que entendem indispensável a

---

<sup>238</sup> Salvo se vincularmos o sentido do termo “preventivo” não à existência de diversos processos, mas à existência de decisões sobre o tema, hipótese em que será possível IRDR preventivo tanto a partir do primeiro grau como do Tribunal. Antonio do Passo Cabral aponta para essa utilização do termo “preventivo”, ao afirmar que o IRDR é quase sempre repressivo, podendo assumir um caráter preventivo quando suscitado em causas de competência originária. Para o autor, será preventivo, se “entender-se que a divergência sobre a questão jurídica comum seja potencialmente geradora de insegurança, incoerência ou tratamento anti-isonômico por ainda não ter sido objeto de cognição em decisão final de mérito no primeiro grau de jurisdição” (CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422). Para caracterizá-lo como preventivo, o autor não dispensa a existência de efetiva repetição – e nem poderia, haja vista a clara redação do art. 976, I – mas sim a existência de decisões dissonantes.

<sup>239</sup> Defendemos anteriormente, ainda, que dentre os processos no tribunal, devem ser privilegiadas as apelações em relação aos agravos, por exemplo: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 299-300.

<sup>240</sup> Até porque restará preservada sua competência para julgamento, já que “Ao tribunal somente é dado conhecer da questão de direito central subjacente à causa-piloto, sendo certo que, após a fixação da tese, os juízes de primeira instância terão poder decisório quanto a todos os demais aspectos das ações semelhantes que haviam sido suspensas” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, set/2012, versão digital).

<sup>241</sup> Luiz Henrique Volpe Camargo defende que “não existe razão para não admitir que o juiz de 1º grau suscite o incidente. Salvo melhor juízo, o juiz de 1º grau, por sua função, tem mais facilidade em considerar a multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, pois, é a ele que as demandas de variados autores, muitas vezes representados por diferentes advogados, é dirigida” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a

existência de causa no tribunal, este dispositivo está sendo interpretado como autorização para que oficie outros legitimados para que instaurem a partir de processos em segundo grau, ou, ainda, como regra que se justifica pelo sistema dos juizados especiais, compostos apenas de juízes<sup>242</sup>.

Considerando o que foi exposto, defendemos que o art. 978 – se não for declarado inconstitucional – deve ser interpretado como regra de prevenção, e não como determinação da existência de causa pendente no tribunal<sup>243</sup>.

#### 4.1.1.1.1 Instauração a partir do primeiro grau: algumas reflexões iniciais sobre a (in)competência dos tribunais estaduais e regionais

Defendemos, em tópico anterior, a possibilidade de instauração do IRDR a partir de processos em trâmite no primeiro grau de jurisdição, ainda que não haja causa pendente de julgamento no respectivo tribunal. Entendemos que isso decorre de opção legal expressa e é um elemento importante para a efetividade desta técnica processual.

Não obstante, vem se apresentando posicionamento contrário a esta possibilidade, sob o fundamento de que seria inconstitucional conferir ao tribunal competência para

---

da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 288). Também nesse sentido: “a última versão apresentada Novo Código de Processo Civil volta a admitir a instauração do incidente desde a primeira instância – ou seja, observados os requisitos da efetiva repetição e do risco à isonomia e segurança jurídica, abre-se aos juízes a possibilidade de dirigir o pedido de instauração ao Presidente do Tribunal respectivo” (SCHMITZ, Leonard; FALLEIROS, Carolina Teodoro. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (coords.). O novo código de processo civil brasileiro - estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

<sup>242</sup> Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que “Como os recursos não passam pelo tribunal (vão para as turmas recursais, formadas por juízes de primeira instância), o CPC faz referência também aos juízes” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1425). Essa questão foi levantada por Luiz Henrique Volpe Camargo, em “O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados”. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014.

<sup>243</sup> Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem a possibilidade de instauração a partir do primeiro grau, afirmando que isso decorre da interpretação histórica do CPC, considerando as mudanças operadas durante o processo legislativo, bem como a autorização do art. 977, I, além do fato de que essa interpretação ser mais apropriada para a finalidade do instituto. Sobre o art. 978, cuja constitucionalidade é duvidosa, os autores afirmam que deve ser interpretado como regra de prevenção. Os autores concluem que “a instauração do incidente não deve exigir a pendência da questão de direito à análise do tribunal. Bastará que tenha havido multiplicação de feitos com a mesma questão de direito perante o Poder Judiciário, com risco à isonomia ou à segurança jurídica, para que se viabilize o IRDR. Porém, julgado o IRDR, o órgão remanesce competente para análise do recurso, do reexame necessário ou da ação de competência originária de onde surgiu a questão de direito que foi enfrentada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Vol. II. São Paulo: RT, 2015, p. 580-581).

solucionar a questão de direito sem que houvesse causa sob sua apreciação, por violar a distribuição de competências prevista na Constituição da República.

Aventa-se que haveria ofensa aos princípios da tipicidade e da indisponibilidade de competências, que vedam a criação ou deslocamento de competência de forma diversa da prevista na Constituição<sup>244</sup>. Afirma-se, ademais, que se configuraria violação ao princípio da perpetuação da jurisdição e, por consequência, do juiz natural. Tentaremos analisar algumas destas questões<sup>245</sup>.

Primeiramente, é importante lembrar que nosso entendimento é de que não há, no IRDR, julgamento da causa, mas sim uma cisão decisória, que faz com o que o tribunal aprecie, no incidente, apenas a controvérsia de direito (num misto de abstração e concretude), sem julgar nenhum conflito subjetivo. O tribunal, como órgão superior, responsável (também) por uniformizar a aplicação do direito<sup>246</sup>, exerce sua função de fixar um entendimento sobre a mesma questão que se repete em diversos processos.

Esta premissa pode ser relevante para afastar algumas das objeções quanto à constitucionalidade, notadamente em relação à perpetuação da jurisdição e ao juiz natural, porque não haverá propriamente deslocamento de competência para apreciação da *demand*a.

Com efeito, sendo a perpetuação da jurisdição (que determina a inalterabilidade da competência – art. 43 do CPC/2015) um dos efeitos da litispendência (pendência da lide)<sup>247</sup>, ou seja, da propositura da demanda, seria possível afirmar que não haveria ofensa a tal princípio, porque a lide (ou a demanda) continuará pendente perante o juízo originário, não havendo propriamente alteração de competência para o julgamento. A *demand*a será julgada perante o juízo definido no momento de sua propositura.

Quanto à criação de nova competência para os tribunais estaduais e regionais por lei infraconstitucional, a questão aparenta ser mais complexa, porque, mesmo que não haja propriamente o julgamento da causa, afirma-se que não há expressamente na Constituição a

---

<sup>244</sup> Ver, sobre o tema: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

<sup>245</sup> A questão é bastante complexa, de modo que não temos pretensão de esgotar esta problemática, mas apenas de apresentar alguns elementos para reflexão. Adiantamos, contudo, que eventual decisão que declare a inconstitucionalidade desta interpretação (ou seja, da possibilidade de instauração do IRDR sem causa no tribunal) não terá o efeito de esvaziar ou de retirar a constitucionalidade de todo o instituto, mas apenas vedará a instauração a partir do primeiro grau. Todas as demais reflexões desenvolvidas neste estudo continuam aplicáveis.

<sup>246</sup> O que ocorre de forma mais evidente em incidentes como o IRDR e a antiga uniformização de jurisprudência, mas também, em alguma medida, por ocasião do julgamento de recursos contra decisões de primeiro grau, quando se espera que o tribunal mantenha coerência e uniformidade diante de situações análogas. É claro que não se equipara os tribunais estaduais e regionais com as cortes de uniformização no que se refere à sua função em relação à legislação constitucional e infra, mas é possível extrair do próprio desenho em “níveis” um papel de uniformização e coesão também para aqueles tribunais.

<sup>247</sup> Ver: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013, capítulos 5 e 6.

previsão de que os tribunais poderão dirimir controvérsias pontuais e fixar teses sobre questões de direito, ao menos quando da apreciação de demandas que sejam de sua competência.

De fato, não se extrai do art. 108 da Constituição (quanto aos tribunais federais)<sup>248</sup> competência para apreciar o incidente de resolução de demandas repetitivas. À primeira vista, poder-se-ia afirmar, então, que haveria violação ao princípio da tipicidade de competências, devendo haver modificação via emenda constitucional para que fosse possível a interpretação por nós adotada.

É interessante notar que debate similar a este ocorre na discussão atinente à constitucionalidade da Lei 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>249</sup>. Com efeito, após a edição desta lei a doutrina passou a controverter sobre a extrapolação (ou não) da competência do Supremo Tribunal Federal prevista na Constituição, porque teria o legislador infraconstitucional ampliado indevidamente a competência da Suprema Corte.

A controvérsia diz respeito, sobretudo, à hipótese da arguição “incidental” ou “parelela” (inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99), instaurada no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, ou seja, mediante um incidente a partir de um processo em curso, dirigido ao STF, para dirimir a controvérsia constitucional. Nesta arguição incidental, o processo originário restaria suspenso para definição da questão constitucional pelo STF e, após, retomaria seu trâmite, sendo a decisão acerca da questão constitucional aplicável também aos demais casos que contivessem tal controvérsia<sup>250-251</sup>.

---

<sup>248</sup> A competência dos tribunais estaduais é regulamentada nas Constituições Estaduais. Neste estudo, optamos por referir de modo mais amplo à competência dos tribunais de segunda instância a partir das regras contidas na Constituição, que são, via de regra, espelhadas nas Constituições dos Estados.

<sup>249</sup> Esta problemática nos foi apontada por Fredie Didier Jr., por ocasião da banca de defesa da dissertação que gerou este estudo. Agradecemos pelos questionamentos e pela oportunidade de refletir e aprofundar a análise deste intrincado tema.

<sup>250</sup> Não poderemos adentrar no estudo da ADPF, o que extrapolaria os limites deste trabalho. Não obstante, parece relevante transcrever conceituação de Dirley da Cunha Jr.: “A arguição incidental, tal como concebida, possibilita o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal de uma questão constitucional relevante, debatida no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, que envolva a interpretação e aplicação de um preceito constitucional fundamental. Na espécie, quando admitida a arguição, operar-se-á uma verdadeira “cisão” entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao Tribunal, para sua exclusiva apreciação, tão-somente a primeira delas, uma vez que remanesce a competência dos órgãos judiciários ordinários para decidir a respeito da pretensão deduzida. A Corte, portanto, limita-se a apreciar a questão constitucional, dando-lhe solução adequada e rápida, sem se manifestar, porém, sobre o objeto ou a pretensão vinculada ao caso concreto e pendente de julgamento pelos órgãos judiciários ordinários” (CUNHA JR., Dirley. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações constitucionais*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 535).

<sup>251</sup> Eduardo Talamini tem um interessante estudo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual defende, em sentido um pouco diverso, que não há como se extrair da lei (sobretudo após os vetos do Executivo), um “incidente de inconstitucionalidade”. O autor defende que há apenas um regime, que seria o da

Esta previsão foi criticada pela doutrina, sob o fundamento de que haveria a criação, por lei infraconstitucional, de uma nova competência para o STF, já que a previsão de um incidente para controle de constitucionalidade abstrato a partir de um caso concreto em trâmite perante outros tribunais extrapolaria o alcance do art. 102, §1º. Por este alegado vício, chegou-se inclusive a associar a arguição incidental à extinta avocatória do período ditatorial<sup>252</sup>.

A questão foi, também, objeto de ação direta de inconstitucionalidade, movida pela OAB e autuada sob o nº 2231/DF, que igualmente aventava outros vícios de constitucionalidade na Lei 9.882/99. Em 2001, o então relator, Min. Neri da Silveira, deferiu liminar para excluir a possibilidade de manejo da arguição incidental, entendendo, então, pela inconstitucionalidade desta “modalidade”<sup>253</sup>.

Os autos permaneceram em pedido de vista por alguns anos e a última movimentação, em 17/08/2015, registrou a remessa dos autos ao gabinete do Min. Dias Toffoli. Apesar da importância do tema, a ação ainda está pendente de julgamento, de modo que não houve pronunciamento final do STF a este respeito.

A posição do Min. Neri da Silveira era a de que a hipótese da arguição incidental significaria acréscimo na competência constitucional do STF e implicaria a retirada do

arguição direta: TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz *et al* (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 19-40).

<sup>252</sup> Gabriel Dias Marques da Cruz traz um panorama desta discussão, apontando alguns estudos doutrinários que defendem a inconstitucionalidade da previsão e outros que defendem a conformação havida pela Lei 9.882/99. O autor adota a posição de que a modificação deveria ter ocorrido por emenda constitucional. Ver: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, especialmente p. 60/61 e 69/72. Agradeço ao autor a gentileza de responder algumas de minhas indagações sobre o tema e a indicação de material bibliográfico.

<sup>253</sup> Consta do informativo nº 253 do STF a seguinte informação: “O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (“Parágrafo único - Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto (“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”). No site do STF consta a seguinte movimentação, embora não esteja disponível o inteiro teor da decisão: Decisão: Depois do voto do Senhor Ministro Neri da Silveira, relator, deferindo em parte a medida liminar, com relação ao inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9+882 de 03 de dezembro de 1999, para excluir de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como deferindo, na totalidade, a liminar, para suspender o §3º do artigo 5º da mesma Lei, sendo em ambos os casos o deferimento com eficácia ex nunc e até final julgamento da ação direta. Pediu vista o senhor Ministro Sepúlveda Pertence. (...) 05.12.2001”.

processo do julgamento pelo juiz natural<sup>254</sup>. O então ministro, apesar de destacar a importância da arguição incidental para a coerência do sistema e integridade da Constituição, entendia não ser possível que a lei infraconstitucional conferisse ao STF competência para analisar questão que tivesse surgido em processo em trâmite perante outros tribunais<sup>255</sup>.

Apesar desta ocorrência indicar, a princípio, que a Suprema Corte teria um posicionamento pela inconstitucionalidade da previsão da arguição incidental pelos mesmos motivos que poderiam, agora, macular o IRDR, a verdade é que a decisão não foi confirmada pelos demais julgadores, tratando-se até o momento de uma posição unipessoal.

A discussão é relevante, todavia, porque antecipa fundamentos (favoráveis e contrários) que podem surgir quanto ao IRDR. Houve bastante movimentação na doutrina quanto ao tema, o que certamente enriquecerá a análise sobre a constitucionalidade do IRDR.

Renomados autores defenderam a constitucionalidade da previsão, inclusive diferenciando-a da avocatória, sob o fundamento de que o juiz da demanda não seria afastado

---

<sup>254</sup> Muito embora não esteja disponível a íntegra da decisão, é possível verificar a posição do então Ministro por meio de um artigo científico publicado logo em seguida, justamente sobre a constitucionalidade da arguição incidental: “Na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 1.º em exame, é de admitir, destarte, se colime que o STF antecipe, originariamente, em se cuidando de processo em curso, do deslinde da questão constitucional prévia, com o que se afastaria a necessidade de o feito percorrer as instâncias ordinárias, para que a mesma Corte Suprema viesse, por fim, a pronunciar-se, em definitiva decisão sobre o tema constitucional, no âmbito de recurso extraordinário, ou mesmo em recurso ordinário, se for o caso. Esse decisum prévio acerca da controvérsia constitucional seria um antecedente lógico para o julgamento de fundo do processo na instância de origem. Subtrair-se-ia, destarte, segundo corrente contrária à norma, controvérsia constitucional do juiz natural para dela conhecer *incidenter tantum*. (...) Bem de entender é, pois, desde logo, que, na hipótese de processo em curso, o procedimento não guarda pertinência com a previsão constitucional do art. 102, § 1.º, do Estatuto Maior. (...) É que, em realidade, diz, imediatamente, com acréscimo na competência do Supremo Tribunal Federal, quanto a processo de índole objetiva, e altera o devido processo, retirando a controvérsia constitucional de seu juiz natural (CF, art. 5.º, LIV), com evidente reflexo no sistema de controle difuso de constitucionalidade. (SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – 2003, p. 186-187).

<sup>255</sup> “De fato, a “arguição incidental” tem como consequência imediata repercutir no controle difuso que se vem operando no juízo ou tribunal de origem, onde, em processo judicial, se faz presente a controvérsia constitucional relevante, acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, a ser objeto, então, do controle concentrado de que trata a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no STF, a teor do § 1.º do art. 102 da Constituição. Interditada-se, no ponto, o ofício do juízo ou tribunal, onde processado o feito, e devolve-se a controvérsia constitucional existente ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. Penso que, sem autorização constitucional, tal mecanismo não pode ser acionado perante o STF, com os efeitos previstos inclusive no § 3.º do art. 5.º, quanto à liminar se concedida, e no art. 10, de referência à decisão definitiva. A competência do Supremo Tribunal Federal, em se cogitando de medida judicial, há de estar expressa na Constituição ou compreendida em uma das regras constitucionais de sua competência, o que, na espécie, entendo não ocorrer com a denominada “arguição incidental”, diante do enunciado do § 1.º do art. 102 da Lei Magna (...) Penso que é de conferir ao inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, interpretação conforme à Constituição, excluindo de sua compreensão a controvérsia constitucional relevante relativa a processo judicial, já em curso, evitando-se, destarte, se converta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com base nesse dispositivo legal, em autêntico e concreto “incidente de inconstitucionalidade”, com imediata repercussão em processo judicial em andamento, em instância inferior, o qual estaria sendo criado, assim, por via legislativa, o que não é de admitir” (SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – 2003, p. 190-191).

de sua posição de julgador, porque ao STF incumbiria apenas dirimir a controvérsia, em abstrato, quanto à constitucionalidade<sup>256</sup>. Outros autores defenderam a possibilidade de o legislador conformar o alcance e extensão do art. 102, §1º, da Constituição, não havendo ofensa às competências definidas na CRFB<sup>257</sup>.

O fundamento empregado no âmbito da ADPF incidental, no sentido de que não haveria inconstitucionalidade pela ausência de julgamento da “causa” poderá ser, de fato, um dos argumentos relevantes para sustentar a constitucionalidade do IRDR, haja vista a similitude entre a natureza e o procedimento de tais institutos<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Neste sentido: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental difere-se, em muito, da antiga advocatória, que era o instrumento através do qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. O que ocorre é, tão-somente, a prolação de uma decisão pontual pelo Excelso Pretório sobre uma questão constitucional fundamental, que vincula os demais órgãos públicos. Não há julgamento da causa ou usurpação da competência do juiz natural, pois tal mecanismo somente serve para conferir mais unidade ao sistema, tornando uma a interpretação daquilo que é fundamental. Aliás, importante frisar a necessidade de se decidir univocamente sobre tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior. Como já dito, o novo instituto tem o papel de fazer uma ligação entre os sistemas de controle difuso e concentrado, pois possibilita que uma questão tratada na via de defesa seja levada a um processo de decisão erga omnes. Tal finalidade em nada se confunde com aquela da advocatória” (BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 30, jan-mar/2000, versão digital). No mesmo sentido: “Aqui, ao contrário do que constata parte da doutrina, não se identifica o malfadado instituto da advocatória. Este instituto, que foi rechaçado pelo legislador constituinte, permitia, por provocação do Procurador-Geral da República e quando decorresse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança das finanças públicas, que as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais fossem remetidas ao STF. A ADPF com ele não se confunde, pois nesta o âmbito de cognição do STF se circunscreve à constitucionalidade do ato questionado. Através da ADPF é possível que o STF aprecie tão somente a questão constitucional e não o mérito da demanda principal. (...) O seu objetivo é assegurar a eficácia da futura decisão do STF, este sim juízo natural para apreciar, com caráter de definitividade, as questões constitucionais. Além disso, ao contrário do que se passava com o instituto da advocatória, a regra do art. 5.º, § 3.º, da Lei 9.882/1999, não retira do juiz ordinário a competência para julgar a pretensão principal da demanda, mas apenas a questão da constitucionalidade” (BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Arguição paralela de descumprimento de preceito fundamental. Revista dos Tribunais, vol. 917, mar/2012, versão digital).

<sup>257</sup> Daniel Neves, por exemplo, defende a constitucionalidade da arguição incidental: “não me parece ter o legislador infraconstitucional criado uma nova forma de controle, apenas disciplinando diferentes procedimentos para instrumentalizar o controle previsto no art. 102, § 1º, da CF” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2013). O autor faz importante paralelo entre esta modalidade de controle constitucional e o incidente de uniformização de jurisprudência do CPC/73 (item 4.5. de sua obra), o que é mais um fundamento que corrobora a aproximação ao IRDR. Do mesmo modo, Dirley da Cunha Jr. afirma que “de nossa parte, não vislumbramos, *data venia*, nenhuma inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, tendo em vista que a modalidade “incidental” da arguição de descumprimento de preceito fundamental insere-se no conceito amplo que lhe emprestou o § 1º do art. 102 da Constituição Federal” (CUNHA JR., Dirley. *Ação de descumprimento de preceito fundamental*. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações constitucionais*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 538).

<sup>258</sup> Apontamos, quanto a este aspecto, posição de Daniel Sarmiento, referente a ADPF, assemelhando-a ao incidente de uniformização de jurisprudência do CPC/73 e afirmando que o instituto teria simultaneamente uma dimensão objetiva e subjetiva, tal como a “abstração e concretude” que estamos defendendo para o IRDR: “Se o Supremo conhecer da arguição incidental, ele não vai julgar a causa, como acontecia no instituto da Advocatória, de triste memória. Irá tão-somente manifestar-se sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos art. 480 a 482 do Código de Processo Civil. No

Paralelamente a esta discussão, que pode render bons argumentos para o debate quanto ao instituto ora analisado, pensamos que há um argumento adicional que justificaria a constitucionalidade do IRDR.

Com efeito, parece pode ser possível extrair a competência para julgamento do IRDR de nosso sistema jurídico, como uma *competência implícita* dos tribunais, enquanto órgãos ordenados em nível superior aos juízos de primeiro grau, com o poder de revisão em relação às decisões inferiores (competência prevista, para os tribunais federais, no art. 108, II, da CRFB). Esta competência implícita estaria justificada constitucionalmente pela exigência de manter coerência e unidade na interpretação e aplicação do direito, e nos direitos fundamentais de isonomia e de segurança jurídica. Se os tribunais podem reformar as decisões dos juízos de primeiro grau, não poderiam definir, em antecipação, qual o entendimento sobre a questão de direito que será, ao final, adotado? Talvez seja possível extrair essa competência do desenho constitucional de nosso sistema judicial.

Mas ainda que se entenda incabível esta linha de pensamento, há outros fatores que precisam ser ponderados antes que se defenda cegamente a inconstitucionalidade do IRDR por violação à tipicidade das competências constitucionais.

É que há, em nosso sistema, alguns outros institutos, previstos por legislação infraconstitucional e manejados sem muito alarde há bastante tempo, que não encontram fundamento (ao menos não claramente) nas atribuições constitucionais dos tribunais de segundo grau.

Com efeito, parece não haver nas competências descritas na Constituição a autorização para que os tribunais julguem, por exemplo, o incidente de suspeição ou impedimento (art. 146 do CPC/2015)<sup>259</sup>. Também é o que parece ocorrer com o incidente de suspensão de segurança<sup>260</sup>. Há, ainda, o instituto do desaforamento, próprio do processo penal

---

entanto, diversamente do que ocorre naquele incidente, aqui a decisão da controvérsia constitucional vinculará não apenas o julgamento do caso concreto que a provocou, mas também a todos os outros em que a mesma questão estiver sendo discutida (...) A argüição incidental guarda algumas semelhanças com tais institutos, pois também possui uma dimensão subjetiva, já que é suscitada em razão de um caso concreto, e uma dimensão objetiva, pois destina-se à proteção da higidez da ordem jurídico-constitucional” (SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*. 224: 95-116, abr/jun 2001, p. 97-99).

<sup>259</sup> Este exemplo foi referido primeiramente por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, orientador da dissertação que gerou este trabalho. Aluisio também vem defendendo a instauração a partir do primeiro grau, refutando a alegação de inconstitucionalidade ora analisada.

<sup>260</sup> Marcelo Abelha Rodrigues entende que é hipótese de competência hierárquica originária: *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2000, p. 111.

(art. 427, CPP), julgado pelos tribunais, ainda que não haja na Constituição uma autorização clara quanto a esta competência.

Mais a mais, a seguir este entendimento, também poder-se-ia cogitar a inconstitucionalidade da reclamação para os tribunais regionais, prevista clara e expressamente no CPC/2015 (art. 988, IV) e adotada como um dos institutos importantes para a efetividade do “sistema de precedentes” instituído no novo diploma processual, já que isso extrapolaria as competências previstas na CRFB.<sup>261</sup>

Por ora, tendo em vista a clara opção legal, e não declarada a inconstitucionalidade desta previsão pelo Supremo Tribunal Federal, é de se reputar ser legítima a instauração do IRDR a partir de processos em primeiro grau.

#### 4.1.2 Pluralidade de pedidos ou ofícios sobre a mesma questão

É possível que haja mais de um pedido ou ofício requerendo a instauração do IRDR em relação à mesma questão, dirigido ao mesmo tribunal. Neste caso, deverão ser reunidos os pedidos e/ou ofícios para processamento conjunto<sup>262</sup>.

Caso a multiplicidade de pedidos ocorra após a admissão do incidente – o que deve ser excepcional, porque a admissão gera a suspensão dos processos e, por consequência, dos pedidos de instauração do IRDR – haverá a prevenção do órgão que tiver admitido o incidente, devendo lhe ser encaminhados os pedidos e ofícios posteriores para instrução do IRDR.

Também é possível que ocorra a instauração de IRDRs sobre a mesma questão jurídica perante tribunais distintos. Novamente, a extinção do incidente não parece a melhor alternativa, e tampouco será possível reuni-los. Neste caso, se não houver decisão de

---

<sup>261</sup> É verdade que se poderia defender que a competência para a reclamação nos tribunais de segundo grau estaria implícita no sistema e poderia ser extraída por simetria em relação às previsões dos arts. 102, I, “I”, e 105, I, “f” da CRFB, que preveem o cabimento de reclamação ao STF e ao STJ para preservação de sua competência e da autoridade de suas decisões. Mas então será que não se poderia extrair a competência para uniformizar a interpretação do direito a nível estadual ou regional (através do IRDR), por simetria ao *caput* do art. 102, que determina que compete ao STF a guarda da Constituição? Ou ao inciso III deste mesmo artigo, que trata da contrariedade à Constituição? Ou, ainda, ao 105, III, “a”? Claro que esta interpretação não é tão intuitiva como aquela, mas parece que o sistema pode admiti-la.

<sup>262</sup> É o que dispõe o enunciado nº 89 do FPPC: “(art. 976) Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas”.

suspensão nacional, os incidentes tramitarão autonomamente<sup>263</sup>, e as decisões proferidas, se dissonantes, poderão ser uniformizadas pela via do recurso especial ou extraordinário.

O Código prevê, ainda, que o IRDR não será admitido quando já houver sido afetada a mesma questão para julgamento mediante a técnica de resolução de recursos repetitivos pelos tribunais superiores (art. 976, §4º, CPC/2015)<sup>264</sup>.

Nesse caso, pensamos que apenas será inadmitido o IRDR caso já tenha havido decisão de admissão nos tribunais superiores, e não mero requerimento. Por outro lado, caso os tribunais superiores afetem a matéria para julgamento quando já houver IRDR tramitando, parece sensato defender que o incidente fique suspenso, até julgamento do recurso repetitivo.

Pensamos que, nesta hipótese, a extinção do IRDR pode não ser a melhor solução, porque, caso não haja julgamento dos recursos representativos e fixação da tese, ou, ainda, caso o julgamento do STJ ou STF demonstre que o objeto não é exatamente o mesmo, o IRDR pode prosseguir, evitando dispêndio inútil da atividade jurisdicional<sup>265</sup>.

Neste caso de afetação de recurso repetitivo quando já instaurado IRDR, sobressai um aspecto importante, que pode ser um fator que contribua para a qualidade da decisão pelos tribunais superiores. Nestas hipóteses, parece indispensável que o tribunal remeta cópia dos autos do incidente para o órgão julgador do recurso repetitivo e fique disponível para prestar

---

<sup>263</sup> Nesse sentido é o enunciado nº 90 do FPPC: “(art. 976) É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes”. Não obstante, há posicionamentos doutrinários divergentes. Luiz Henrique Volpe Camargo, por exemplo, parece não concordar com a tramitação de incidentes perante tribunais distintos: “se a reprodução de causas com a mesma questão jurídica transcender a competência do tribunal de 2º grau onde o incidente for instaurado em primeiro lugar, não poderão ser instalados outros incidentes em outros tribunais, sob pena de permitir que se concretize o oposto da razão de existir do incidente: o tratamento desigual” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 295).

<sup>264</sup> Nesse sentido: “não é possível consentir com a coexistência de duas técnicas distintas de definição da questão jurídica, sob pena de possibilitar a formação de duas orientações antagônicas, o que seria um contrassenso. Faltará, na verdade, interesse de agir para a instauração do incidente posto que a insegurança jurídica, que é pressuposto do incidente, já estará na iminência de ser extirpada do sistema pela Corte superior” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 287).

<sup>265</sup> Poder-se-ia defender, com alguma razão, a perda de objeto do IRDR e a sua consequente extinção, porque é difícil cogitar uma situação em que não haverá a conclusão do procedimento dos recursos repetitivos, sem a efetiva fixação da tese, até porque a desistência não obsta a decisão (art. 998, parágrafo único). A extinção e perda de objeto nesta hipótese foi, inclusive, proposta contida em um dos enunciados levados à discussão na plenária do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no encontro de Curitiba, entre 23 e 25 de outubro de 2015. Não obstante, não houve aprovação, justamente porque se aventou a hipótese de suspensão e não de extinção, o que demonstra a controvérsia sobre o tema. Por ora, pensamos que, não havendo prejuízo na suspensão, esta deve prevalecer em relação à extinção, notadamente porque há a possibilidade de a decisão final no recurso evidenciar que não se tratava exatamente da mesma questão de direito debatida no IRDR.

informações, para que se possa extrair do debate ocorrido em nível estadual e/ou regional mais subsídios para fixar a tese jurídica nas cortes superiores.

Por fim, a inadmissão do IRDR deve ser estendida para os casos em que já houver tese fixada, evidentemente, a não ser que o novo incidente tenha por objetivo provocar a superação ou revisão da tese anterior.

#### 4.1.3 Instauração do IRDR e juizados especiais: breves comentários

Um dos aspectos mais delicados acerca do IRDR diz respeito aos juizados especiais. Os juizados têm autonomia em relação aos tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais e o órgão hierarquicamente superior é a turma recursal, formada por juízes. Os juizados não estão propriamente no âmbito de circunscrição dos tribunais, para fins jurisdicionais.

Na versão do projeto de lei aprovada pelo Senado, em 2010 (PLS 166/2010) não havia menção aos juizados especiais, que estavam excluídos da sistemática do incidente. O substitutivo da Câmara inseriu previsão que foi mantida na versão aprovada, que dispõe que a tese firmada no incidente será aplicada aos processos repetitivos, “inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região” (art. 985, I)<sup>266</sup>. Embora o CPC não fale sobre a suspensão de tais processos, seria incoerente determinar a aplicação da tese sem o sobrestamento, de modo que, sendo possível a aplicação, deve ocorrer a suspensão<sup>267</sup>.

Não obstante a previsão legal, a doutrina vem controvertendo a aplicação do IRDR aos juizados<sup>268</sup>. Há quem defenda sua inconstitucionalidade<sup>269</sup>, e há quem seja partidário da

---

<sup>266</sup> Luiz Henrique Volpe Camargo foi um dos defensores da inclusão dos juizados no sistema do IRDR, porque o objetivo de resolver uniformemente as questões jurídicas deve ocorrer em qualquer esfera do Poder Judiciário. O autor utilizou como argumento favorável a esta posição a autorização conferida ao juiz para suscitar o incidente, já que, se esta iniciativa fosse exclusiva dos tribunais, se reduziria “a possibilidade de instauração de incidente a partir de questões que se reproduzem nos Juizados Especiais, pois, somente juízes atuam neste ramo do Poder Judiciário” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 288).

<sup>267</sup> Nesse sentido é o enunciado n° 93 do FPPC: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”.

<sup>268</sup> Diversas potenciais incongruências são apontadas em: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014.

<sup>269</sup> Como, por exemplo, Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, que afirmam que “o STF decidiu, diversas vezes, que os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais. Isto é, os juízes que integram os juizados não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais. A suspensão e a imposição vinculativa da tese jurídica aos processos repetitivos em tramitação nos juizados especiais violam o texto

aplicação, alguns afirmando que, nesse caso, o IRDR deve ser processado e julgado pelas turmas de uniformização próprias dos juizados<sup>270</sup>.

Essa solução, embora desvie do problema relativo à vinculação jurisdicional dos juizados aos tribunais de justiça estaduais e regionais, não está imune a críticas<sup>271</sup>. Primeiro porque não parece aconselhável haver dois órgãos diversos, com competências muitas vezes coincidentes, aptos a uniformizar a jurisprudência através do IRDR, porque isso pode resultar na quebra de isonomia que o incidente pretende evitar.

Ainda, caso o IRDR seja instaurado perante órgão de uniformização de jurisprudência do sistema dos juizados, surge outra questão, que diz respeito ao cabimento de recurso especial. Veremos que o CPC prevê o cabimento de recurso especial contra a decisão que julga o IRDR (art. 987), o que é a forma de uniformizar o tratamento da matéria em nível nacional.

Ocorre que não se admite a interposição de recurso especial contra decisões oriundas do sistema dos juizados especiais (arts. 98 e 105 da CRFB e súmula 203 do STJ). Assim, corre-se o risco de criar uma “bolha” para os processos dos juizados, especialmente estaduais, que não poderão atingir uniformização nacional. Quanto aos juizados federais e da fazenda pública, a situação é um pouco diversa, porque estes podem contar com as turmas de uniformização nacional<sup>272</sup>, com eventual manifestação do STJ em caso de divergência<sup>273</sup>.

constitucional” (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, vol. 240, fev/2015, versão digital).

<sup>270</sup> Foram aprovados dois enunciados no Fórum da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), admitindo a aplicação, mas ressalvando que o órgão julgador deverá ser o de uniformização do sistema dos juizados, no seguinte sentido: “21) O IRDR pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais; 44) Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema”. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>.

<sup>271</sup> Aluisio Mendes e Odilon Neto apontam alguns problemas do sistema de uniformização dos juizados: “A primeira deficiência interna diz respeito à própria abrangência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência atualmente existentes, que não alcançam os juizados especiais cíveis estaduais, como adiante haveremos de comentar. A segunda deficiência interna consiste na limitação material imposta pelo legislador aos mecanismos de uniformização de jurisprudência, que não alcançam (...) questões de direito processual, mas unicamente questões de direito material. Por fim, a terceira deficiência, que anteriormente referimos como externa, diz respeito à ausência de instrumentos que permitam a uniformização da jurisprudência dos juizados com os respectivos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, em decorrência do que se faz possível a existência de posicionamentos conflitantes a respeito de um mesmo tema, no âmbito de um mesmo Estado ou Região, sem que haja qualquer mecanismo por meio do qual esse impasse possa ser superado” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 245, jul/2015, versão digital).

<sup>272</sup> Essa questão é abordada por Frederico Koehler, que também menciona a caótica situação dos recursos especiais repetitivos e os juizados. Ver: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014.

<sup>273</sup> Nesse sentido, Aluisio Mendes e Odilon Neto afirmam que a integração entre juizados e STJ “já se faz presente em alguma medida no regramento atual dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da

Não é aconselhável, sob a perspectiva do sistema jurídico e da integridade do ordenamento, desenhar esferas impermeáveis no que se refere aos juizados e aos demais processos. Com efeito, há hipóteses de interseção de competências, o que pode gerar a situação de a parte poder escolher um determinado entendimento, já que a ela compete, em alguns casos, a opção pelo procedimento abreviado.

Há, certamente, um longo caminho até que se estabeleça um sistema coerente de aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas aos juizados, o que se dará precipuamente por construção doutrinária, ao menos até que haja legislação específica sobre o tema, já que o novo Código é praticamente silente<sup>274</sup>.

#### 4.1.4 Decisão de admissão

O pedido ou ofício para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser dirigido ao presidente do tribunal estadual ou regional<sup>275</sup>. Ao presidente

---

Fazenda Pública, na medida em que as respectivas leis (...) preveem que o Superior Tribunal de Justiça integra os respectivos mecanismos de uniformização de jurisprudência. Com efeito, a Lei 10.259/2001 prevê, no § 4.º de seu art. 14, que, em havendo divergência entre o entendimento consolidado na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, este poderá ser provocado a se manifestar e a dirimir a divergência, dando a palavra final quanto à interpretação da questão de direito material controvertida. Dispositivo semelhante está presente na Lei 12.153/2009, que prevê, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a manifestação do Superior Tribunal de Justiça quando houver divergência de interpretação de lei federal entre Turmas Recursais de diferentes Estados da Federação (art. 18, §3.º)". (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 245, jul/2015, versão digital).

<sup>274</sup> Aluisio Mendes e Odilon Costa desenvolveram estudo específico sobre IRDR e juizados, no qual concluem ser “possível sustentar a constitucionalidade da extensão do IRDR aos Juizados Especiais, observada uma interpretação no sentido de que (a) diante de hipótese de competência concorrente entre a justiça ordinária e os juizados especiais, a suspensão e a vinculação estabelecidas a partir do IRDR possam produzir efeitos em relação aos processos em tramitação nos juizados especiais, a partir de incidentes instaurados nos tribunais, estaduais ou federais, conforme o caso, suscitados a partir de processos existentes na justiça ordinária, tal como ocorre na produção da jurisprudência do STJ, sem prejuízo da participação de interessados que tenham processos em tramitação nos juizados especiais; e que (b) diante de hipótese de competência material exclusiva dos juizados especiais ou, ainda, na hipótese de inexistência de IRDR nos tribunais estaduais e federais, quando concorrente a competência, o IRDR possa ser suscitado, instaurado e apreciado no âmbito do próprio Juizado Especial, cabendo a sua admissibilidade e julgamento a um dos órgãos responsáveis pela uniformização da jurisprudência, no âmbito estadual ou regional, conforme o caso, observado o procedimento estabelecido pelo novo Código de Processo Civil, enquanto não regulado de maneira própria por eventual previsão legal específica para os Juizados Especiais” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 245, jul/2015, versão digital).

<sup>275</sup> Alguns autores vêm defendendo a aplicabilidade do IRDR na Justiça do Trabalho e na Justiça Eleitoral, por força dos arts. 15 do CPC/2015 e 982, I e 985, I, que falam em “Estado e região”. Na Justiça trabalhista a aplicabilidade parece ainda mais evidente em razão da Lei 13.015/2014, que institui o sistema de recursos repetitivos naquela seara. Ver: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1427.

incumbirá receber o pedido e encaminhá-lo para o órgão indicado no regimento interno do respectivo tribunal.

O órgão responsável pela admissão e julgamento do IRDR deverá ser um daqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do respectivo tribunal, sendo desejável que tal órgão tenha atuação específica na área da matéria discutida no incidente<sup>276</sup>. Caso se cogite a declaração de inconstitucionalidade de norma, o IRDR deverá ser julgado pelo plenário ou órgão especial, na forma do que preceitua o art. 97 da Constituição da República<sup>277</sup> e arts. 948 e seguintes do novo CPC.

A decisão de admissão será necessariamente colegiada (art. 981 do CPC/2015 e enunciado nº 91 do FPPC<sup>278</sup>) e deverá avaliar a presença dos requisitos de cabimento do incidente. Caso decida que não estão presentes tais requisitos, o juízo de admissibilidade será negativo, mas não há óbice para que o IRDR venha a ser novamente tentado, caso haja mudança em relação aos pressupostos antes ausentes (art. 976, § 3º).

O Código de Processo Civil prevê que o ofício ou petição que provocarem a instauração do incidente deverão ser instruídos com a comprovação dos requisitos de cabimento (art. 977, parágrafo único). Pensamos, todavia, que caso o órgão julgador constate a deficiência em tal comprovação, mas perceba a probabilidade da existência concreta dos requisitos, poderá requisitar a complementação diretamente ao legitimado que atuou ou, ainda, a outros legitimados, em especial ao Ministério Público.

Por fim, cumpre destacar que o Código dispensa o pagamento de custas processuais no incidente (art. 976, §5º), o que é mais um dos aspectos que aponta para o reconhecimento de que em tal procedimento ocorre uma dessubjetivação (ou objetivação) com o objetivo de

---

<sup>276</sup> Pretende-se evitar que um órgão colegiado cuja composição seja majoritariamente de julgadores de câmaras cíveis julgue IRDR relativa a matéria penal, por exemplo. O órgão não basta ser colegiado e ter competência para uniformização de jurisprudência, mas deve haver coincidência em relação à matéria debatida. Nesse sentido, defendemos em estudo anterior que: “a especialização dos órgãos fracionários e a atribuição do incidente para um órgão especializado, como os grupos de câmaras ou seções especializadas, pode significar um avanço orgânico importante no sentido de que os tribunais estejam melhor preparados para o enfrentamento das respectivas matérias, com julgamentos mais aprofundados, céleres e estáveis” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 316). Aluisio Mendes faz interessante abordagem a estrutura e organização do Poder Judiciário e sua relação com precedentes, em: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 27-29).

<sup>277</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>278</sup> Sobre o tema, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o enunciado nº 91, com o seguinte teor: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”.

tutelar o ordenamento jurídico, sua integridade e coerência. Assim sendo, não é possível o juízo negativo de admissibilidade fundado na ausência de recolhimento de verbas.

O juízo positivo de admissibilidade tem importantes consequências e efeitos, dentre as quais destacamos: a) definição provisória do objeto do IRDR; b) suspensão da tramitação dos processos que contenham tal questão repetitiva.

#### 4.1.4.1 Delimitação provisória do objeto do incidente

A decisão de admissão é responsável por identificar o objeto provisório do incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse primeiro juízo, o órgão julgador deverá analisar a questão sob a perspectiva do que lhe foi apresentado no ofício ou petição requerendo a instauração e deverá delimitar sobre o que se refere o incidente, indicando a questão jurídica, os argumentos ou teses dissonantes apresentados até aquele momento e os dispositivos normativos relacionados à controvérsia. Essa primeira análise tem o objetivo de preparar o Judiciário e os cidadãos (litigantes ou não) para o julgamento que está por vir.

Entendemos que a delimitação é provisória porque está sujeita à alteração, que poderá ocorrer na fase de afetação. Na decisão de admissão, o tribunal deverá indicar o que *provavelmente* fará parte do julgamento, o que será um primeiro indicador para a suspensão dos processos e para a afetação e delimitação definitiva do objeto do incidente.

#### 4.1.4.2 Suspensão das demandas repetitivas e possibilidade de distinção e prosseguimento

Admitido o incidente, serão suspensos “os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso” (art. 982, I). A princípio, a suspensão será limitada ao âmbito de jurisdição do tribunal em que se instaurar o IRDR, como se observa da redação do dispositivo legal. Não obstante, a suspensão pode tornar-se nacional, caso requerida aos tribunais superiores art. 982, §3º)<sup>279</sup>, o que cessará após o julgamento no tribunal, caso não seja interposto recurso especial ou extraordinário (art. 982, §5º); ou, ainda, após o julgamento no tribunal superior, caso interpostos tais recursos.

---

<sup>279</sup> Nesse sentido, defendemos que “a suspensão nacional tem como objetivo evitar a tramitação nos demais Estados e regiões de processos que versem sobre a questão que está em julgamento perante um tribunal estadual ou regional, porque é grande a probabilidade de que tal questão seja submetida aos tribunais de uniformização posteriormente, alcançando, então, abrangência nacional. A suspensão nacional também pode ser útil para obstar a tramitação e julgamento de incidentes com o mesmo objeto, perante tribunais diferentes” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 309)

Ainda que a suspensão decorra automaticamente da admissão do incidente, entendemos que não se dispensa a prolação de decisão nos processos pendentes, ainda que “em bloco”, com a respectiva intimação das partes acerca do sobrestamento. Entendemos aplicável, no silêncio das disposições relativas ao IRDR, o art. 1.037 do CPC/2015, parágrafo 8º<sup>280</sup>, relativo ao processamento dos recursos repetitivos.

A intimação tem duas importantes funções: a) possibilita a atuação da parte para comprovar a distinção de seu caso; b) dá efetivo conhecimento à parte acerca da discussão do IRDR e faculta a sua participação no âmbito do incidente.

Com efeito, a intimação permite que a parte exerça o direito de demonstrar que o objeto do IRDR não se refere ao seu caso concreto. A distinção poderá ser requerida por entender a parte que sua situação fática não se assemelha ao fato-tipo descrito pelo tribunal, bem como poderá demonstrar que a questão jurídica problemática em seu processo não é a que está sendo julgada no incidente. Comprovada a distinção, deve ser revogada a suspensão do processo.

O tema relativo à definição do remédio cabível contra a decisão que aplica erroneamente a suspensão a processo distinto ou, ainda, deixa de aplicá-la a processo semelhante, é de extrema importância. Não só é importante demonstrar a recorribilidade de tal decisão, como é necessário identificar qual o recurso cabível<sup>281</sup>.

O novo Código não traz expressamente tal disciplina para o IRDR, mas as regras dispostas para os recursos repetitivos são facilmente aplicáveis nesta sede. Sendo assim, invocando-se a aplicação do art. 1.037, §§8º a 13º<sup>282</sup>, tem-se que será cabível agravo de

---

<sup>280</sup> Art. 1.037. Seleccionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: (...) II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; (...)§ 8º *As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.*

<sup>281</sup> Jaldemiro Ataíde Jr. destaca essa problemática, em âmbito dos recursos repetitivos, demonstrando que os tribunais superiores não vêm admitindo reclamação ou agravo de instrumento, mas apenas agravo interno no âmbito dos respectivos tribunais. Ver: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *As demandas de massa e o projeto do novo código de processo civil*. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 56-57.

<sup>282</sup> Art. 1.037. § 8º *As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.*

§ 9º *Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.*

§ 10. *O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:*

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

instrumento ou agravo interno, conforme a decisão seja prolatada pelo juiz de primeiro grau ou pelo relator, no Tribunal. Conforme já defendemos anteriormente, parece ser recomendável a prevenção do órgão julgador do incidente para apreciar tais recursos<sup>283</sup>.

O correto enquadramento das demandas repetitivas no âmbito de suspensão é fator essencial para que o IRDR seja legítimo. Suspender indevidamente um processo é muito grave, assim como não suspender um processo que será afetado pela decisão no IRDR. Esta hipótese, como já tivemos a oportunidade de afirmar anteriormente, pode ser uma das falhas mais gravosas para esse sistema processual, porque pode significar o alijamento do debate e a consequente deslegitimação da eficácia da decisão sobre a esfera de direitos daquele que era parte em processo que deveria ter sido suspenso mas não o foi, caso isso resulte no cerceamento de sua participação no incidente<sup>284</sup>.

Por isso, talvez a consequência mais importante da intimação da parte acerca do sobrestamento seja a de cientificá-la efetivamente da existência do IRDR, facultando a sua atuação na atividade de definição da melhor tese jurídica. Com efeito, é a partir da intimação que a parte terá possibilidades reais de participar no IRDR e de influir na formação da decisão judicial.

Ainda acerca da suspensão, destacamos a possibilidade de prosseguimento parcial dos processos, relativamente aos atos não afetados pela definição da questão jurídica em julgamento no IRDR.

Havendo cumulação de pedidos, não parece haver óbice para que a suspensão atinja apenas o pedido que será afetado pelo IRDR, bem como eventuais pedidos que mantenham

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator.

<sup>283</sup> Ver: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 309.

<sup>284</sup> Citamos, anteriormente, o exemplo “do processo (homogêneo) que não é suspenso por força da instauração do incidente e prossegue tramitando paralelamente; nesta hipótese, caso seja adotada a concepção restrita de que os “interessados” a que se refere o artigo 983 do CPC são os que tiveram seus processos sobrestados, esta parte não poderá ser ouvida no incidente e, por consequência, não poderá influir validamente na definição da tese jurídica. E, se por ventura for reconhecido o equívoco posteriormente, a ilegalidade será ainda maior: será aplicada ao processo individual uma decisão sobre a qual a parte não teve a menor possibilidade de influência, o que certamente não é escopo do instituto, podendo-se cogitar de vício de inconstitucionalidade, por violação ao contraditório” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 311-312)

relação de prejudicialidade com aquele<sup>285</sup>. O Código de Processo Civil de 2015 admite expressamente a decisão parcial de mérito, ainda que trate do julgamento antecipado parcial (art. 356<sup>286</sup>). Não vemos óbice para que o julgamento parcial seja aplicável também nas hipóteses em que os processos sejam afetados pelo IRDR apenas em relação a algum(ns) do(s) pedido(s)<sup>287</sup>.

Mas a suspensão pode ser parcial também sob a perspectiva dos atos processuais isolados, ainda que tenham alguma relação com o pedido cuja questão comum esteja em definição no IRDR. Embora muitas vezes não vá ser recomendado o prosseguimento da produção probatória, por possivelmente redundar em atividade inútil (caso, por exemplo, possa ocorrer improcedência liminar em razão da aplicação da tese), pensamos que em algumas hipóteses a produção de prova poderá ser exigida, como, por exemplo, nos casos em que seja necessária justamente para fins de distinção do caso em relação à matéria debatida no IRDR<sup>288</sup>.

Por fim, é importante destacar que a suspensão não impede a formulação de pedidos relativos à tutela provisória de urgência, que deverão ser postulados perante o próprio juízo em que tramitar o processo (art. 982, §2º).

#### 4.1.4.2.1 Suspensão da prescrição das pretensões fundadas na questão repetitiva

---

<sup>285</sup> Nesse sentido: “Se, no processo, houver cumulação de pedidos simples, em que cada pedido seja independentemente dos demais (art. 327), pode haver a suspensão apenas parcial do processo, seguindo-se a tramitação em relação ao pedido que não sofre condicionamento da tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme consolidado no enunciado nº 205 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1433).

<sup>286</sup> Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

<sup>287</sup> Essa possibilidade pode ser especialmente importante para o IRDR no âmbito da justiça trabalhista, em que é muito comum a cumulação de pedidos sem que haja necessariamente um vínculo ou relação de prejudicialidade entre eles.

<sup>288</sup> Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o enunciado nº 364, aplicável aos recursos repetitivos e, conforme pensamos, também ao IRDR: “(art. 1.036, §1º). O sobrestamento da causa em primeira instância não ocorrerá caso se mostre necessária a produção de provas para efeito de distinção de precedentes”.

Durante a tramitação legislativa do projeto do CPC/2015, foi inserida uma importante previsão, que determinava a suspensão da prescrição da pretensão fundada na questão de direito afetada para julgamento pelo IRDR, o que ocorreria por ocasião de sua admissão (art. 990, §5º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010).

Não obstante a importância dessa previsão, acabou sendo excluída da versão aprovada do novo Código de Processo Civil. Como mencionamos em estudo anterior, lamentamos a supressão de tal regra<sup>289</sup>, cuja importância já havia sido destacada pela doutrina nas fases iniciais do processo legislativo<sup>290</sup>.

A justificativa para retirar tal previsão do CPC foi que a lei processual não poderia regular matéria afeta ao Direito Civil<sup>291</sup>. Curioso, contudo, que o CPC se imiscui em matérias “não processuais” em diversas outras ocasiões, como, por exemplo, quando prevê a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para a “hipótese de

---

<sup>289</sup> Como mencionamos anteriormente, “a suspensão da prescrição, sobretudo das pretensões não judicializadas até a data de admissão do incidente poderia acarretar efeitos muito positivos para o instituto, para os jurisdicionados e para o próprio Poder Judiciário, evitando a propositura de ações enquanto não definida a tese jurídica, já que o jurisdicionado teria a segurança de que o decorrer do tempo não fulminaria seu direito (alegado). A suspensão da prescrição das pretensões pela admissão do incidente poderia ocasionar duas consequências importantes: a) enquanto estivesse tramitando o incidente, não haveria propositura de novas ações fundada na mesma questão de direito; b) após o julgamento, apenas seriam propostas ações que se alinhassem com a tese jurídica uniformizada, evitando o assoberbamento do judiciário com demandas que seriam protocoladas e imediatamente suspensas. Tal medida possibilitaria que apenas fossem propostas as demandas cujos pedidos fossem procedentes, em vez de se acumularem milhares de processos (suspensos) aguardando decisão (porventura desfavorável), evitando, ainda os custos diretos e indiretos do processo judicial” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 313-314). No mesmo sentido, Marcos Cavalcanti afirma que “a suspensão prescricional poderia contribuir bastante para a diminuição do ajuizamento de processos repetitivos. Os interessados poderiam simplesmente aguardar o resultado do IRDR para decidirem sobre a viabilidade da tese jurídica que eventualmente seria discutida no seu caso concreto” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 447)

<sup>290</sup> Nesse sentido, comentando sobre o projeto, antes da inserção da previsão (posteriormente excluída), Andrea Barbosa e Diego Cantoario afirmam que “o projeto deveria ter trazido a previsão de que para as demandas individuais não ajuizadas até a admissão do incidente, os prazos prescricional e decadencial teriam seu curso automaticamente susgado, apenas sendo retomado (evidentemente, do ponto em que tivesse sido interrompido) depois do julgamento definitivo do incidente. Isso evitaria que milhares de demandantes individuais, apenas por medo de ver perecer suas pretensões, ajuizassem demandas que poderiam nem sequer vir a ser intentadas se tivessem eles a segurança de que, após o julgamento do incidente, o seu direito de ação permaneceria incólume” (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 513).

<sup>291</sup> A justificativa para exclusão desta regra consta do Relatório nº 956/2014, do Senado: “Art. 990, § 5º, do SCD (preceito sem correspondência no PLS e que contempla a suspensão da prescrição no caso de instauração do incidente de demandas repetitivas): convém a sua rejeição, visto que tal matéria é afeta ao Direito Civil e em razão de a suspensão da prescrição perdurar durante a tramitação do processo nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Civil. Não é oportuno inserir, na norma processual, um dispositivo que poderá conflitar com esse dispositivo do Código Civil”.

desconsideração inversa” (art. 133 do CPC/2015<sup>292</sup>), que não tem previsão no Código Civil, que apenas autoriza a desconsideração “direta” (art. 50 do CC<sup>293</sup>). Ou quando altera o regime da evicção e dos direitos dela resultantes em relação aos alienantes, revogando expressamente o art. 456 do CC<sup>294</sup> (art. 1.072, II, do CPC/2015<sup>295</sup>). Por mais que a técnica legislativa não recomende, parece não haver óbice de natureza constitucional para tanto, eis que a competência legislativa para legislar sobre direito civil e direito processual coincide e teria sido respeitada no caso (art. 22, I, da CRFB<sup>296</sup>).

De todo modo, a relevância de previsão neste sentido está sendo evidenciada pela doutrina<sup>297</sup>, que vem apresentando algumas propostas sobre esta problemática.<sup>298</sup> É possível que essa questão venha a ser regulada posteriormente.

#### 4.1.5 Importância da publicidade e divulgação do incidente

Admitido o incidente, deve haver ampla divulgação e publicidade acerca do IRDR, com registros nos bancos de dados dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça (art. 979).

---

<sup>292</sup> Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. (...) § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

<sup>293</sup> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

<sup>294</sup> “Art. 456. Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, *ou qualquer dos anteriores*, quando e como lhe determinarem as leis do processo” (grifo nosso).

<sup>295</sup> Art. 1.072. Revogam-se: (...) I - os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

<sup>296</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)

<sup>297</sup> A preocupação com a prescrição das demandas repetitivas é frequente e pode ser observada no enunciado nº 452 do FPPC, que trata da prescrição intercorrente: “(arts. 921, §1 a 5º, 980 e 982) Durante a suspensão do processo prevista no art. 982 não corre o prazo de prescrição intercorrente”. O Fórum havia aprovado um enunciado (nº 206) sobre a suspensão da prescrição das pretensões não judicializadas, quando a previsão ainda constava do projeto de lei: “(art. 990, § 5º da versão da Câmara dos Deputados) A prescrição ficará suspensa até o trânsito em julgado do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>298</sup> Por exemplo, é o que se infere de artigo publicado por Leonard Schmitz e Carolina Falleiros: “o incidente poderia prever a possibilidade de instauração de uma espécie de “fase de prelibação”, em que a parte apresentasse, numa petição, a pretensão a deduzir em face da Fazenda Pública, cabendo ao juiz de primeiro grau certificar se a solução da futura lide dependerá ou não da questão de direito a ser decidida no incidente. Em caso afirmativo, obstar-se-ia a prescrição, sem que fosse necessário, naquele momento, o ajuizamento de ação apenas para tal fim. Caso, sob sua convicção, o juiz não possuísse elementos para atestar se o futuro processo seria ou não abrangido pelo incidente, caberia à parte, a fim de evitar a prescrição, ajuizar a demanda” (SCHMITZ, Leonard; FALLEIROS, Carolina Teodoro. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (coords.). O novo código de processo civil brasileiro - estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

A publicidade do incidente é um dos seus aspectos importantes, para legitimar a eficácia da sua decisão. É preciso que a sociedade saiba que determinada matéria está sendo debatida para que possa participar e contribuir na formação da melhor tese jurídica<sup>299</sup>.

Para que a divulgação do incidente atinja seus objetivos, parece indispensável que contenha um resumo da questão jurídica debatida e dos dispositivos normativos relacionados, bem como a identificação dos argumentos apresentados, que serão objeto de apreciação pelo Tribunal.

Essa precisa identificação é importante para viabilizar adequadamente o enquadramento dos casos repetitivos, tanto para fins de suspensão, como para permitir a participação e o envolvimento dos afetados. A apresentação dos argumentos em análise é essencial, nesse sentido, para que os sujeitos interessados possam visualizar se possuem novos argumentos com potencial de influir na formação da decisão e, assim, possam participar do debate no tribunal.

A publicidade é importante, ademais, para que não sejam provocados novos IRDRs sobre a mesma matéria, seja no mesmo tribunal ou em tribunais distintos. Neste caso, como visto, melhor será que se peça a suspensão nacional, nos termos do art. 982, §§3º e 4º.

Pensamos que o ideal é que o cadastro seja alterado quando houver movimentações importantes no IRDR, tal como a delimitação definitiva do objeto do IRDR, que ocorrerá na fase procedimental tratada a seguir, bem como a admissão de *amicus curiae* e outros dados relevantes, que possam aproximar a população do Judiciário.

#### 4.2 Segunda fase: afetação e instrução

A segunda fase do incidente, após sua admissão, é a fase que denominamos de afetação. Nesta fase procedimental ocorrem: a) delimitação definitiva do objeto (ou seja, da questão de direito a ser solucionada); b) identificação inicial dos sujeitos processuais do incidente e a delimitação de suas possibilidade de atuação; c) os atos instrutórios, necessário

---

<sup>299</sup> Já defendemos que “Os efeitos do julgamento e definição de uma tese jurídica objeto de demandas seriadas abrangem não só as esferas jurídicas dos detentores do direito objeto de controvérsia, mas geram repercussão social, econômica e também política. A expressiva numerosidade dos sujeitos titulares dos direitos homogêneos, veiculados por meio das demandas repetitivas, mais do que requisito de cabimento do incidente, é a razão que fundamenta a aplicação dos princípios da publicidade e da transparência, essenciais para o bom manejo do instituto” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 306).

para pluralizar o debate sobre o tema. Trataremos de tais etapas, que estão interligadas, nos itens que seguem.

#### 4.2.1 Delimitação do objeto do incidente: estabilização objetiva

A primeira consequência da fase de afetação é a definição definitiva do objeto do incidente. Ou seja, é a delimitação exata da questão de direito a ser solucionada pelo tribunal.

Embora o Código não trate desta questão na disciplina legal do IRDR, algumas regras referentes a esta problemática podem ser extraídas das disposições relativas aos recursos repetitivos. Apesar de não estar claro na lei a existência destas três “fases” (instauração e admissão; afetação e instrução; e julgamento), pensamos que também não há óbice legal para essa construção, que pode significar aprimoramento do regime neste novo instituto.

Assim, entende-se que após o pedido ou ofício para instauração do IRDR, o tribunal proferirá decisão de admissão, que, se positiva, conterà a delimitação *provisória* do objeto do incidente. A partir dessa decisão, o órgão julgador se debruçará na análise da questão, tomará conhecimento da controvérsia e analisará a fundo os argumentos aventados na petição ou ofício que provocou o incidente, bem como demais documentos que o instruíram.

Também após esta decisão, tornar-se-á público (através dos cadastros nos sites dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça) que o tribunal fará a definição da melhor tese jurídica sobre a questão, serão comunicados os juízos inferiores para que haja suspensão das demandas e, ainda, serão intimadas as partes dos processos em trâmite acerca da instauração do IRDR. Espera-se que tais atos iniciais provoquem a participação de tais sujeitos e de órgãos e cidadãos em geral para se manifestar no incidente.

Desse modo, após essa etapa inicial de *preparação*, o órgão julgador, que terá recebido mais subsídios sobre a controvérsia, poderá modificar a delimitação anterior fixando definitivamente o objeto do incidente<sup>300</sup>.

Isso porque, com a situação mais amadurecida, o tribunal poderá verificar que, além da questão de direito definida como objeto do incidente em um primeiro momento, há outras questões relacionadas que devem ser apreciadas conjuntamente. Pode perceber, ademais, que

---

<sup>300</sup> Antonio Cabral entende que “o objeto (mérito) do incidente é fixado pela decisão de afetação” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1439).

há questões que foram inicialmente afetadas e que não precisam (ou ainda não estão aptas) a passar pela uniformização do IRDR.

Neste momento, portanto, poderá dar novos contornos objetivos ao IRDR, o que ocorrerá mediante a decisão de afetação, que “identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento” (art. 1.037, I, CPC/2015).

O objeto do incidente, considerado como a questão de direito afetada para resolução<sup>301</sup>, tornar-se-á estável a partir deste momento, o que exigirá relação de congruência entre a afetação e a posterior decisão de mérito. Essa identificação limitará a questão a ser apreciada pelo tribunal e, por consequência, obstará que sejam proferidas “teses” sobre outras questões diversas<sup>302</sup>.

A vedação a que o órgão julgador fixe tese sobre outras questões que não aquela(s) constante(s) da decisão de afetação expressa a necessidade de se respeitar uma “congruência”, que não decorre, todavia, do “princípio da demanda”<sup>303</sup>. Embora se fale em congruência ou correlação entre a decisão de afetação e a decisão final, no IRDR (ao contrário do que ocorre

---

<sup>301</sup> Quando falamos em objeto do incidente, estamos nos referindo à questão de direito repetitiva que será objeto de apreciação. O termo não invoca, contudo, o conceito de “objeto litigioso do processo”, até porque não é possível estabelecer uma relação de equivalência entre os elementos que caracterizam o objeto litigioso com o objeto do incidente, de modo que seria incoerente falar em pretensão, demanda, pedido e causa de pedir, segundo os conceitos que lhes foram atribuídos por longa e trabalhosa construção doutrinária. A controvérsia sobre a definição do objeto litigioso do processo é uma das mais importantes e complexas do processo, de modo que não parece possível apropriar esse instituto para o IRDR. Desse modo, quando falamos em objeto e em mérito, no IRDR, nos referimos à questão de direito sob apreciação, tão somente. Não se afasta, todavia, a indagação sobre se o objeto do incidente pode ser considerado, em alguma medida, parcela dos objetos (ou mesmo, em alguns casos, dos objetos litigiosos) dos processos repetitivos, o que deverá ser objeto aprofundado em outra sede. Para uma introdução àquela problemática, ver: DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, vol. 34, abr-jun/1984, versão digital.

<sup>302</sup> A versão original do CPC/2015, de 16/03/2015, previa claramente uma regra de correlação, no parágrafo segundo do art. 1.037, que dispunha que “É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1.040, questão não delimitada na decisão a que se refere o inciso I do caput”. Com base nesta importante previsão, Antonio Cabral defendeu que extrapolar o objeto fixado na decisão de afetação poderia levar à invalidade da decisão: “O Código estabelece, portanto, uma regra de correlação entre a decisão de afetação e o julgamento, podendo levar à invalidade da decisão final se extrapolar o mérito do IRDR” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1439). Infelizmente, este parágrafo segundo foi revogado pela lei que resultou do PLC 168/2015, que alterou o regime dos recursos perante os tribunais superiores. Não obstante, pensamos que a necessidade de congruência entre a decisão de afetação e a decisão final de mérito subsiste, porque é um imperativo decorrente do princípio do contraditório, eis que não se pode legitimar uma tese sobre questão em relação à qual não tenha sido oportunizado amplo debate (o que ocorre com a decisão de afetação).

<sup>303</sup> Sérgio Arenhart aponta que “o princípio da demanda (*Verhandlungsmaxime*) associa-se sobretudo ao objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e determinando sobre o que ela deverá incidir” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173). Para o autor, o princípio é justificado sobretudo em razão da disponibilidade do direito das partes e para preservar a imparcialidade do julgador. Importante anotar que o autor propõe uma revisão do princípio da demanda para o processo coletivo (p. 186-195).

nos processos subjetivos) isso não é justificado por uma suposta disponibilidade do direito ou para preservar a imparcialidade do julgador.

Em realidade, o que justifica a delimitação do objeto do incidente e a vedação de fixação de tese sobre questão distinta é, sobretudo, a necessidade de respeito ao contraditório, enquanto garantia constitucional. Com efeito, é uma exigência legal que a decisão do IRDR seja amplamente debatida, que lhe seja dada publicidade e que seja facultado o envolvimento da sociedade na fixação da tese.

Assim, não pode o tribunal afetar para julgamento uma determinada questão, suspender as demandas que tratem desta controvérsia, informar aos juízos e à sociedade que uma determinada matéria vai ser julgada, abrir para manifestação sobre esta questão específica e, ao final, fixar tese sobre ponto diverso. Esta situação configuraria evidente ofensa ao direito ao contraditório e significaria burla ao escopo e ao procedimento previsto na lei para legitimar a abrangente eficácia da decisão proferida no incidente.

A consequência para este raciocínio é que a decisão que extrapolar o objeto do incidente (fixado na decisão de afetação) não será, nesta parte, propriamente “precedente”, porque se presumirá que não houve o debate prévio necessário. Assim, ainda que haja decisão sobre matéria diversa da afetada, entendemos que esta terá efeito meramente persuasivo.

Dizer que a decisão de afetação define e torna estável o objeto do incidente não significa – e nem poderia significar – que não será admitida a apresentação de novos fundamentos, razões e informações sobre a matéria decidida. É natural (e indispensável) que novos argumentos ou “teses” sobre a questão de direito sejam trazidas ao incidente pelos sujeitos que dele participam, inclusive pelo próprio órgão jurisdicional, sempre submetendo-os à manifestação das partes (art. 10 do CPC/2015), porque isso será indispensável para que se possa fixar a melhor solução<sup>304-305</sup>. O que não se admite, contudo, é a alteração *da questão* à qual os argumentos se referem<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> Raciocínio similar era o que norteava a interpretação da atividade exercida no incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 do CPC/73. Sobre este incidente: “o tribunal não interpreta, direta e preponderantemente, as teses divergentes, para, em função dessa interpretação, declarar a que deve prevalecer, mas interpreta a norma a cujo respeito elas divergem. Consequentemente, a interpretação que venha a dar o tribunal pode ou não coincidir com uma das teses divergentes” (ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977, p. 105).

<sup>305</sup> Alguma analogia pode ser feita também com a cognição operada no controle de constitucionalidade. Barbosa Moreira explicita, quanto ao incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 480 do CPC/73), que “dentro dos limites em que lhe caiba apreciar a prejudicial, contudo, é plena a cognição do tribunal, quer no exame da admissibilidade da arguição, que não fica precluso, quer, de *meritis*, no exame da constitucionalidade. Não está o plenário (ou o órgão especial) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato e a determinada regra (ou as determinadas regras) da Constituição, com que o arguente afirma existir conflito. (...) Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a arguição não constitui “pedido” em sentido técnico, e as questões de direito são

Por fim, é importante destacar que a decisão sobre a delimitação definitiva do objeto deverá constar do cadastro dos tribunais e do CNJ, nos termos do art. 979, bem como deverá ser informada aos juízos inferiores. Qualquer modificação no objeto que havia sido estabelecido na primeira decisão (de admissão) deverá ser prontamente atualizada, até porque poderá modificar o âmbito da suspensão das demandas repetitivas. Em outros termos: pode ser que o tribunal tenha que ampliar ou reduzir a suspensão dos processos repetitivos, o que deverá ocorrer prontamente.

#### 4.2.2 Os sujeitos processuais e as possibilidades de atuação no incidente

O Código de Processo Civil não trata, com detalhes, da problemática relativa aos sujeitos processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. Com efeito, sobre o tema, traz apenas algumas diretrizes gerais, que compreendem: a) a previsão dos legitimados para requerer a instauração, ou seja, juiz ou relator, partes em demandas repetitivas, Ministério Público e Defensoria Pública (art. 977); b) a intervenção obrigatória do Ministério Público (art. 976, §2º); c) a oitiva das partes e outros interessados, além de *amici curiae* (o que decorre da interpretação do art. 138), tanto por escrito como mediante sustentação oral (art. 983 e 984, II); e, d) a oitiva de pessoas “com experiência e conhecimento na matéria” em audiências públicas (art. 983, §1º).

Não obstante estas menções aos sujeitos e algumas formas de atuação, a disciplina legal do IRDR é deficitária. Não prevê, por exemplo, critérios para escolha dos sujeitos que deverão conduzir o debate que precede a fixação da tese, os quais devem ser buscados na disciplina dos recursos repetitivos (arts. 1.036 e 1.037), e tampouco dispõe sobre formas efetivas de participação dos que serão afetados pela aplicação da tese em seus processos

---

livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área que lhes toque exercer atividade cognitiva” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47, grifo nosso). Em alguma medida também é possível construir um raciocínio a partir da teoria da “causa de pedir aberta”, aplicável ao controle de constitucionalidade, tanto para ações diretas como para recursos extraordinários, como se observa, dentre outros, do acórdão proferido pelo STF no RE 298.694, DJ 23/04/2004.

<sup>306</sup> Dierle Nunes, comentando sobre a decisão de afetação nos recursos repetitivos, afirma que: “caso o Tribunal Superior amplie o debate, os argumentos não poderão ser interpretados como fundamento determinante (*ratio decidendi*), mas como mera opinião, sem caráter obrigatório (*obiter dicta*)” (NUNES, Dierle. *Comentários aos arts. 1.036 a 1.040*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2328). Pensamos que os debates e os argumentos podem ser ampliados, desde que se refiram à mesma questão de direito. Caso seja decidida outra questão de direito que não a afetada, aí sim pensamos que, nesta parte, a decisão terá meramente como caráter persuasivo, não se aplicando as consequências que constam do art. 985 e as que decorrem do art. 927, III.

individuais ou coletivos. Não prevê requisitos e tampouco limites para a atuação dos sujeitos no incidente.

A despeito do silêncio (ainda que parcial) da lei, não se pode dispensar o estudo e a sistematização sobre tais aspectos, porque essenciais para a aplicação do instituto e para a legitimidade da decisão proferida no IRDR.

É possível que se avenge que o Código não trata de tais questões especificamente na disciplina do IRDR, porque o regramento relativo aos sujeitos processuais está previsto na Parte Geral do Código, em especial no Livro III, que trata não só das partes e procuradores, mas também do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, cujo regramento poderia, então, ser aplicável ao IRDR.

Não obstante, pensamos que nem tudo que se aplica aos sujeitos processuais *em geral* é pertinente aos sujeitos processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas, o que decorre, sobretudo, da natureza objetiva desta técnica processual e do seu afastamento *da lide*.

Desse modo, considerando a tentativa de apresentar um regime adequado e coerente para o IRDR, apresentaremos algumas propostas que pretendem contribuir para a sistematização de *quem são* os sujeitos processuais no incidente e *como* estes podem atuar<sup>307</sup>.

#### 4.2.2.1 Algumas premissas para equacionar o problema da participação no IRDR

Pretendemos apresentar, nos tópicos que seguem, algumas propostas para sistematizar a classificação dos sujeitos processuais e os requisitos e limites para sua

---

<sup>307</sup> As propostas ora apresentadas não são justificadas por mero rigor terminológico. São submetidas à apreciação crítica na tentativa de (melhor) classificar os sujeitos do incidente, tendo sempre em mente a lição de Barbosa Moreira, já citada anteriormente, no sentido de que “dar a cada coisa o seu nome, e apenas este, não é preocupação formalística de quem pusesse acima de tudo o amor pela boa arrumação e pelo impecável polimento do mobiliário dogmático; é esforço que se inspira, principalmente, na compreensão da utilidade que daí se tira para a melhor aplicação do Direito e, portanto, para uma realização menos imperfeita da Justiça entre os homens” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 73-74, grifo nosso). Essa preocupação é robustecida em face de novos institutos, como o IRDR, porque “quando está diante de uma empreitada dogmática inédita, não raro o estudioso procura – por um princípio de economia de meios – *reduzir* o seu novo objeto de conhecimento a categorias jurídicas preexistentes, que já lhe sejam bem conhecidas. A mente humana sempre tende a esse tipo de redução cognitiva facilitadora, porquanto ele eficientemente nos poupa tempo e esforço. Mas a história do conhecimento humano revela que, muitas vezes, essa redução falha” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, p. 247-284 (versão digital). É importante que se diga, apesar de tais alertas, que muito da dogmática aplicável ao processo “tradicional” *poderia* ser aproveitada ao IRDR, o que iria exigir, *necessariamente*, diversas reformulações, com a adaptação do sentido de alguns institutos fundamentais. Optamos, neste estudo, por evitar tanto a redução dos elementos do IRDR a institutos pré-existentes quanto a sua ressignificação, por entendermos que a adoção de uma classificação específica pode ser mais adequada para o bom emprego da técnica processual.

participação no incidente, o que ocorrerá sobretudo nesta fase que denominamos de *afetação e instrução*.

Para tanto, é indispensável tecer algumas considerações sobre institutos relacionados ao tema, como os pressupostos de interesse e legitimidade e o contraditório, com o objetivo de apresentar algumas premissas fundamentais, necessárias à tentativa de equacionamento do problema da participação no incidente de resolução de demandas repetitivas.

#### 4.2.2.1.1 Primeira premissa: inviabilidade de participação direta e pessoal e inadequação da “tradicional” substituição processual

A criação de técnicas processuais que fogem do modelo do processo civil bilateral, como as ações coletivas e os meios de resolução de questões repetitivas, despertam, constantemente, o debate sobre o direito de participação dos sujeitos que serão afetados pelos pronunciamentos judiciais<sup>308</sup>. Com efeito, é frequente a preocupação com o direito ao contraditório nestes meios processuais diferenciados, já que parte-se da premissa de que, em razão da numerosidade de sujeitos potencialmente afetados, nem todos poderão participar diretamente da formação da decisão judicial, ao contrário do que *usualmente deve* ocorrer no processo individual tradicional<sup>309-310</sup>.

Reluta-se a admitir que sujeitos que não participaram pessoalmente da formação da decisão possam sofrer seus efeitos e, sobretudo, que não lhes seja facultada a rediscussão da questão<sup>311</sup>, o que se torna especialmente delicado para estas técnicas, considerando que

---

<sup>308</sup> Nesse sentido, é comum questionar se “a transcendência do conteúdo das decisões judiciais, da forma engendrada por esses novos mecanismos legais de “julgamento por amostragem”, preservaria intacto o contraditório como direito de influência e dever de debate?” (PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios. Tendência de coletivização da tutela processual civil. Revista de Processo. Vol. 185, Jul/2010, versão digital). Do mesmo modo, há certo consenso no sentido de que “quem quer plenitude de participação não pode desejar proteção coletiva de interesses individuais, e vice-versa” (OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: RT, 2014, p. 138).

<sup>309</sup> De acordo com Cappelletti e Garth, o maior perigo “é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 163).

<sup>310</sup> Dizemos que esta participação direta “usualmente deve ocorrer”, porque há diversas situações no processo civil tradicional em que há vinculação sem participação do titular do direito, como ocorre com o adquirente ou cessionário (art. 109 do CPC/2015), com o litisconsorte unitário ausente, entre outras hipóteses. Para exemplos no direito brasileiro, ver: DIDIER JR., Fredie. Litisconsórcio necessário ativo (?), disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>, acesso em 23.04.2015; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. Temas de Direito Processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>311</sup> Comentando sobre as técnicas de resolução de casos repetitivos, Antonio Adonias afirma que “num Estado Democrático, a atribuição de efeito vinculante a um ato normativo pressupõe a sua legitimação, que exige um

vinculação à decisão é um pressuposto necessário para o seu funcionamento<sup>312</sup>, e ainda, que a estabilidade da tese fixada é também um aspecto importante para o sistema.

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<sup>313</sup>. 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<sup>314</sup>.

Para as ações coletivas foram desenvolvidos, tanto no direito comparado como no brasileiro, modelos em que há a escolha (legal ou judicial) de algum ou alguns sujeitos que podem atuar em juízo, representando os ausentes, para que a decisão possa lhes ser aplicável. Esses sistemas são combinados, em geral, com algum modelo de notificação dos ausentes.

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<sup>315</sup>.

---

procedimento em contraditório, com a possibilidade de participação das pessoas que estão sujeitas à sua eficácia” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012, p. 136). Em sentido similar, mas acerca da tutela coletiva, Gustavo Osna afirma que “É preciso que a decisão vincule também os sujeitos que não atuaram em juízo. Eis o embate central da matéria: sujeitar um indivíduo que não participou pessoalmente do processo à imutabilidade e à aplicabilidade da sua decisão” (OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, p. 134-135).

<sup>312</sup> Trataremos da vinculação à decisão quando abordarmos a etapa de julgamento, a seguir.

<sup>313</sup> Leonardo Greco explicita a compreensão acerca do direito ao contraditório, no contexto do processo civil individual. Para o autor, é o princípio “segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, *sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária*. O contraditório é a expressão processual do princípio político da participação democrática, que hoje rege as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, p. 449). O contraditório, neste contexto, compreende a ideia de participação ampla, direta e em condições paritárias.

<sup>314</sup> Por todos, citamos a doutrina de Aluisio Mendes e Roberto Rodrigues, que afirmam que “não haveria como sustentar preservação da garantia do contraditório sem que fossem elaboradas as devidas adequações em suas bases no seio do gênero dos mecanismos processuais de que é espécie o incidente de resolução de demandas repetitivas. Caso contrário, careceria de sustentação teórica a ideia de que decisões proferidas em um processo individual comum pudessem projetar seus efeitos, possivelmente desfavoráveis, a autores ou réus de outras ações individuais com mesmo pedido e causa de pedir, mas que de modo algum integraram aquela relação processual” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil*. *RePro*, vol. 211, set/2012, p. 191).

<sup>315</sup> Não adentraremos na análise do regime de legitimação das ações coletivas. Para uma ampla e completa abordagem do tema, ver: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, além da bibliografia sobre processo coletivo já indicada anteriormente.

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<sup>316-317</sup>. No IRDR, não há quem pleiteie (em substituição) *direito alheio* (art. 18 do CPC/2015)<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Pelo menos não no sentido que este instituto tem para o processo individual ou coletivo. Afinal, é importante pontuar que a substituição processual pressupõe a autorização dada a “alguém, que nem sequer se afirma titular da *res in iudicium deducta*, a exigir do juiz um pronunciamento *sobre direito ou estado alheio*”, ou seja, na substituição “a lei na verdade *substitui* o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, p. 60, 62). Na substituição, se admite que “terceiros, estranhos à *lide*, a *levem a juízo* e a submetam, eficazmente, à jurisdição (...) o *objeto e a causa petendi* da ação do substituto são exatamente os mesmo que se verificam na ação (não exercida) do substituído” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 61, vol. 438, abr/1972, p. 25-27). Assim, há *substituição processual* se houver, em nome próprio, a defesa de um *direito de outrem*. O legitimado ordinário é *substituído* pelo extraordinário na defesa de sua situação jurídica. Pensamos que isso não ocorre no IRDR, que se limita à fixação de teses sobre questões de direito e não pretende tutelar situações subjetivas de quem quer que seja. Assim, a menos que se resignifique a concepção tradicional de “substituição processual”, não parece adequado empregar este instituto no incidente. Demonstraremos, no tópico sobre os sujeitos líderes, que parece haver uma legitimação extraordinária no incidente, embora não na modalidade de substituição processual, porque não há propriamente *substituição* do “titular do direito” (cuja identificação sequer é relevante para o âmbito do IRDR).

<sup>317</sup> Não poderemos nos aprofundar na adequação do instituto da substituição processual para as ações coletivas que visam a tutelar direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Apenas pontuamos que, embora grande parte da doutrina entenda que também aqui o regime é de substituição (como, por exemplo, José Augusto Delgado, ao afirmar, que o que ocorre na ação popular “é, não tenho dúvidas, uma legitimação extraordinária, que, pela sua natureza específica, tem finalidade de preservar os direitos e interesses de toda coletividade”, in: “Aspectos controvertidos da substituição processual”, *Revista de Processo*, jul-set/1987, vol. 47, p. 10), há autores que destacam que essa figura não se aplica, porque não existe “direito subjetivo difuso”, já que “aqui, a *legitimidade para a causa não é retirada da estrutura subjetiva de uma relação jurídica de direito material supostamente afirmada em juízo*. Afinal, não existem o “direito subjetivo difuso” e o correlato “dever jurídico difuso”. Não se trata, enfim, de uma atribuição derivada do direito substancial. Há, na verdade, uma atribuição originária, realizada pelo legislador a partir de critérios de “representatividade adequada”. Há uma imputação objetiva de legitimidade ativa, ou seja, alguém é autorizado a deflagrar e conduzir o processo (o que se assemelha à noção de *legitimatatio ad actum* trabalhada por Antônio do Passo Cabral), sem que esse poder seja “causado” pela titularidade de qualquer situação jurídica ativa no plano material. É o que se chama, na Alemanha, de legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*). Isso faz da figura da “substituição processual” – no que concerne à tutela de interesses difusos – um absoluto *non sense*. Como bem diz Tesheiner, “o titular da ação relativa a interesses difusos exerce função pública. Não há substituição

Mas isso não significa dizer, contudo, que não haverá necessidade de ser criada alguma fórmula que permita, ainda que de forma *ficta*, a participação dos sujeitos que serão, em alguma medida, afetados pela decisão formada no incidente, porque sujeitos à aplicação da tese em suas demandas subjetivas.

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<sup>319</sup>.

#### 4.2.2.1.2 Segunda premissa: contraditório como direito de influência. Participação no IRDR como direito ao *convencimento* e não como necessidade de *consentimento*

Destacada a inviabilidade de participação pessoal e a inadequação da substituição processual nos moldes das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, é

---

processual, mas legitimação autônoma, pela simples razão de que, *tratando-se de aplicação (eventualmente, criação), do Direito objetivo, não há 'substituídos'*". (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital). Para Márcio Mafra Leal, por exemplo, a legitimação para propositura de ações coletivas para defesa de direitos difusos é ordinária: “se ninguém é titular de um direito difuso individualmente, obviamente que o autor coletivo não está na representação ou substituição processual de alguma pessoa concreta (...). O autor coletivo, nesse caso, haure da lei diretamente o poder de agir, sem ter de se referir ou representar qualquer grupo” (LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 63). Ainda que haja tal controvérsia, é possível afirmar que ela não se estende para as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, já que o direito subjetivo é plenamente identificável, de modo que trabalharemos com a premissa de que, nestas ações, há substituição processual.

<sup>318</sup> Eduardo Costa alerta para o equivocado emprego do instituto da substituição processual quando se pretende tutelar preponderantemente o direito objetivo (e também o direito difuso, que o autor compreende como preponderantemente objetivo), porque, para o autor, parte-se de uma *leitura subjetivista que não se aplica adequadamente*: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital.

<sup>319</sup> Erik Wolkart, que desenvolveu dissertação sobre meios de objetivação do processo, aponta o problema: “o regime jurídico do processo atual (o denominado devido processo legal) garante bem o contraditório e, conseqüentemente, o princípio democrático, na jurisdição tradicional. Todavia, *objetivados os feitos para que recebam solução idêntica a partir de decisões-paradigma, constrói-se um 'muro de Berlim' que precisa ser derrubado para que o déficit democrático gerado por tal objetivação não conspurque esse novo modelo que tem lá suas vantagens*” (WOLKART, Erik Navarro. Mecanismos de objetivação do processo. 2011. 242p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 42-43, grifo nosso).

necessário conformar o que se entende por direito à participação e ao contraditório no IRDR. Para tanto, estabelece-se uma premissa importante: deve-se encarar a participação dos sujeitos não pela perspectiva da exigência do seu *consentimento*, mas pelo prisma do exercício do direito ao *convencimento*. Explica-se.

Em vez de exigir a participação pessoal e direta de todos os sujeitos que serão afetados pela definição da tese jurídica, reconhecendo-lhe seu “dia na corte” – o que está ligado a uma ideia de *participação como consentimento*<sup>320</sup>, adota-se uma concepção diferenciada do direito à participação para o IRDR, que se funda no contraditório como direito de influência.

Afinal, a concepção da participação como consentimento está vinculada ao contexto do processo como resolução de conflitos subjetivos, o qual exige a atuação direta do sujeito na resolução de sua *lide*, como manifestação da sua autonomia individual<sup>321</sup>. Essa *personalidade* no exercício do contraditório, além de não ser um direito absoluto<sup>322</sup>, não se adequa ao incidente ora analisado, pela própria natureza da atividade jurisdicional ali exercida.

Aliás, mesmo o consentimento que é exigido em algumas formas de tutela coletiva não se identifica totalmente com a ideia de participação e de contraditório que pensamos ser adequada para o IRDR<sup>323</sup>. Pensamos que nem estes sistemas de consentimento “ficto” são adequados para o incidente, por partirem de premissas distintas, já que, como vimos, a diferença essencial do IRDR para as ações coletivas é que nestas há de fato a tutela do direito subjetivo do sujeito ausente, o que acaba por exigir alguma forma de participação ou consentimento subjetivo/anímico, o que entendemos dispensável no âmbito do IRDR.

<sup>320</sup> Esta ideia é identificada por Alexandra Lahav: “The idea is that results of litigation are legitimate—legally, morally, and especially sociologically—if the participants have consented to them. *Litigant consent requires direct participation in the lawsuit*” (LAHAV, Alexandra D. Participation and procedure. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015, p. 515).

<sup>321</sup> “The consent rationale is based on the dispute resolution model of litigation. The idea that one ought to be able to participate in the resolution of one’s own dispute, the most familiar rationale for participation, is grounded in recognition of individual autonomy. If the purpose of litigation is to resolve cases, it is important that litigants accept that resolution” (LAHAV, Alexandra D. Participation and procedure. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015, p. 516).

<sup>322</sup> Sérgio Arenhart afirma que “em nenhum momento a Constituição da República assegura um direito de acesso pessoal aos Tribunais (...) Na verdade, segundo o texto constitucional brasileiro, desde que se ofereça o acesso à discussão de qualquer lesão ou ameaça a direito perante o Poder Judiciário (e desde que se o faça de forma eficiente, célere e adequada), está atendida a garantia” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 209).

<sup>323</sup> Márcio Mafra Leal trata da representação dos titulares de direitos individuais agrupados por meio de tutela coletiva, demonstrando que há modelos de representação *com* ou *sem* o consentimento dos substituídos. Demonstra que mesmo os modelos que trabalham com o consentimento tem fragilidades, porque operam a partir de “procedimentos de captação da vontade simbólica ou por exclusão” (LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 230), ficando o representado sujeito a uma atitude passiva.

No incidente, o direito ao contraditório é direito à influência<sup>324</sup>, 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, porquanto não haverá direta interferência em sua esfera de direitos e, por conseguinte, no espaço em que devem poder exercer sua autonomia. 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.

A participação aqui é vista, então, como a possibilidade de convencimento, através da apresentação (direta ou indireta) de razões para resolução da controvérsia jurídica<sup>325</sup>. É dispensável, no incidente, perquirir o que o sujeito *quer* ao propor a demanda em que se discuta a questão jurídica.

Essa concepção sobre o direito à participação no incidente é que justifica o fato de que têm direito à manifestação não só os sujeitos parciais de demandas repetitivas, como também o Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídica, e, em especial, órgãos, instituições e pessoas naturais que tenham conhecimento e/ou experiências que possam contribuir para o debate que precede a fixação da tese. Também por isso é facultada a realização de audiências públicas para a oitiva da sociedade civil a respeito da controvérsia jurídica.

Sob esta perspectiva, 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<sup>326</sup>. Não a sua participação

---

<sup>324</sup> Não poderemos nos aprofundar na análise do direito ao contraditório, considerando a delimitação temática do presente estudo. Citamos como referência as ideias apresentadas por Antonio do Passo Cabral, em especial na obra “Nulidades no Processo Moderno”. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, em especial no capítulo III. O autor conceitua influência como “qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso” (p. 114). O autor insere o contraditório no contexto da democracia deliberativa.

<sup>325</sup> Por isso, como veremos em seguida, uma das condições para intervir no incidente deve ser, a nosso ver, a apresentação de novos dados, informações ou argumentos, de modo que a participação seja relevante.

<sup>326</sup> Trabalha-se, em alguma medida, com as ideias apresentadas por Habermas, notadamente as de aceitabilidade racional e de razão comunicativa, as quais foram incorporadas ao discurso jurídico nacional com a função de legitimar decisões cujos efeitos transcendem casos concretos específicos. Cláudio Pereira de Souza Neto aponta

peçoal, mas a sua participação “virtual” no convencimento para fixação da tese, através do teste da aceitabilidade racional<sup>327</sup>.

Sendo assim, no incidente, o contraditório foge à sua concepção tradicional e não pode ser concebido como embate de teses antagônicas, nem como mero direito de informação e reação, voltado à proteção de um direito subjetivo<sup>328</sup>. No incidente, a participação não é facultada apenas aos sujeitos que sofram “prejuízos” com a aplicação da tese<sup>329</sup>.

Assume a condição de direito de influência, que, aqui, expressa-se pela possibilidade de, através da apresentação de informações e argumentos racionais, influir na convicção do órgão julgador e dos demais sujeitos no debate relativo à resolução da questão de direito.

A abertura à participação no incidente, então, é uma manifestação de democracia deliberativa<sup>330</sup>, que legitima a decisão judicial, por conseguinte, a atuação do próprio Poder

que “Habermas ressalta que a racionalidade das pretensões normativas está vinculada à força do melhor argumento. No entanto, para que o melhor argumento possa se impor e obter assentimento generalizado, é mister que os mais diversos argumentos tenham igual oportunidade de chegar à apreciação do decisor e do público que o influencia e critica. Somente o teste do debate público, onde cada argumento é submetido a contra-argumentos, pode dar a força necessária para que o melhor argumento leve a efeito sua força legitimadora” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 297). Apesar de o autor falar em “assentimento”, este termo não é compreendido como consentimento subjetivo ou anímico, mas como aceitação racional pelo “auditório ideal”.

<sup>327</sup> Para tanto, adotamos a ideia de que “quem sempre entra numa discussão com a séria intenção de se convencer de algo na conversa com outra pessoa deve supor performativamente que os envolvidos deixam seus “sim” e “não” ser definidos unicamente pela *coerção do melhor argumento*” (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 254), de modo que o fato de quem é o sujeito que apresenta o argumento não é de maior relevância, importando apenas a resistência às tentativas de refutação racional.

<sup>328</sup> Abordagem interessante sobre a evolução do direito ao contraditório pode ser observada em: PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008. O autor afirma que, até não muito tempo atrás se presenciava a decadência do contraditório, já que, “abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças” (p. 136).

<sup>329</sup> A concepção tradicional do direito ao contraditório trabalhava com a ideia de que apenas situações de vantagem ou desvantagem sobre situações jurídicas subjetivas poderiam justificar a possibilidade de atuação. Por consequência, “o contraditório era franqueado àqueles que poderiam ser prejudicados, o que limitava a aplicação do princípio às partes ou terceiros (sujeitos ‘interessados’)”. Essa visão individualista, que conformou o modelo bipolar de informação e reação levou à construção de que apenas quem sofresse prejuízos diretos (em geral patrimoniais) poderia atuar em processos judiciais (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 104-105). Como veremos, no IRDR, não só é renovada a ideia de “interesse jurídico” para a intervenção, como a participação é franqueada mesmo quando não haja tal interesse.

<sup>330</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto destaca que esta “concepção normativa de democracia, baseada na teoria do discurso, parte da ideia de uma sociedade pluralista, onde a esfera pública é um espaço onde são debatidos assuntos de interesse público e vão se formando as concepções normativas da sociedade”. O autor destaca que a formação da “vontade coletiva” decorre da interação de diversos atores sociais, tanto da maioria como da minoria (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305). Marinoni, por sua vez, trabalha com a ideia de representação argumentativa na atividade jurisdicional, que se exerce mediante a possibilidade de participação na discussão: “se a jurisdição detém a representação argumentativa em benefício da sociedade e em defesa dos direitos fundamentais, mas a representação política está consubstanciada na lei, é necessário que a representação argumentativa supere a representação política. Nessa perspectiva, a democracia não se resume apenas a um

Judiciário<sup>331</sup>. O processo é mais um dos espaços de exercício da democracia na formação de atos estatais, o que é bastante ilustrativo no IRDR<sup>332</sup>.

A justificação da decisão, nesse contexto, assume especial importância, pois demonstrará que a possibilidade de *convencimento* foi exercida, pela interação discursiva e pela pluralidade argumentativa, ainda que não tenha havido *consentimento* através da participação pessoal ou mesmo de teorias de consentimento ficto<sup>333</sup>.

O Estado deve prolatar decisões que tenham potencial de convencer a sociedade, por serem racionais e universalizáveis<sup>334-335</sup>. Assim, a “pluralização do universo de intérpretes”<sup>336</sup>

processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. *Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão, mas também discussão. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. Trata-se de uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como instrumento para a produção de decisões públicas.* Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 165, grifo nosso)

<sup>331</sup> A participação é o elemento democrático deste ato estatal. Como o Poder Judiciário tem, a rigor, um déficit de legitimação em relação aos poderes Executivo e Legislativo, maior ainda deve ser o espaço de debate e, maior o ônus de justificação das tomadas de decisão: “a circunstância de a norma judicial ter de ser fundamentada decorre da necessidade de ter de se dar legitimidade à decisão, dado o déficit de legitimidade ordinária que caracteriza o poder jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 95).

<sup>332</sup> Antonio Cabral destaca a atual feição do direito ao contraditório como direito de influência, destacando que o modelo da democracia deliberativa trabalha com a ideia de legitimidade através do discurso, de modo que “as decisões estatais só podem ser impostas se legitimadas através de instâncias discursivas participativas (...). Por outro lado, as regras do discurso devem possibilitar a higidez deste debate, assegurando a racionalidade e controlabilidade (*testability*) da decisão final (...) Ainda que um consenso não se verifique na prática, a democracia deliberativa se favorece do fato de ter sido a decisão objeto de uma discussão argumentativa pluralista, retirando o indivíduo da condição de súdito (que se submete) para o *status* de ativo coautor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 109).

<sup>333</sup> Alexandra Lahav, em ensaio sobre os motivos para viabilizar a participação no processo, distingue o consentimento da razão pública, afirmando que para que as decisões (sobretudo em litigância de massa) sejam legítimas, devem ser fundadas em razões públicas. Por isso, distingue os dois “modelos” de participação, afirmando que “the emphasis on individual dignity before the court has been traditionally understood to mean that each person is entitled her “day in court.” Waiver of that right by consent is rooted in an autonomy rationale and supported by a view of the courts as institutions committed to private dispute resolution. *But the day in court ideal can also be understood as an expression of and a commitment to an ideal of public reason because the courts are enforcers and articulators of the law. The public reason approach to the right to be heard does not require individual participation, and for this reason, it is a worthwhile way to think about participation in mass litigation (...)*The public reason rationale for participation *requires procedures that set up a robust dialogue*, just as the consent rationale requires procedures that assure knowing consent” (LAHAV, Alexandra D. *Participation and procedure*. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015, p. 536, grifo nosso).

<sup>334</sup> Paula Pessoa Pereira aponta que “a justificação de uma decisão, como resultado de um diálogo argumentativo, somente terá êxito se tiver convencido o seu destinatário imediato (parte no processo) e mediato (a sociedade) que é correto aceitar a interpretação oferecida, ou seja, que a decisão é racionalmente correta, porquanto justificada em termos universalizáveis (...) Do ponto de vista da prática jurisdicional, a razão universalizável exige do juiz um ônus de grande importância, que é o de formular uma justificação específica e expressamente afirmada. A necessidade de objetividade e clareza na construção da proposição normativa universal se faz imprescindível para uma coerência e real previsibilidade do que seja o direito definido pelos tribunais” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir no universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 106-109).

é condição de legitimidade da decisão do incidente, que vai se expressar na fundamentação da decisão judicial<sup>337</sup>.

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”.

4.2.2.1.3 Terceira premissa: interesse e legitimidade como pressupostos processuais desvinculados de relações substanciais. A estrutura multipolarizada do incidente.

Por fim, destacamos uma última premissa, que diz respeito aos pressupostos de atuação no incidente. Não é novidade que o tema relativo à classificação dos sujeitos processuais e aos seus pressupostos de participação nos processos judiciais invoca a análise de dois institutos fundamentais e interligados: o interesse e a legitimidade. Precisaremos enfrentar, então, como tais institutos são compreendidos no IRDR<sup>338</sup>.

No processo civil individual tradicional, interesse e legitimidade são classificados, majoritariamente, como condições da ação<sup>339</sup>, identificadas a partir de dados colhidos da relação de direito substancial litigiosa. Tais requisitos são considerados indispensáveis para a

<sup>335</sup> Aproveitamos, para o incidente, reflexão apontada pela doutrina para as decisões proferidas em controle de constitucionalidade: “seria importante, em alguns casos, principalmente naqueles em que a decisão da corte exija juízos de valor e de fato complexos, buscar-se o ‘discurso ideal’ habermasiano, propiciando maior legitimidade e consenso social” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. A ação civil pública: controle de constitucionalidade em abstrato? Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul), v. 36, 1995, p. 221)

<sup>336</sup> A expressão é de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, inspirados na obra de Peter Häberle, que trata da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Os autores destacam que a “atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre corte constitucional, outros órgãos do Judiciário, Parlamento, governo, comunidade de cidadãos, entidades da sociedade civil e academia” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão eletrônica, p. 581). O raciocínio vale para a interpretação do direito, constitucional ou não, inclusive do que ocorre no IRDR.

<sup>337</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto afirma, com base em Habermas, que “as decisões deverão ser fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador. Nesse sentido, o pensamento habermasiano se aproxima da perspectiva de Häberle, que propugna pela ampliação do círculo de intérpretes da Constituição” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 322).

<sup>338</sup> Essa problemática é extremamente complexa e exigiria um estudo mais completo acerca do interesse e da legitimidade, inclusive no processo civil tradicional. A abordagem ora exposta não tem pretensão de exaurir o tema, mas apenas lançar algumas propostas para compreensão da atuação dos sujeitos no IRDR.

<sup>339</sup> Embora esta seja a concepção majoritária, há quem defenda o fim da categoria. Sobre a problemática, apontamos o debate protagonizado por Fredie Didier Jr., Alexandre Câmara e Leonardo Carneiro da Cunha, respectivamente, nos artigos: Será o fim da categoria ‘condição da ação’? um elogio ao NCPC, *Revista de Processo*, vol. 197, jul/2011, p. 256-260; Será o fim da categoria ‘condição da ação’? uma resposta a Fredie Didier Jr, *Revista de Processo*, vol. 197, jul/2011, p. 261-269; Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr., e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, vol. 198, ago/2011, p. 227-236.

apreciação do mérito<sup>340</sup>, o qual, por sua vez, é compreendido como o pedido identificado pela causa de pedir<sup>341</sup>.

Como a parte *demandada* a partir de uma situação substancial, expondo-a para o Estado-juiz através dos elementos *causa de pedir e pedido*, as condições para o exercício deste direito de demandar – ou condições da ação – são extraídas dessa *situação substancial afirmada*<sup>342-343</sup>. Em síntese, pode-se afirmar que no processo que tutela diretamente direitos subjetivos, a relação de direito material é que define, via de regra, *quais sujeitos* podem atuar no processo e *como* pode se dar essa atuação<sup>344</sup>, o que ocorre pelos filtros do interesse<sup>345</sup> e da legitimidade<sup>346</sup>.

---

<sup>340</sup> Neste momento, limitar-nos-emos a identificar que a concepção adotada majoritariamente no direito brasileiro vigente é a de que as condições são requisitos para obter provimento de mérito, a qual foi difundida, dentre nós, por Liebman. Ver: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1. Há, contudo, diversas críticas à teoria, como as que podem ser observada em: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>341</sup> É essencial perceber que, nosso sistema “identifica mérito com a lide carneluttiana – ou seja, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 250). Para Flávio Yarshell, mérito é o pedido identificado pela causa de pedir, que são, afinal, a exposição da situação conflituosa e o pedido de tutela jurisdicional (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 280). No mesmo sentido, Bedaque explicita que “julgamento de mérito constitui, pois, a resposta ao pedido formulado, o que depende, evidentemente, do exame da causa de pedir” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255). O tema é controvertido, pois para parte da doutrina o objeto litigioso do processo é apenas o pedido. Por outro lado, há quem defenda que os contradireitos também o compõe (ver: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 434). Não poderemos nos aprofundar nesta questão neste estudo. Basta, neste momento, demonstrar que o mérito é vinculado à situação substancial conflituosa e que, por consequência, os requisitos para análise do mérito são buscadas nessa situação substancial.

<sup>342</sup> Por isso, a partir do direito substancial, à luz das afirmações das partes, é que se verifica “a titularidade da *relação jurídica material* – donde se extrai a legitimação ordinária e, a partir daí, eventual legitimação extraordinária (sempre autorizada por lei); e a utilidade da providência pretendida (...) – do que se extrai o interesse processual” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 257). Isso porque o “direito de agir está sempre ligado a uma situação concreta que motiva a intervenção judicial” (FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.129).

<sup>343</sup> A aferição das condições da ação “nada mais é do que um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material ou de dados relevantes colhidos no plano substancial” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 103).

<sup>344</sup> Antonio do Passo Cabral aponta essa circunstância, ao afirmar que: “de regra, as situações legitimantes são identificadas com a própria relação jurídica material que se submete ao Judiciário como objeto do processo” (CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”*: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 39). E isso ocorre não só em relação ao autor e réu, mas também os possíveis intervenientes são identificados a partir do vínculo que suas relações substanciais tenham com o objeto litigioso: “Sob a ótica formal, terceiro é, por exclusão, todo aquele que não é parte; isto é, não é autor, não é réu e não está em contraditório perante o juiz. Mas a compreensão do tema do terceiro vai além do aspecto formal justamente porque, *para saber se e quando ele pode ingressar em processo em que outros figuram, é preciso analisar sua posição na relação de direito material*; o que remete novamente à fonte a partir da qual se extrai a legitimação” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 268, grifo nosso).

Não é difícil perceber, então, que numa técnica processual objetiva, mediante a qual não se pretende tutelar diretamente conflitos subjetivos e que não há *lide*, estes pressupostos não podem ser aplicados sem crítica e detalhada reflexão<sup>347</sup>. Não basta, assim, afirmar que os sujeitos processuais devem ter *interesse* e *legitimidade* para atuar e intervir no incidente, sem que se repense o significado de tais institutos para esta técnica processual específica<sup>348</sup>.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, interesse e legitimidade são *pressupostos processuais* que devem ser aferidos não a partir da demanda (ação exercida) em cada um dos processos repetitivos<sup>349</sup>, mas sim sob a perspectiva de cada ato processual do próprio incidente<sup>350</sup>.

---

<sup>345</sup> Leonardo Greco aponta que “o interesse de agir, *na jurisdição contenciosa, normalmente nasce da lide*. Toda vez em que o autor quer se apropriar de um bem da vida e a sua pretensão é resistida pelo réu, segundo o conceito de Carnelutti, há uma lide, e, portanto, deve aquele postular a satisfação dessa pretensão ao Poder Judiciário. Assim, *é do litígio que nasce o interesse de agir*” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216, grifo nosso).

<sup>346</sup> Barbosa Moreira explicita o conceito de situações legitimantes: “para todo e qualquer processo, *considerado em relação à lide que por meio dele se busca compor*, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídica subjetivas, às quais se costuma chamar *situações legitimantes* (...) *Em regra, a situação legitimante é definida pela própria situação jurídica que se submete ao órgão judicial como objeto do juízo*, vista no seu duplo aspecto ativo e passivo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, p. 58, grifo nosso).

<sup>347</sup> E isso não ocorre apenas nos processos de feição objetiva. A noção clássica das condições da ação também não é plenamente adequada para outras situações em que o objeto do processo não ilustre o clássico conflito de interesses, ou lide. Com efeito, onde não há *crise de direito material*, como nos processos de jurisdição voluntária e nas ações probatórias autônomas, isso sem falar nas possibilidades abertas pela cláusula geral de negociação processual. É relevante ver que Flávio Yarshell, um dos defensores do direito autônomo à prova agora incorporada ao CPC/2015 (arts. 381 a 383), aponta a necessidade de rever as concepções sobre legitimidade e interesse, adaptados a esta realidade, já que no que concerne ao direito à prova, “as coisas se passam de forma ligeiramente diversa, uma vez que não há uma ligação direta, por assim dizer, entre a titularidade desse direito, de um lado, e a titularidade da relação de direito material, de outro; não, ao menos, da forma como isso se passa no direito de ação” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 363). A crítica à lide como “polo metodológico” do processo também pode ser vista em: DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, vol. 34, abr-jun/1984, versão digital.

<sup>348</sup> Neste ponto, vale citar o apontamento de Fredie Didier Jr., que, abordando a categoria dos conceitos jurídicos fundamentais, destacou que apesar de estes servirem para compreensão do direito, não podem impedir o seu conhecimento ou desenvolvimento: “por vezes, o cientista do Direito, apegado excessivamente a um conceito jurídico fundamental, sem perceber a sua obsolescência, simplesmente ignora fenômenos jurídicos que não se encaixam em determinado modelo conceitual (...)” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 52). Não se trata, propriamente, de uma obsolescência de tais pressupostos, que são muito importantes e continuam tendo aplicação fundamental, especialmente no âmbito do processo “tradicional”. Trata-se, no entanto, de refletir sobre a adequação do emprego da concepção tradicional de tais categorias para todas as situações em que há exercício da atividade jurisdicional.

<sup>349</sup> Isso porque “a situação substancial é relevante como pressuposto de alguns atos processuais, mas não todos, e a ela se juntam outros requisitos processuais definidores de situações legitimantes não necessariamente vinculadas a um direito subjetivo ou a uma relação jurídica material” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, et al (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42, grifo nosso). Também neste sentido, Fredie Didier Jr., destaca que é preciso que a análise “do interesse de agir da legitimidade não se restrinja à demanda: é preciso examiná-los ao longo de toda a cadeia processual, tendo em

Significa dizer, em breve síntese, que no IRDR, diferentemente do que ocorre no processo “tradicional”, não há como extrair de uma situação substancial a presunção de legitimidade para a prática de todos os atos do processo que vise a tutelar aquela situação substancial. No IRDR, não há uma legitimação *prima facie* (extraída da posição ocupada em uma relação de direito material) para os atos processuais necessários à obtenção de provimento de mérito (que solucione a crise de dita relação de direito material).

Enquanto no processo tradicional a situação substancial submetida a juízo é que dita, via de regra, a legitimação dos sujeitos para a prática de todos os atos encadeados e coordenados que levam ao ápice da pacificação do conflito, no IRDR a lógica é distinta. Não havendo essa fonte (relação jurídica substancial) de presunção da legitimidade para todos os atos processuais, é necessário perquirir a legitimação para cada ato (ou conjunto de atos) que o sujeito deseje praticar<sup>351</sup>.

Não se quer dizer, com isso, que as situações jurídicas no incidente sejam completamente desvinculadas de relações substanciais e, por isso, de ações exercidas<sup>352</sup>. Como destacamos, o incidente, apesar de ser técnica processual objetiva que não visa à resolução direta de nenhum conflito material, 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

vista cada uma das relações processuais que se formam e que compõem o feixe de relações jurídicas que é o processo” (DIDIER JR., Fredie Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 369). Entendemos, quanto ao IRDR, que os pressupostos de atuação devem ser analisados considerando a relação processual do incidente, e não as relações processuais formadas nos processos repetitivos, desvinculando-se das relações substanciais afirmadas.

<sup>350</sup> Adotamos, como premissa para estudo e desenvolvimento do tema, as ideias apresentadas por Antonio do Passo Cabral, em estudo sobre legitimidade por ato e zona de interesse, conceitos que são cruciais para a proposta ora apresentada. Ver: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). Tutela jurisdicional coletiva. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

<sup>351</sup> Conversando com Fredie Didier Jr. no dia da defesa da dissertação que gerou o presente livro, fomos alertados para o fato de que, para o autor, toda a legitimidade é aferida para o ato, o que não seria uma característica diferenciada do IRDR. Após algumas reflexões, concluímos que a distinção essencial em relação ao processo civil “tradicional” é que neste há uma presunção, uma legitimação *prima facie*, a qual é extraída da situação substancial e, talvez por isso, torne dispensável em muitos casos a aferição da legitimidade de forma segmentada para cada ato processual que o sujeito (partícipe da relação substancial) queira praticar. Talvez a distinção seja, então, que a ausência desta presunção em favor do sujeito torne necessária, no IRDR, a aferição da legitimação ato a ato.

<sup>352</sup> Até porque, como leciona Flávio Yarshell: “o processo, conquanto tenha um relevante valor intrínseco, na medida em que é garantia da legalidade e meio de controle do exercício do poder, é concebido para socorrer os valores consagrados no plano substancial. Por isso, é natural que, *sem qualquer risco de retrocesso ao sincretismo*, o processo muitas vezes considere as peculiaridades da relação material controvertida (...) O estudioso do processo tem o dever de identificar e de refletir sobre as situações de direito material que mais diretamente possam ter relação com os institutos processuais” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39).

diferenciado quanto aos pressupostos de atuação: legitimidade e interesse), há sim um vínculo com questões concretas, como já mencionamos.

Ocorre que, apesar de haver, de fundo, ações exercidas, não são elas que definem necessária e diretamente todas as possibilidades de atuação no incidente, o que faz com que os pressupostos de interesse e legitimidade não possam ser extraídos de uma relação substancial afirmada, como costuma ocorrer. Afinal, prova disso é que, se de um lado o Código autoriza a instauração por sujeitos parciais de demandas repetitivas (art. 977, III), aproximando a atuação no incidente com relações substanciais; de outro, autoriza a instauração por iniciativa do julgador e de órgãos estatais (art. 977, I e II), demonstrando a insuficiência da concepção tradicional sobre tais pressupostos e exigindo outra justificação para a atuação dos sujeitos.

Por isso, no incidente, as possibilidades de atuação não são definidas *a priori* e de modo estável a partir de uma relação jurídica controvertida. Interesse e legitimidade devem ser aferidos a partir da perspectiva de cada ato (ou conjunto de atos) a ser praticado, considerando quem é o sujeito, qual o objeto do incidente e qual a finalidade da atuação, sem desconsiderar a dinamicidade e a mútua implicação e condicionamento das posições processuais<sup>353</sup>.

Esta concepção permite que a atuação no incidente seja dirigida a apenas alguns atos isolados,<sup>354</sup> já que o sujeito poder ter interesse e legitimidade apenas para participar pontualmente<sup>355</sup>, o que parece adequado para um incidente que não visa à proteção de um

---

<sup>353</sup> Para Antonio Cabral, “se a legitimidade é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais, a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais em um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatío ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatío ad actum*). O autor defende que “a situação legitimante, nesse dinamismo, poderia ser analisada sob o prisma das funções e das específicas posições processuais em que praticados atos no processo (ônus, direito, poder, faculdade, etc), ou do complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual”. Do mesmo modo, o interesse deve ser aferido não apenas em relação à demanda, mas “deve atentar para cada módulo ou zona de interesse pertinente ao ato ou conjunto de atos que o sujeito deseja praticar” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). Tutela jurisdicional coletiva. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 41-43, 62).

<sup>354</sup> Nesse sentido, Antonio Cabral afirma que “as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). Tutela jurisdicional coletiva. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 65).

<sup>355</sup> Com efeito, há alguns doutrinadores que adotam, já algum tempo e embora pontualmente, uma concepção de interesse e legitimidade que não parte necessária e exclusivamente da “demanda”, mas como pressupostos para qualquer atuação processual. Calmon de Passos criticava o interesse como condição da ação, já que “o interesse, ou a necessidade de tutela jurídica, não é condição de uma sentença de mérito, nem de uma sentença favorável, mas de qualquer espécie de provimento, mesmo daqueles de conteúdo puramente processual. Fazê-lo, pois, condição da ação, é arbitrário e injustificado. Mais que condição da ação, o interesse, ou necessidade da tutela

direito subjetivo específico, do qual se extraia um ou alguns sujeitos legitimados e interessados, tão-só pela posição que ostentem enquanto titulares de um direito litigioso.

É importante pontuar que essa premissa – de análise dos pressupostos de atuação no incidente a partir de cada ato processual – decorre das construções doutrinárias já apontadas, mas também da legislação. Afinal, há um reforço legal no novo Código de Processo Civil para esta premissa, que é a regra contida no art. 17, que dispõe que: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, em substituição ao art. 3º do CPC/73, que exigia tais requisitos “para propor ou contestar ação”.

Pode-se perceber, então, que o novo Código não vincula a atuação dos sujeitos à ideia de demanda, mas a torna muito mais abrangente ao empregar o termo “postular”, que invoca a categoria de atos postulatórios, que, por sua vez, compreende “todas as petições e requerimentos que as partes dirigem ao juiz para submeter à sua apreciação o exame de quaisquer *questões*”<sup>356</sup>.

Assim sendo, parece possível defender, também sob a perspectiva do regime legal, que os sujeitos poderão atuar no IRDR quando tiverem interesse e legitimidade para o ato específico a ser praticado<sup>357</sup>, o que não estará necessariamente vinculado a uma posição em determinada relação jurídica substancial.

Aliás, a análise da atuação por ato (ou conjunto de atos) é uma consequência da constatação de que o interesse dos sujeitos para a participação no incidente não é uniforme e estático, justamente por não decorrer diretamente de uma posição estável em uma relação substancial. As “zonas” podem exigir, então, atuações com feições diferenciadas.

Por exemplo: a análise que é feita para admitir a prática do ato de instauração não é a mesma da que é realizada para admitir a manifestação dos sujeitos parciais dos processos sobrestados. Para o primeiro ato, o interesse se assemelha ao que é exigido para processos de

---

jurídica, é um pressuposto de todo e qualquer ato processual”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 41).

<sup>356</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 277.

<sup>357</sup> Nesse sentido, já defendemos anteriormente que o art. 17 do CPC/2015, “embora pareça conter singela alteração, reflete fenômeno relevante e inovador. A norma dispõe que o interesse e a legitimidade devem estar presentes não apenas para propor ou contestar, mas para, de forma ampla, postular em juízo. A inovação é significativa na medida em que reconhece explicitamente que a atuação no processo, seja das partes, seja de terceiros, estará sempre vinculada a um mínimo exame de legitimação e interesse para a prática daquele ato processual” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coords). *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11). Também nesse sentido: “A mudança é sutil, mas considerável. Interesse e legitimidade são exigidos para qualquer postulação em juízo, não apenas para a propositura da demanda ou apresentação da respectiva defesa (...). A redação do enunciado também ajuda a entender a dinamicidade das posições processuais. O sujeito pode ter legitimidade para um ato e não ter para outro; pode não ter interesse para algo e tê-lo para outra coisa; pode não ter, originariamente, legitimidade e, tempos depois, essa legitimidade ser adquirida – o mesmo pode ocorrer com o interesse de agir” (DIDIER JR., Fredie *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 342).

caráter objetivo<sup>358</sup>, havendo uma legitimação prevista expressamente em lei, conferida inclusive para sujeitos “imparciais”<sup>359</sup>, enquanto que para o segundo o ato há uma maior aproximação com a pretensão subjetiva do sujeito, já que, ao intervir, este pretende participar da formação da decisão que lhe afetará posteriormente<sup>360</sup>. Essa constatação é essencial, já que a pretensão de atuação do sujeito deve ser analisada tendo em vista as características e efeitos do ato que pretende praticar.

Outra consequência essencial é que a análise dos pressupostos de atuação a partir de cada ato processual (ou conjunto de atos), e não de uma suposta relação substancial conflituosa, permite afastar a estruturação subjetiva do IRDR do modelo bilateral, polarizado, próprio dos processos “tradicionais”<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> A instauração do incidente decorre, basicamente, do fato de haver risco de decisões dissonantes sobre a mesma questão jurídica repetitiva. Por isso, o interesse na instauração está também vinculado à demonstração deste risco de desestabilização da segurança jurídica e da isonomia. Por isso que o interesse, aqui, se aproxima ao que é exigido dos procedimentos de caráter objetivo e se afasta do interesse que decorre da “pretensão resistida”, à semelhança do que ocorre no controle de constitucionalidade e no incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 do CPC/73. Sobre o interesse no controle abstrato de constitucionalidade, Clemerson Clève afirma que “cumprir demonstrar ‘o interesse de agir, mediante a comprovação de que juízes têm decidido contra a constitucionalidade da lei, ou outras autoridades tenham negado a sua aplicação’ (CLÈVE, Clemerson Merlin. Sobre a ação direta de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 2, n. 8, jul-set/1994, p. 42).

<sup>359</sup> A situação legitimante para instauração do IRDR não é necessariamente extraída ou vinculada à posição do sujeito em uma relação jurídica substancial. Por isso, a desvinculação da ideia de “lide” é também o que assemelha o ato de instauração do IRDR com o do incidente do art. 476 do CPC/73, cuja iniciativa também é reconhecida ao órgão jurisdicional. Quanto à instauração do incidente do art. 476 do CPC/73, José de Albuquerque da Rocha aponta a distinção, evitando inclusive o adjetivo “interessado” para se referir aos sujeitos legitimados a requerer ou proceder à instauração do incidente de uniformização: “as normas que compõem o instituto em debate conferem *poderes a um grupo de indivíduos, inclusive alguns estranhos ao litígio, para produzirem um pronunciamento sobre o direito em abstrato*, quando a respeito de sua interpretação houver divergência, enquanto que, na ação e no recurso, as normas adjudicam poderes a *pessoas interessadas* para pedirem uma decisão em relação a um caso concreto, ou a modificação da decisão” (ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977, p. 101, grifo nosso). Aliás, esse afastamento da ideia de “demanda” para o ato de instauração do incidente é o que faz com que o Ministério Público também possa praticá-lo, como já defendia Arruda Alvim Netto acerca do incidente do art. 476 do CPC/73: “A interpretação do direito está intimamente ligada com aquele caráter de segurança jurídica, isto é, interpretar uma lei não é dar uma interpretação qualquer, mas é dar aquela interpretação que deve ser a exata da lei. Ora, a segurança jurídica é fundamental na interpretação da lei. Pois bem, se o Ministério Público é fiscal da lei, como pode ficar manietado exatamente naquilo que é característica exata da fiscalização da lei, isto é, de obter a segurança jurídica” (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de *et al.* A possibilidade de o Ministério Público suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 3, jul-set/1976, versão digital).

<sup>360</sup> Aprofundaremos, nos tópicos que seguem, o interesse para intervenção de tais sujeitos. Por ora, o que queremos pontuar é que os atos a serem praticados no incidente não possuem a mesma “fonte” de legitimação e interesse (uma relação substancial conflituosa – como costuma ocorrer no processo “tradicional”), e que a atuação dos sujeitos é movida por motivos distintos, o que deve ser analisado de acordo com o ato a ser praticado e suas consequências específicas.

<sup>361</sup> Tradicionalmente, o que se observa é uma “polarização da demanda, vinculando estaticamente a atuação dos sujeitos do processo à correlata posição que aquele sujeito ocupa na relação jurídica material” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42).

Como o objetivo, no IRDR, é resolver a *questão de direito* e não a *demanda*, não há o que justifique que tenha que se manter, no incidente, a mesma estrutura bipolar própria dos processos que se desenvolvem em torno da *lide*, muito menos a mesma composição ou simetria dos polos ocupados por autor e réu nas demandas repetitivas originárias ou suspensas (o que terá especial impacto na escolha dos sujeitos condutores, como observaremos a seguir)<sup>362</sup>.

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*<sup>363</sup>.

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

---

<sup>362</sup> Aliás, já é complicado manter a estrutura polarizada em processos “tradicionais” cujo objetivo direto é resolver a “lide”, quando há, por exemplo, intervenção de terceiros ou litisconsórcio, haja vista a possibilidade (e probabilidade, especialmente nos casos de oposição e denúncia da lide) de haver interesses contrapostos no mesmo polo. Diversos exemplos são citados por Antonio do Passo Cabral em: “Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda”. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 50-54. O autor destaca que a criação de zonas de interesse pode ser especialmente relevante “para a solução dos chamados ‘temas de decisão’, parcelas de uma situação jurídica substancial ou pré-questões, situações jurídicas prévias, premissas para a questão principal e que são diversas daquela ligação quase sagrada que a doutrina tradicional faz entre o direito subjetivo (ou a relação jurídica) e as condições da ação” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 66). Ess raciocínio pode ser tranquilamente adotado para o IRDR, em que há a cisão para resolver apenas a questão de direito que se repete em inúmeros processos. Neste sentido, poder-se-ia afirmar, inclusive, que o IRDR visa à solução de um “tema de decisão”, uma parcela de todas as controvérsias *sub judice*.

<sup>363</sup> Eduardo Costa desenvolveu raciocínio muito interessante no que se refere à estrutura subjetiva dos processos que se afastam da lógica subjetivista tradicional, notadamente no que tange à tutela de direitos difusos. Para o autor, “estando entre o processo subjetivo coletivo (em que há sempre duas partes) e o processo objetivo (em que não existem partes), a tutela dos interesses difusos afasta-se da bilateralidade privatista autor vs. réu (ainda bastante presa à visão contratualista da *litiscontestatio romana*) e dá nascimento a processos com uma maior veia publicística e potencialmente multilaterais e/ou multipolares. A depender da natureza das partes e do objeto litigioso, inúmeros participantes – cada um deles encarnando um interesse nele adequadamente representado – podem ingressar no processo para reconhecerem o fim jurídico-institucional invocado na petição inicial, opondo resistência, porém, ao meio de alcance defendido pelo proponente da ação para a concretização da referida finalidade. Nesse sentido, os processos judiciais são assemelhados menos a uma “luta de boxe” e mais a uma “rodada de pôquer” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. Revista de Processo, vol. 244, jun/2015, versão digital, grifo nosso). Esse pensamento pode ser empregado para refletir sobre a estrutura subjetiva do incidente, técnica processual objetiva que, não obstante, é temperada com alguma aproximação com casos e interesses concretos (seja para justificar sua instauração, seja sob a perspectiva do efeito da aplicação da tese às demandas repetitivas).

de linhas argumentativas que por vezes se superpõem e por vezes se afastam<sup>364</sup>. 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<sup>365</sup>.

Com efeito, é possível pensar que para a resolução de algumas questões de direito de natureza substancial, a estrutura no IRDR será muito assemelhada com a das demandas repetitivas. Ou seja, se a própria “demanda” for repetitiva (causa de pedir e pedido homogêneos), provavelmente a estrutura subjetiva do IRDR será uma reprodução daquela formada no processo subjetivo. Pensemos na situação da demanda do correntista X contra o banco Y, pela cobrança indevida da tarifa Z. No IRDR, se a questão for a legalidade da tarifa Z, provavelmente teremos um “polo ativo” composto de correntistas e um “polo passivo” composto de bancos. Por outro lado, se a questão for, por exemplo, de direito processual, como contagem de prazos será impossível extrair da estrutura das demandas repetitivas uma “fórmula subjetiva” para ser seguida no IRDR. Os autores, réus, intervenientes em tais processos podem ter posições convergentes ou divergentes sobre a questão processual, impedindo a reprodução da estrutura bipolar do processo no IRDR.

---

<sup>364</sup> Antonio do Passo Cabral defende a possibilidade de atuação despolarizada, independente de polos processuais pré-definidos e estáveis. Embora tratando principalmente do modelo de processo civil “tradicional” (e não objetivo), o autor aponta que as hipóteses em que essa despolarização é relevante são os casos de atuação de *amicus curiae* e agências reguladoras, que possuem interesses diferenciados dos sujeitos parciais, “bem como para a atuação processual de litisconsortes quando, no âmbito daquela pluralidade de sujeitos, haja interesses contrapostos ou divergências estratégicas” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 36). Como já mencionamos, este estudo é central para o desenvolvimento das ideias aqui expostas, porque também aqui não se pode aplicar o esquema subjetivo tradicional, porque não há lide, há interesse em preservar a integridade da ordem jurídica, há possibilidade de surgimento de inúmeras linhas argumentativas para fixação da tese.

<sup>365</sup> A estrutura do IRDR, sob o aspecto subjetivo, não é bipolar, como costuma ocorrer no processo civil tradicional, vinculado ao conceito de lide, mas também não é linear, concepção adotada para o processo de controle abstrato de constitucionalidade por Cruz e Tucci: “a relação jurídica deduzida no processo judicial reclama, como notório, a participação de um órgão jurisdicional e de duas partes contrapostas (...). A despeito de ser tida como ‘ação’, a relação emergente do exercício desse novel mecanismos constitucional afigura-se linear, ou seja, o processo se constitui apenas com o pedido formulado por um dos legitimados e se encerra com o pronunciamento do Poder Judiciário” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *Revista Justitia*, 55 (163), jul-set/1993, p. 60). A estrutura é multipolar porque admite que sujeitos distintos, com interesses diferenciados, participem na defesa de razões para fixação da tese jurídica.

Assim sendo, as posições que os sujeitos ocupam no IRDR não devem ser justificadas a partir das relações que estes titularizam nas demandas repetitivas<sup>366</sup>. Ao ingressarem como sujeitos no incidente, os sujeitos assumem nova “roupagem” e sua atuação deve ser verificada sobretudo a partir da finalidade do incidente e do encadeamento dos seus atos processuais<sup>367</sup>.

Por fim, é importante notar que a estrutura multipolarizada do incidente (que decorre da ausência de lide como elemento nuclear) conforma o exercício do contraditório, que assume, aqui, características próprias que se afastam da contraposição bilateral de argumentos, como já mencionado. Pensamos que o modelo subjetivo de um processo define, em alguma medida, o que é compreendido como contraditório e como ele é exercido<sup>368</sup>, de modo que, admitindo-se uma estrutura subjetiva multipolarizada, deve-se revisitar como o contraditório ele foi tradicionalmente concebido, nos termos da premissa apresentada no tópico supra.<sup>369</sup>

#### 4.2.2.2 Identificando os sujeitos processuais e as formas de atuação no IRDR

Destacadas as premissas acima, abordaremos, nos tópicos que seguem, propostas práticas para identificar os sujeitos e suas possibilidades de atuação.

---

<sup>366</sup> Antonio Cabral cogita a possibilidade de ser afetada para o IRDR causa em que as partes líderes, embora “litigantes” no processo originário, não discordem quanto à questão comum a ser resolvida no incidente. Apesar de entender que esta situação será excepcional e decorrerá de uma má escolha do processo representativo, tal raciocínio demonstra que a lógica da polaridade estanque que norteia os processos subjetivos tradicionais não faz sentido no IRDR. Ver: (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1442).

<sup>367</sup> Seria possível cogitar que um dos aspectos que corrobora essa visão despolarizada do incidente é a dispensa do pagamento de custas (art. 976, §5º). A dispensa pode ser justificada não só para incentivar o uso deste meio de uniformização da interpretação do direito, mas também porque não é possível falar em *sucumbência* no IRDR, já que não há propriamente vencedores ou perdedores. O pagamento de custas no IRDR, caso existisse, deveria partir de uma outra lógica que não a aplicável no processo “tradicional”.

<sup>368</sup> Por mais que não se possa estabelecer uma absoluta vinculação entre a estrutura subjetiva do processo e o que se entende por contraditório, parece possível afirmar que a polarização conforma, de certo modo, como ocorrerá o direito à manifestação no processo judicial. Em regra, no processo bilateral, o contraditório aparece como contraposição de alegações, sucessivamente. Em uma estrutura multipolarizada, as implicações entre as manifestações dos sujeitos são maiores e mais complexas, e não são dirigidas necessariamente contra uma ou outra alegação, mas em “direção” à questão de direito. Se é verdade que no processo tradicional os argumentos são “postos em teste de resistência à crítica contínua de um número sempre indeterminado e incerto de participantes” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 123), isso é muito mais evidente no IRDR, em que a interação discursiva é (ou deve ser) entre toda a sociedade, na busca pelo poder persuasivo do melhor argumento (que acarretará na tese).

<sup>369</sup> Uma abordagem diferenciada do direito à participação, embora referente aos processos coletivos, pode ser observada em: OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014. O autor destaca, com base na teoria desenvolvida por Robert Bone, que “o raciocínio inerente à coletivização exige que se priorize a eficácia da tutela jurisdicional, deslocando os olhos da participação para o resultado, sendo esta a guia interpretativa que deve se impor” (p. 152).

Pensamos que, no IRDR, a estrutura subjetiva básica é composta dos *sujeitos condutores*, que liderarão o debate para fixação da tese; *sujeitos sobrestados intervenientes*, ou seja, as partes dos processos sobrestados, porque classificados como repetitivos, que venham a exercer seu direito à participação; *amici curiae*, sujeitos que, apesar de não serem partes em processos repetitivos, possuem algum interesse na resolução da questão de direito; *Ministério Público e Defensoria Pública*, cuja atuação decorre expressamente de lei.

Dissertaremos, abaixo, sobre estes sujeitos<sup>370</sup> e suas principais formas de atuação.

#### 4.2.2.2.1 Sujeitos condutores: a escolha de líderes para o debate

O incidente de resolução de demandas repetitivas é um instituto que visa a concentrar o debate sobre uma questão de direito repetitiva, para, depois de analisar todos os argumentos e fundamentos relativos à controvérsia, fixar uma tese jurídica, que será aplicada pelos juízes e tribunais por ocasião do julgamento de demandas em que aquela questão esteja presente.

Por isso, não há dúvida de que um dos atos mais importantes do IRDR é a decisão de afetação, que delimitará exatamente a questão de direito a ser solucionada e selecionará, a partir dos processos repetitivos, os sujeitos que conduzirão o debate.

Como entendemos que o IRDR não julgará diretamente nenhuma “causa”, ou seja, nenhuma demanda propriamente dita, não se trata propriamente de escolher os processos que serão julgados como casos-piloto. Como o IRDR não é processo coletivo, tampouco se trata de agrupar todos os processos.

Trata-se, pensamos, da definição dos 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<sup>371</sup>, sujeitos que conduzirão o diálogo, apresentando argumentos para solucionar a questão.

---

<sup>370</sup> Não se desconsidera que há outros sujeitos no incidente de resolução de demandas repetitivas, como os magistrados e auxiliares da justiça. Tais sujeitos “imparciais” (se é que se pode continuar empregando esta denominação para o IRDR), contudo, não serão objeto deste estudo.

<sup>371</sup> A escolha de líderes em meios processuais destinados a resolver conflitos que se repetem é prática presente no direito comparado. Dissertando sobre o *Musterverfahren*, Antonio do Passo Cabral afirma que: “O Tribunal de julgamento procederá à escolha de um “líder” para os vários autores e outro para os réus, denominados, respectivamente, de *Musterkläger* e *Musterbeklagte*, que serão interlocutores diretos com a corte. Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo

É importante perceber que trabalhamos com a ideia de que a afetação escolherá os *sujeitos condutores* e não as *causas-piloto*. A diferença é sutil, mas importante, porque reforça o fato de que, para nós, o IRDR não julgará nenhuma causa diretamente. Os autos dos processos em que se veiculam as demandas serão analisados para fins de escolher os sujeitos, claro, até porque serão as manifestações constantes dos autos que demonstrarão, a princípio, quais serão os melhores líderes. Mas os processos que veicularem as pretensões subjetivas dos sujeitos selecionados apenas servirão como base, como substrato inicial, a partir dos quais os sujeitos irão reproduzir o debate que ocorrerá nos autos do incidente.

Assim, não haverá o *transporte* dos autos do processo que visa tutelar direito subjetivo para o incidente, mas uma *reprodução inicial*, a partir da qual o incidente ganhará autonomia. Todavia, não ocorrerá simples fotocópia dos processos escolhidos, porque a formação do incidente compreende mais que isso. As manifestações dos sujeitos escolhidos como líderes serão *ponto de partida* (até por terem sido consideradas as mais representativas) para a reprodução da controvérsia no incidente, que passa a ter “vida própria”, passa a ser conduzido pelos líderes, que o conformarão e o adequarão para que haja evolução do debate.

Por isso, para nós, os sujeitos é que adquirem condição especial, como *condutores* do incidente. Trataremos, nos tópicos que seguem, da espécie de legitimação que autoriza essa atuação e, ainda, de critérios que podem ser empregados para a escolha dos líderes.

#### 4.2.2.2.1.1 A legitimação para condução do incidente

O sujeito líder conduz o debate no incidente de resolução de demandas repetitivas, visando ao oferecimento de argumentos para fixação da tese e resolução da controvérsia. É importante perquirir, então, qual a natureza da legitimação que autoriza sua atuação.

---

(*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 135). Sobre a *group litigation order* inglesa: “Embora o processo do GLO não haja representação em sentido estrito (substituição processual), pois todos aderem formalmente ao grupo, há certa delegação de poderes para uma maior racionalização do processo. Com a criação do GLO, e a impossibilidade de que todas as partes participem efetivamente do contraditório, é necessário que o group eleja um lead solicitor que assume a função principal de conduzir o julgado relativo aos GLO issues. Caso isso não seja feito, a Corte pode designá-lo dentre uma ou mais das partes do grupo (19.13(c))” (ROSSONI, Igor. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?. Disponível em: [https://www.academia.edu/271495/O\\_incidente\\_de\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_demanda\\_repetitivas\\_e\\_a\\_introdu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_group\\_litigation\\_no\\_direito\\_brasileiro\\_avan%C3%A7o\\_ou\\_retrocesso](https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avan%C3%A7o_ou_retrocesso), acesso em 31/08/2015).

Primeiramente, é de se afastar a condição de legitimado ordinário, porque o líder não estará atuando *no incidente* na defesa de direito subjetivo que afirme ser titular<sup>372-373</sup>. O sujeito condutor não atua no IRDR na defesa de seu direito, pelos motivos já apontados quando abordamos a natureza do incidente<sup>374</sup>. Ainda que ele seja legitimado ordinário em seu processo individual, ao assumir a posição de líder no incidente ele adquire uma nova condição, que não se assemelha com a tradicional equivalência em relação à posição que ocupa na relação de direito material.

Com efeito, verifica-se a insuficiência da legitimação ordinária para explicar a possibilidade de condução do IRDR também quando se analisa a hipótese em que o Ministério Público a assume (art. 976, §2º). Neste caso, como o órgão não terá formulado pretensão no processo a partir do qual foi instaurado o incidente, sequer se poderia cogitar dessa legitimação (ordinária) para defesa de direito próprio, nem na demanda originária e muito menos no IRDR.

Do mesmo modo, ainda que se pudesse falar que o líder atua na defesa de direito próprio, considerando um interesse indireto que possua na fixação da tese, também a legitimidade ordinária seria inadequada para justificar a posição de líder em relação aos demais, justamente por não explicar o protagonismo que este possui em relação ao debate que irá afetar também outros sujeitos em equivalente situação (os quais deveriam ser, então, também legitimados ordinários – quem sabe até litisconsortes).

Não sendo o caso de legitimação ordinária, parece possível defender que a condição do líder no incidente é a de *legitimado extraordinário*. A legitimação extraordinária

---

<sup>372</sup> Segundo a teoria tradicional, “legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. ‘A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide’ (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 344).

<sup>373</sup> Já apontamos anteriormente a posição divergente de Márcio Mafra Leal quanto à tutela de interesses difusos. Para o autor, há legitimação ordinária para ações coletivas para proteção de tais interesses, porque o autor “age em nome próprio para exigir processualmente o cumprimento de um dever material do réu/devedor”, não sendo relevante a determinação de um titular do direito material. Para o autor, os interesses difusos se definem pela indeterminação dos credores na relação obrigacional. Há a proteção de “determinados bens sem um titular individual específico, mas com muitos interessados no cumprimento da obrigação por parte do réu, por conta da dignidade dos valores consagrados nas normas protetoras desses bens (...). A exigência de se proteger um interesse difuso apenas desencadeia a legitimação ativa, sem que seja necessário conceber aí uma substituição processual, pois o autor pode manejar a ação por direito próprio independentemente dos substituídos. (...) Isso dispensa a existência de um titular concreto (individual ou coletivo) de direito material” (LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 63 e 99).

<sup>374</sup> O que não significa que não haja nenhum elemento que se extraia da relação de direito substancial para aferir a legitimidade. Há, sim, alguma referência à pretensão subjetiva, porque para ser condutor é preciso que o sujeito seja parte em um processo que contenha a questão de direito repetitiva, salvo a hipótese do Ministério Público atuar como condutor na condição de fiscal da ordem jurídica.

contrapõe-se à ordinária, sendo caracterizada, por exclusão, nas hipóteses em que a situação legitimante não é extraída de relação substancial que seja objeto de uma demanda<sup>375</sup>.

Parece que esta é a situação do sujeito condutor<sup>376</sup>. Ele atua no incidente não na defesa de seu direito subjetivo e tampouco na defesa de direito subjetivo de outrem<sup>377</sup>, mas atendendo a uma função que se aproxima do interesse público de dirimir controvérsias que maculem a ordem jurídica, já que, pelo caráter objetivo do IRDR, objetiva-se dirimir a controvérsia acerca de questão de direito e não resolver diretamente um conflito concreto<sup>378-</sup>

379

---

<sup>375</sup> Barbosa Moreira explicita que a legitimação ocorre quando há coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa e a situação legitimante prevista na lei para a posição que essa pessoa se atribui ou pretende assumir. Ensina que, como regra, “a situação legitimante é definida pela própria situação jurídica que se submete ao órgão judicial como objeto do juízo, vista no seu duplo aspecto ativo e passivo”. Ao contrário desta legitimação “ordinária”, ocorrerá a legitimação extraordinária quando “confere a lei eficácia legitimante a situação subjetiva diversa da que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial (...). Quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso contrário, a legitimação diz-se extraordinária” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, p. 59-60).

<sup>376</sup> Este entendimento foi parcialmente reformulado após a defesa da dissertação, em decorrência de questionamentos apontados por Fredie Didier Jr. Havíamos apontado que a legitimação autônoma para condução do processo talvez fosse instituto adequado para explicar esta legitimação, mas, em reflexão mais aprofundada, pensamos ser o caso de legitimação extraordinária, pelos motivos que seguem. Para uma crítica sobre aquela legitimação, ver: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 137-141. Agradeço novamente pela oportunidade de repensar o tema.

<sup>377</sup> E, por isso, como já defendemos no tópico 4.2.2.1.1., entendemos não ser o caso de *substituição processual*, a menos que se reformule o conceito de tal instituto. É verdade que poderíamos equiparar a legitimação extraordinária e a substituição processual, e, como consequência, poderíamos defender que sempre que esta ocorrerá sempre que não houver coincidência entre o sujeito processual e o sujeito da relação substancial, inclusive nos casos em que não haja propriamente a defesa de uma relação substancial. Todas as situações em que o sujeito não estivesse defendendo direito subjetivo próprio poderiam ser enquadrados nesta categoria (inclusive nos casos em que o “titular do direito” fosse um agrupamento humano – ver: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263-264 e 249). Pensamos, contudo, que é melhor reservar a substituição processual (como espécie de legitimação extraordinária) aos casos em que seja possível identificar os substituídos.

<sup>378</sup> Citamos, a este respeito, o posicionamento de Márcio Mafra Leal quanto ao interesse subjacente à propositura de ações diretas de constitucionalidade, o qual se assemelha, para o autor, ao interesse exigido para a propositura de ação civil pública para defesa de interesses difusos (já vimos anteriormente que o autor entende que tais ações têm natureza similar, por concentrarem-se na atuação objetiva da ordem jurídica violada) e, por consequência, se afasta do tradicional interesse de agir para atender direito subjetivo: “o interesse que move os entes legitimados a proporem ações diretas é resumido num ‘interesse público’ ou então, abstraindo-se a noção de interesse, num ‘controle político’ levado a efeito pela Corte Constitucional, eliminando as normas destoantes do sistema constitucional (...). Esse interesse público está disseminado por toda a sociedade que ‘deseja’ ver afastada aquela norma, por confrontar com um texto que encerra os valores citados (...) Vê-se aí um autêntico interesse difuso (...) Por certo deve haver, por trás de uma parte formal no processo do controle de constitucionalidade, um interesse subjetivo real, ainda que diluído, disseminado socialmente e sem um titular específico. O titular é a comunidade (*gemenschaft* de Hesse) que vive a Constituição, ainda que a Constituição seja defendida na ação por uma minoria qualificada, como conceceu Kelsen. Do contrário, a que título se estaria exercendo controle de constitucionalidade? Mero exercício de lógica e de hermenêutica sem um fundamento na preservação de um Estado Democrático de Direito?” (LEAL, Márcio Mafra. *A ação civil pública: controle de constitucionalidade em abstrato? Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul)*, v. 36, 1995, p. 222-223). Seria possível afirmar que o interesse para instauração do IRDR também decorre de um controle político, que visa definir qual a norma mais coerente com o ordenamento jurídico, quando haja controvérsia sobre uma questão de direito (aqui

A situação legitimante para condução do incidente não é extraída necessariamente necessariamente de uma posição assumida em uma relação substancial (que sequer é levada para apreciação no incidente), mas, ao contrário, decorre da lei (ao conferir, por exemplo, legitimação para o ato de instauração para os sujeitos elencados no art. 977, os quais podem ser os escolhidos para conduzir o debate) e do sistema processual (que instituiu um modelo de solução de questões a partir de modelos da controvérsia, o que pressupõe a escolha de alguns sujeitos)<sup>380</sup>. O caráter objetivo do incidente fortalece esse afastamento da legitimação de uma relação jurídica substancial.

É verdade que a lei atribui a condução do incidente, a princípio, para partes dos processos repetitivos, o que evidencia uma aproximação com o direito material (o que poderia sugerir que também aqui a situação legitimante é extraída de uma situação substancial litigiosa). Mas também é verdade que essa aproximação não é equivalente à equiparação (ou ao “espelho” direito material > relação processual) que ocorre na legitimação ordinária, até

---

entendida como a interpretação de um texto normativo, conflito entre textos normativos, enquadramento de uma categoria fática e subsunção à consequência da hipótese normativa), o que afetará difusamente toda a sociedade. Veja que Fredie Didier Jr. também aponta, adotando classificação de Donaldo Armelin, que uma das situações em que se autoriza a legitimação extraordinária é quando há “predominância do interesse público sobre o particular (ex. art. 82 do CDC e 5º da Lei 7347/85)” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 260).

<sup>379</sup> Parece possível estabelecer um paralelo da ideia de legitimação para o IRDR com o pensamento desenvolvido por Eduardo Talamini quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, aventada a partir de uma controvérsia concreta: “mesmo quando amparada na concreta controvérsia estabelecida em processos de índole não objetiva, a arguição estará sendo proposta por alguém não na condição de partes destes processos, e sim como legitimado para o controle direto. Até pode ocorrer que tal legitimado (ou o ente que ele representa) coincidentemente seja parte nos processos em que está retratada a controvérsia, mas sua legitimidade e interesse processual para a arguição independem disso: ele estará propondo a arguição não porque pretende combater ou preparar uma dada decisão em um específico processo, mas porque visa a pronunciamento do Supremo que dê uma solução com eficácia geral e com força vinculante. Ainda que *in concreto* o autor da arguição tenha a intenção de obter determinado resultado em um específico processo, não é tal escopo que se reveste de relevância jurídica. Haverá de ser demonstrada a importância da controvérsia na perspectiva do interesse geral, não restrito a um específico processo” (TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz *et al* (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 23).

<sup>380</sup> Eduardo Costa defende, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, uma legitimação que não se extrai da estrutura subjetiva de relação de uma relação de direito material. Para o autor, há “uma atribuição originária, realizada pelo legislador a partir de critérios de “representatividade adequada”. Há uma imputação objetiva de legitimidade ativa, ou seja, *alguém é autorizado a deflagrar e conduzir o processo (o que se assemelha à noção de legitimatio ad actum trabalhada por Antônio do Passo Cabral)*, sem que esse poder seja “causado” pela titularidade de qualquer situação jurídica ativa no plano material. É o que se chama, na Alemanha, de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis)” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, versão digital). Marcos Cavalcanti, ao abordar o tema, cogita se seria o caso de legitimação ordinária, mas conclui que, como a legitimação para o IRDR independe da relação jurídica de direito material, seria uma hipótese de legitimação autônoma para condução do processo, já que “tendo em vista o caráter coletivo e abstrato do IRDR, o NCPC determina expressamente quem tem legitimação para suscitá-lo com o objetivo de resolver coletivamente as questões homogêneas de direito” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 539). O autor defende ser caso de legitimação concorrente e disjuntiva, admitindo, contudo, a existência de litisconsórcio entre os sujeitos detentores da legitimação autônoma.

porque podem os condutores podem ser quaisquer partes processuais dos processos repetitivos (inclusive assistentes simples, por exemplo), e também porque o próprio Ministério Público (enquanto fiscal da ordem jurídica) pode atuar nesta condição.

Com efeito, caso haja desistência ou abandono da causa que serviu como substrato para instauração do incidente, o então líder poderá ser substituído pelo Ministério Público (art. 976, §1º), preferencialmente, ou por outros sujeitos sobrestados<sup>381</sup>. O MP e também estes outros sujeitos conduzirão o debate a despeito de o incidente não ter sido instaurado *a partir* de seus processos subjetivos, o que reforça a legitimação extraordinária aqui defendida<sup>382</sup>. A legitimação do líder se afasta do objeto litigioso (tanto de sua demanda como das demais reputadas repetitivas)<sup>383</sup>.

Aliás, essa situação da desistência e da substituição do *condutor* demonstra que não há rígida estabilização subjetiva no incidente, sob a perspectiva das posições ocupadas pelos líderes. Assim, embora não seja recomendável a frequente alternância entre os condutores, será possível a substituição, quando for necessária para que os argumentos sejam devidamente apresentados no IRDR. De modo que não só no caso de desistência ou abandono, mas também na hipótese de se verificar que há outros sujeitos mais adequados, deve ser permitida a nomeação de outros condutores<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Embora a lei não trate da substituição por outros sujeitos, mas apenas pelo MP, pensamos que a situação é possível, quando se evidenciar que é necessário para a amplitude do debate.

<sup>382</sup> Apesar de se entender, a princípio, que os sujeitos condutores devam ser as partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, não se afasta totalmente a possibilidade de o próprio órgão julgador (que já tem legitimidade para o ato de instauração), possa também ter legitimação para outros atos que impliquem na condução do debate. Antonio Cabral defende, por exemplo, que quando o incidente tiver natureza objetiva (o que, para nós, ocorre sempre), será possível que o tribunal prossiga no incidente mesmo sem a presença de nenhum condutor: “Se houver “desistência infundada”, e subsistirem justificativas para a solução da questão repetitiva, que surge um poder-dever para o MP conduzir o IRDR. Em tendo havido desistência “fundada”, não há obrigatoriedade, devendo o MP, não obstante, fundamentar o porquê de sua decisão de não prosseguir com o incidente. Neste caso, admitimos que, diante do caráter objetivo da jurisdição do incidente (que nesta hipótese de desistência seguirá o parâmetro do procedimento-modelo), será possível que o tribunal, em decisão fundamentada, prossiga na definição da questão comum *de ofício*, até porque teria iniciativa para deflagrar o incidente (art.977, I)” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1424).

<sup>383</sup> Para Fredie Didier Jr., a divisão entre legitimação ordinária e extraordinária se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso. Por isso, a legitimação extraordinária sequer se enquadra bem como “condição da ação”, por se distanciar do mérito da causa. Ver, a este respeito: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente o capítulo VI.

<sup>384</sup> Antonio Cabral admite esta possibilidade, embora alerte para o fato de que a alteração não pode acarretar no prolongamento excessivo do IRDR: “Estas causas não terão que ser afetadas efetivamente; apenas documentarão o incidente, para que as teses em disputa sejam compreendidas em sua inteireza. Não obstante, nada impede que, em visualizando um ou outro processo enviado, o tribunal decida rever a decisão de afetação, modificando as causas de referência. Neste caso, deve-se atentar para o estágio da tramitação do IRDR, evitando que o procedimento se prolongue indefinidamente” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1439).

Não se afasta, ainda, a possibilidade de haver *condutores por ato*, o que parece pertinente com a premissa por nós adotada, de um sistema que trabalha com a análise dos atos processuais (ou conjunto de atos) de modo desvinculado ao direito substancial. Assim, essa análise pode permitir que se conclua que alguns sujeitos assumam o protagonismo em algumas etapas e outros noutras, como é o caso, por exemplo, da nomeação ou escolha de líderes especificamente para o ato de sustentação oral<sup>385</sup>, e, sobretudo, da escolha de líderes específicos para a fase recursal<sup>386</sup>.

A lei prevê uma fórmula geral de legitimação extraordinária para condução do incidente, que é complementada, em concreto, pela atuação judicial, que escolhe e afeta alguns sujeitos para a condição de líderes. No item que segue trataremos de alguns possíveis critérios para a escolha de tais sujeitos.

#### 4.2.2.2.1.2 Reflexões iniciais sobre os critérios para a escolha dos líderes: pluralidade de perspectivas argumentativas

É preciso, dentre os sujeitos legitimados, escolher alguns que protagonizem o debate no incidente acerca da questão de direito. A existência desta figura, que concentrará o exercício do contraditório (embora sem deter a exclusividade no seu exercício), é essencial para que essa técnica possa ser empregada de modo efetivo e para legitimar a decisão perante toda a sociedade, notadamente perante os sujeitos sobrestados.

O tema relativo à escolha de tais sujeitos é de especial importância e vem recebendo atenção da doutrina, que critica a ausência de critérios legais<sup>387</sup>, e, em alguns casos, apresenta

---

<sup>385</sup> Já defendemos, em artigo anterior, a possibilidade de escolha, “por ocasião da sustentação oral, de um ou alguns interessados como representantes dos demais, que poderiam concentrar os argumentos em uma ou algumas manifestações” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 318).

<sup>386</sup> Trataremos dessa possibilidade no capítulo que analisa a interposição de recursos no incidente.

<sup>387</sup> Igor Rossoni afirma que “outro aspecto que deixou o projeto a desejar é no concernente à adequada escolha do líder e à participação dos interessados no procedimento-modelo perante o Tribunal. Pela redação do art. 902, caput, §§ 1º e 2º, partes no incidente são as mesmas do processo original, o que, talvez, acarrete em uma não-adequada representação dos interesses dos demais envolvidos” (ROSSONI, Igor. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?. Disponível em:

[https://www.academia.edu/271495/O\\_incidente\\_de\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_demanda\\_repetitivas\\_e\\_a\\_introdu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_group\\_litigation\\_no\\_direito\\_brasileiro\\_avan%C3%A7o\\_ou\\_retrocesso](https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avan%C3%A7o_ou_retrocesso), acesso em 31/08/2015). No mesmo sentido: “É de perplexo apontamento que não haja controle da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que não nos moldes das *class actions* norte-americanas, ao menos conforme proposto na doutrina nacional” (ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil*, PLS nº 166/2010. Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP. São Paulo, 2010, mimeografado).

propostas para auxiliar nessa importante atividade<sup>388</sup>. Tentaremos, sem pretensão de exaurir o tema, apresentar alguns elementos que possam auxiliar na definição de critérios para escolha dos líderes.

A atividade da doutrina e da jurisprudência nesta seara será de especial importância, até porque, a despeito da importância do tema, o Código silencia quando trata do IRDR. Não obstante, estabelece algumas regras no regime dos recursos repetitivos, as quais podem ser aplicadas ao incidente, com as devidas modificações, por ser técnica do mesmo microsistema<sup>389</sup>.

Para os recursos repetitivos a lei dispõe que a decisão de afetação deverá selecionar no mínimo dois processos, que sejam admissíveis, com *abrangente argumentação e discussão* sobre a questão analisada<sup>390</sup>. Dispõe ainda que, embora a escolha inicial caiba aos tribunais de justiça ou regionais, o tribunal superior não fica vinculado, podendo selecionar outros processos<sup>391</sup>.

Há, assim, um critério que pode ser extraído para a escolha dos líderes no IRDR: a abrangência e profundidade dos argumentos apresentados em seus processos originários em torno da questão de direito.

Com efeito, para que se possa trabalhar com a ideia de que no incidente há a reprodução da controvérsia, e que, por isso, é como se a discussão concentrada no incidente

---

<sup>388</sup> Sobre o tema, há detalhada abordagem em: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, p. 201.

<sup>389</sup> A Lei, quando trata da escolha dos recursos repetitivos, trata da seleção de *recursos* e não de *sujeitos*, o que poderia ser fundamento para questionar o nosso entendimento sobre a escolha de sujeitos condutores para o IRDR. Não obstante, pensamos que é possível manter o posicionamento, especialmente porque, por não analisarmos os recursos repetitivos neste trabalho, não pudemos enfrentar a natureza e o desenho estrutural desta técnica. Alguns autores vêm apontando, contudo, desde o regime do art. 543-C do CPC/73, que se trata de técnica que julga a causa-piloto (como, por exemplo, Antonio Cabral, em: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.417), e, então, julga o caso concreto, até porque nos recursos excepcionais já se trabalha apenas com “questões de direito”. Essa (possível) distinção entre a natureza das técnicas processuais permite, então, a construção de institutos diferenciados, embora aproveitando algumas construções dos RR para o IRDR.

<sup>390</sup> É o que consta do art. 1.036, §§ 1º e 6º: Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá *afetação para julgamento* de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal *selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia*, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. (...)

§ 6º Somente podem ser selecionados *recursos admissíveis* que contenham *abrangente argumentação e discussão* a respeito da questão a ser decidida.

<sup>391</sup> Art. 1.036. § 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. (...) § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

tivesse ocorrido em todos e cada um dos processos repetitivos<sup>392</sup>, é preciso escolher sujeitos que possam transpor o máximo de razões para o incidente, para apreciação do julgador<sup>393</sup>.

O que justifica, portanto, que alguns sujeitos sejam pinçados para atuar no incidente é a exigência constitucional de respeito ao contraditório, o que no IRDR será exercido de (preponderantemente) de forma concentrada. O fato de a tese jurídica ser aplicada posteriormente às demandas repetitivas exige que se crie um mecanismo para que essa aplicação seja legítima, sob a perspectiva do respeito à potencial influência (racional) dos sujeitos afetados sobre o tema a ser decidido. O líder é, então, o sujeito que leva as razões à apreciação do tribunal e, com isso, exerce o direito ao contraditório. A participação dos demais sujeitos considera-se exercida, conquanto o direito ao convencimento tenha sido respeitado.

Desse modo, será relevante escolher sujeitos que possam apresentar tantas *perspectivas argumentativas* quantas forem possíveis para solucionar a controvérsia jurídica<sup>394-395</sup>, identificando quais sujeitos terão a melhor potencialidade de influência através da apresentação de argumentos sobre a questão de direito submetida à resolução no IRDR.

Em realidade, os sujeitos condutores devem ter as melhores condições não só de apresentar os fundamentos jurídicos a serem apreciados para fixação da tese, mas exercerão

---

<sup>392</sup> Neste sentido: “a resolução que se dê à questão jurídica na ação paradigmática repercutirá em todas as demais, *como se a discussão que lá se travou tivesse sido travada ao mesmo tempo em cada uma dessas ações*”, como se o incidente fosse “*polo sintetizador da controvérsia e difusor da resolução única, geral e vinculante proposta*”. E o tribunal, por sua vez, se convertesse, de um só golpe, no juízo universal daquela discussão” (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 491-492 e 508, grifos nossos).

<sup>393</sup> Porque, como aponta Antonio Cabral: “Definir uma tese em decisão paradigmática sem tomar em consideração um grupo mais completo dos fundamentos da pretensão e da defesa que comumente são encontrados nos processos repetitivos traz um duplo risco. Por um lado, a solução do incidente pode revelar-se equivocada porque justamente um daqueles argumentos não compreendidos no processo-teste poderia conduzir o Tribunal a uma conclusão diversa. E a decisão do incidente pode também ser menos eficiente, seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, versão digital).

<sup>394</sup> O termo é empregado por Marinoni, em relação à análise da repercussão geral por amostragem, e parece se adequar ao incidente. O autor afirma que: “a controvérsia deve ser apresentada mediante recursos que abordem a controvérsia constitucional em *tantas perspectivas argumentativas quantas foram possíveis*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, 478, nota de rodapé n. 18, grifo nosso).

<sup>395</sup> Erik Wolkart defende que a escolha deve recair no “potencial argumentativo”. Embora o autor trate do tema dos recursos, a ideia também é aplicável ao IRDR: “se o órgão ‘a quo’ deve destacar apelos ‘representativos da controvérsia’, então parece-nos que o realce paira sobre o *potencial argumentativo* de cada recurso. Destarte, o órgão eleitor deve privilegiar as peças mais robustas – assim entendidas as que melhor arrolaram argumentos pró e contra repercussão geral, analisando para tanto as razões e as contrarrazões recursais” (WOLKART, Erik Navarro. Mecanismos de objetivação do processo. 2011. 242p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 28, grifo nosso).

outra função essencial, que diz respeito à reconstrução da situação fática no incidente. Com efeito, resgatando o que foi defendido sobre emprego do raciocínio tipológico no incidente, é possível afirmar que os sujeitos condutores deverão atuar para extrair e descrever o *modelo* da situação fática, a partir de situações concretas, recompondo o fato-tipo a partir dos elementos homogêneos. Essa atividade é tão importante quanto a defesa de bons argumentos.

Adentrando nas diretrizes para escolha dos líderes, parece possível defender que<sup>396</sup>: a) tais sujeitos serão escolhidos a partir de processos em que tenha havido amplo exercício do contraditório, eis que as manifestações aqui apresentadas servirão como *ponto de partida* para o debate no incidente. Quanto mais debate tenha havido no processo originário, quanto mais profundos e diversos argumentos tenham sido apresentados, melhor para a cognição e julgamento a ser realizado no incidente, devendo ser este um parâmetro inicial relevante para escolha, até porque o sujeito deverá transpor os argumentos aventados na sua demanda para o IRDR<sup>397-398</sup>; b) a escolha do sujeito deve levar em consideração características de natureza subjetiva, que atestem a possibilidade de tais sujeitos (e de seus advogados) conduzirem o

---

<sup>396</sup> Aderimos, neste ponto, à proposta de Antonio Cabral em relação aos critérios para escolha, com a ressalva de que, enquanto o autor fala em escolha de causas, pensamos na seleção de líderes, o que importa em algumas modificações na forma de aplicação de tais critérios. Ver: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, versão digital, e CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1437-1438).

<sup>397</sup> Afinal, como explica Antonio Cabral: “em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, versão digital). Para Antonio Cabral, este requisito da amplitude do contraditório poderá ser aferido a partir dos seguintes critérios: “(a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência de restrições à cognição e à prova”. O autor também destaca a importância de processos que contenham decisões que enfrentem os argumentos trazidos pelas partes, dando preferência, portanto, para decisões bem fundamentadas. Concordamos com o autor ao eleger estes critérios e pontuamos que, apesar de o incidente poder ser instaurado a partir do primeiro grau, quando houver processo tramitando no tribunal em fase recursal que trate da mesma matéria, é provável que este seja melhor para servir como base para o incidente, justamente pelo fato de ter havido decisão a respeito do tema controvertido. Isso também deve ser ponderado para a escolha do sujeito, portanto.

<sup>398</sup> Erik Wolkart defende que devem ser escolhidos processos monotemáticos, preferencialmente, do que processos que contenham outras discussões que não sobre a questão afetada: “já que se vai tomar decisão em caráter objetivo, com influxo direto sobre múltiplos processos sobrestados – quiçá em todo país – melhor que se faça a partir da questão isolada, sem a influência de outras, adjacentes, turbadoras do tema repetitivo. Recursos politemáticos só devem ser escolhidos na inexistência de recursos monotemáticos em número e de qualidade suficientes para preencher toda a extensão da controvérsia” (WOLKART, Erik Navarro. *Mecanismos de objetivação do processo*. 2011. 242p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 112). O autor trata dos recursos repetitivos, mas o raciocínio se aplica para o IRDR.

debate, o que pode ser analisado a partir de sua atuação no processo originário e mesmo no ato de instauração do incidente<sup>399</sup>.

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<sup>400</sup>, não sendo possível simplesmente transpor os critérios de um para outro<sup>401</sup>.

Com efeito, tratando-se de um debate que visa à resolução de uma questão de direito para fixação do entendimento que melhor dê coerência e unidade ao ordenamento jurídico, diversas questões que são importantes para as ações coletivas (e, portanto, para a escolha do representante adequado) ficam prejudicadas no incidente.

No IRDR, não será relevante perquirir a “vontade” do grupo, porque sequer é possível (ou mesmo necessário) identificar um grupo, já que a autonomia individual, que se

---

<sup>399</sup> Antonio Cabral combina o critério objetivo da amplitude do contraditório, com um requisito subjetivo, que denomina de “pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário”. Como o autor trabalha com a ideia de escolha de processos, defende que se deve dar preferência para aqueles que possuam pluralidade de partes e realização de audiências públicas. Além disso, quanto à representatividade, defende a escolha de processos coletivos aos individuais e, dentre estes, os movidos por Ministério Público ou Defensoria Pública aos movidos por associações (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, versão digital). Como partimos da premissa de que os sujeitos é que serão selecionados, estes requisitos merecem ser adaptados. Assim, pensamos que o critério subjetivo deve servir para atestar a capacidade do sujeito de conduzir o debate, o que deverá ser avaliado pela sua atuação no processo originário, evitando-se a seleção de sujeitos que tenham, por exemplo, deixado de praticar atos processuais nos respectivos prazos ou tenham atuado com desídia ou má-fé. Por outro lado, concordamos com o fato de que o autor de processo coletivo deve ter preferência em relação ao autor de processo individual.

<sup>400</sup> Este requisito foi transportado para o direito brasileiro pela doutrina, a partir da construção do direito norte-americano. Não aprofundaremos na sua análise. Há farta bibliografia sobre o tema, da qual indicamos: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, vol. 209, jul/2012; BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, nº 82, abril/jun 1996; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Ano 17, nº 66, abr/jun 2009; GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *RePro*. nº 108, out/dez 2002; NEGRÃO, Ricardo. *Ações Coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004; ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015. Basta mencionar, para os fins deste estudo, que a representatividade adequada é aferida em relação à parte e seu advogado e compreende a análise da capacidade e idoneidade destes (sob a perspectiva técnica, cultural, financeira, de experiências anteriores) para conduzir a ação coletiva em nome do grupo, além de exigir que não haja conflito entre os membros substituídos.

<sup>401</sup> Não se aplica a mesma concepção, porque a representatividade adequada da tutela coletiva pressupõe que a *vontade* manifestada pelo líder será a *vontade* dos demais sujeitos ausentes, “como se fosse uma espécie de *longa manus* da classe” (CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Selecionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 340). Por isso é que se fala que os ausentes terão seu “dia na corte” e por isso que não se admite conflito interno entre a classe, sob pena de o sujeito líder perder a “representação”.

liga a posições subjetivas e disposição de direitos, tem pouca (ou nenhuma) influência para dirimir a controvérsia jurídica. Em realidade, sequer se exige a existência de uma classe propriamente dita, o que é consequência do afastamento dos conflitos subjetivos e da aproximação ao objetivo de fixar uma tese.

Também o requisito da ausência de conflito entre os “ausentes” (que, no caso, seriam os sobrestados) – requisito este necessário para a escolha do representante adequado no sistema estadunidense – é inviável, na prática, porque sequer parece possível agrupar todos os sujeitos dos processos repetitivos em “polos” homogêneos, o que justifica a estrutura multipolarizada já defendida anteriormente.

Do mesmo modo, não haverá no IRDR, via de regra, a perquirição da ocorrência de fatos e a produção de provas, o que dispensa a exigência da proximidade do “líder” com as situações fáticas concretas (o que é, por sua vez, essencial nas ações coletivas).

No IRDR, o líder não precisará ter poderes de disposição em nome de outros sujeitos, não sendo próprio desta técnica processual a realização de transações sobre os direitos subjetivos litigiosos veiculados nas demandas repetitivas. Do mesmo modo, o líder não tem responsabilidade perante os demais sujeitos<sup>402</sup>, porquanto não estará manejando um processo que vise a tutelar suas esferas jurídicas.

O papel do líder é, então, fornecer argumentos (jurídicos, mas não só) para que o tribunal possa equacionar a controvérsia que venha se repetindo em diversos processos. Incumbe ao líder alegar e apresentar razões que apontem para soluções para, por exemplo, o problema de como um determinado texto normativo deve ser interpretado<sup>403</sup>.

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<sup>404</sup>. Talvez seja possível adotar, então, uma ideia

---

<sup>402</sup> Este é mais um dos motivos que justifica a possibilidade de intervenção e participação dos sujeitos sobrestados no debate travado no IRDR. Trataremos destes sujeitos a seguir.

<sup>403</sup> Para tanto, pode, por exemplo, se socorrer do conteúdo de outros textos normativos, alegando a coerência do sistema jurídico, pode demonstrar como a questão jurídica é equacionada em outros países, pode demonstrar os impactos políticos e econômicos de uma determinada interpretação. Para que o sujeito seja um bom líder do debate, não é preciso haver necessariamente um vínculo com os sujeitos das demandas repetitivas.

<sup>404</sup> Por isso que também não entendemos pertinente atrelar a ideia de representatividade adequada com o resultado da decisão judicial, de modo a concluir que apenas seria legítima decisão “desfavorável” nos casos que os sujeitos tivessem sido efetivamente representados, como ocorre na ação coletiva, até porque essa ideia assemelha-se à ideia de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, que entendemos não ser aplicável ao IRDR. Por isso, divergimos de Marcos Cavalcanti quando afirma que há inconstitucionalidade por violação ao direito do devido processo legal e ao contraditório, uma vez que “o NCPC não prevê o controle judicial da

de “representatividade argumentativa”<sup>405</sup> do líder, que signifique a representação (no IRDR) de argumentos para solução da questão de direito.

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<sup>406</sup>. A especialização do advogado pode ser, então, mais um dos fatores que pode auxiliar na escolha dos condutores.

---

*adequação da representatividade* como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da *decisão de mérito desfavorável* aos processos dos litigantes ausentes do *incidente processual coletivo*” (CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 349, grifo nosso).

<sup>405</sup> O termo é empregado por Marinoni, que afirma que o Código vale-se da ideia de representatividade argumentativa nos meios de resolução de casos repetitivos: “tendo em vista a extensão dessa tese jurídica a casos semelhantes, há especial preocupação quanto ao exercício do contraditório, especialmente quanto ao direito de influenciar a convicção judicial. Afinal, inevitavelmente o julgamento afetará pessoas que não participaram diretamente do processo. Para superar o problema, o Código vale-se da ideia da representação argumentativa. Em primeiro lugar, autoriza a participação de *amici curiae* (...). O Código também autoriza o relator a convocar audiências públicas. *O objetivo desse procedimento é fomentar uma discussão multilateral sobre a matéria, provendo o julgador dos mais diversos elementos de convicção e argumentos para apreciar na resolução da demanda*. Em segundo lugar, o Código determina que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, o acórdão analisará todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2.082). Aderimos a esta concepção.

<sup>406</sup> Antonio Cabral, quando trata das distorções das condições de comunicação, menciona que no âmbito jurídico há termos técnicos que contêm significados próprios, que facilitam o discurso e a compreensão. Afirma que “o patrocínio de advogado reduz as incompreensões que um sistema jurídico complexo, traço das sociedades atuais, apresenta aos litigantes. (...) E, como toda ciência, a linguagem jurídica, com a utilização de termos técnicos próprios, remete a signos comuns que facilitam o discurso e a comunicação. Posse, propriedade, usucapião, preclusão, prescrição, petição inicial, sentença, todas são palavras que possuem um significado minimamente introjetado na comunicação processual” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 150-151). Em discussões sobre temas mais específicos do direito, como direito

De outro lado, pensamos que também há balizas mínimas para nortear quais sujeitos *não devem* ser escolhidos. Seria a hipótese, por exemplo, de o sujeito (ou seu advogado) não demonstrarem interesse em conduzir o debate no incidente<sup>407</sup>. Nestes casos, considerando que é indispensável, para legitimar a decisão ali proferida, que tenha havido amplo e profundo debate, não parece adequado manter a escolha.

Por estes motivos apontados acima é que entendemos que a iniciativa para a instauração do incidente não define, por si, quais serão os sujeitos líderes. Apesar de ser intuitivo pensar que será nomeado líder o sujeito que requereu a instauração (o que, de fato, é provável que ocorra), não se afasta a possibilidade de selecionar outros sujeitos, especialmente quando se verificar que, do ponto de vista de pluralidade e profundidade de argumentos, o processo de onde decorreu o pedido de instauração não é o mais adequado<sup>408</sup>. O ato de instauração não define necessariamente o sujeito para os atos de condução.

Seguindo o mesmo raciocínio, quando a iniciativa para instauração partir do juiz de primeiro grau, não ficará vinculado o órgão julgador do IRDR a escolher os sujeitos dos processos que aquele tenha escolhido para representar a controvérsia, aplicando-se aqui a regra que dá autonomia aos tribunais superiores para escolherem os recursos dentre os repetitivos (art. 1.036, §4º).

Em realidade, a doutrina vem defendendo a escolha de no mínimo dois processos (no nosso entendimento, dois processos de onde se “extraíam” os sujeitos condutores), também com base no critério utilizado pela lei para os recursos repetitivos (art. 1.036, §§ 1º e 5º), o que alargará e aprofundará o debate no IRDR<sup>409</sup>.

Vamos além: entendemos que é possível a nomeação de quantos *sujeitos condutores* forem necessários para apresentar as razões à apreciação do tribunal. Assim, caso haja “correntes” argumentativas claras, ou seja, “teses” independentes umas das outras, o ideal é

---

autoral, fusões e aquisições, direito concorrencial, a especialização dos advogados dos sujeitos condutores pode ser decisivo para a qualidade da tese fixada.

<sup>407</sup> Os motivos podem ser os mais diversos, como, por exemplo o fato de o sujeito e seu advogado residirem em comarca distinta da sede do tribunal onde vai se processar o incidente; inviabilidade de arcar com os custos para condução do incidente, já que o advogado certamente precisará receber honorários pela atividade *extra*; dentre outros. Pensamos que a discordância na condução deve ser um critério para obstar a nomeação do sujeito.

<sup>408</sup> Nesse sentido, é o entendimento de Antonio do Passo Cabral, para quem “devendo existir uma decisão de afetação entre a admissão do IRDR e o início da instrução, *não é obrigatório que o próprio processo de onde partiu o ofício ou petição de instauração do incidente venha a ser afetado*. A admissão do incidente não leva à automática afetação do processo de onde ocorreu a provocação pela sua instauração” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1437).

<sup>409</sup> É a posição defendida, dentre outros, por: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1438).

que o tribunal escolha um líder para apresentar cada uma dessas “correntes”. Não se defende, contudo, que para argumento tenha que haver um condutor, mas sim que quando as razões a favor ou contra uma determinada tese puderem ser “agrupados” em linhas argumentativas, cada uma destas linhas deve receber um “líder”<sup>410</sup>.

Também por isso, não enxergamos óbice para que os sujeitos condutores sejam nomeados a partir de processos distintos. Não havendo a polaridade típica do processo civil individual, não havendo conflito de interesses sobre direitos subjetivos específicos e não havendo defesa direta de relações jurídicas substanciais, não parece haver razão para que os sujeitos eleitos para conduzir os debates sejam autor e réu do mesmo processo.

Ainda, considerando a importância da escolha de tais sujeitos, deve haver motivação específica na decisão de afetação, que justique a nomeação dos líderes<sup>411</sup>.

Por fim, é importante pontuar que, apesar de os sujeitos condutores terem a função de apresentar argumentos para o debate, não há como negar que muitas vezes estes atuarão na defesa de um interesse (ainda que indireto) e por isso, em alguma medida, assumirão um dos “lados” da controvérsia. Não obstante, essa constatação não leva à conclusão de que a estrutura do incidente seria “bipolarizada”, tal como nos processos em torno da lide. Isso porque, apesar de os sujeitos condutores protagonizarem o debate, será facultada participação de outros sujeitos, que, atuando nos espaços não ocupados por aqueles, irão “multipolarizar” tal estrutura.

Esta atuação é confiada tanto ao Ministério Público, como aos *amici curiae*, e aos sujeitos sobrestados. Não bastasse, a realização de audiências públicas é mais um elemento que irá contribuir para a formação de um feixe de informações e argumentos no IRDR, aprimorando o debate. Passaremos a analisar tais sujeitos e suas possibilidades de atuação.

#### 4.2.2.2.2 Sujeitos “sobrestados”<sup>412</sup>

---

<sup>410</sup> Em sentido similar, Antonio do Passo Cabral defende a possibilidade de escolher vários processos, considerando o requisito da “diversidade de argumentos”: “a “diversidade” dos argumentos pode conduzir à escolha de *vários* processos, cujas alegações, combinadas, confirmam ao debate no incidente a pluralidade de linhas argumentativas que se deseja” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, versão digital).

<sup>411</sup> O que é defendido também por Antonio Cabral: “A relevância que a escolha do processo-teste terá para a tramitação do incidente e para a efetividade do julgamento a ser proferido faz com que, em nosso sentir, deva haver motivação específica da decisão de afetação de um processo ou recurso. Isto é, ao selecionar um ou alguns processos e os direcionar para o procedimento do incidente de resolução de processos repetitivos, o juízo (seja ele o juiz de primeira instância, a Corte local/regional, ou o Tribunal Superior) deve indicar as razões que o levaram a escolher aquele(s) processo(s) e não outros” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, versão digital).

<sup>412</sup> Não há, na lei, nenhum termo específico para designar as partes dos processos repetitivos suspensos, salvo o emprego do termo “interessados” (art. 983). Por entendermos que este termo é muito abrangente, optamos por

Uma das questões mais delicadas do incidente diz respeito à posição dos 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<sup>413</sup>.

Impõe-se a necessidade de pensar em uma forma de permitir que estes sujeitos possam atuar no incidente. É necessário demonstrar, inicialmente, que as modalidades interventivas próprias do processo civil individual “tradicional”, do processo objetivo de controle de constitucionalidade e do processo coletivo não se adequam perfeitamente a esta técnica processual e, por isso, não podem ser simplesmente *transpostas* para o incidente.

#### 4.2.2.2.1 Assistência: inviabilidade da mera transposição para o IRDR

No processo civil tradicional, embora seja regra geral a restrição dos efeitos das decisões às partes, há incontáveis situações em que terceiros são afetados por decisões judiciais, sujeitando-se, em algumas situações, à sua imutabilidade e indiscutibilidade<sup>414</sup>. Reconhece-se, assim, que o terceiro intervenha em processo alheio, em algumas situações.

Das modalidades interventivas tradicionais, bastante relacionadas a aspectos do direito material<sup>415</sup>, a que mais se aproximaria da situação das partes sobrestadas em relação ao incidente seria a assistência.

denominar estes sujeitos como “sujeitos sobrestados”, que corresponde à versão com elipse da frase “sujeitos parciais dos processos sobrestados”, adotando classificação semelhante à proposta por Ticiano Alves e Silva, em “Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem”, *Revista de Processo*, vol. 182, abr/2010.

<sup>413</sup> Os efeitos não decorrerão diretamente do julgamento do mérito do IRDR e da fixação da tese. Os sujeitos sobrestados serão afetados em um segundo momento, quando há o movimento de retorno ao concreto (nas demandas repetitivas), pós abstração (no IRDR).

<sup>414</sup> Ver: DINAMARCO, Candido Rangel. Coisa julgada e intervenção de terceiros. In: \_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006; DIDIER JR., Fredie. Litisconsórcio necessário ativo (?), disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>, acesso em 23.04.2015; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007; ARENHART, Sérgio. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em:

[https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015.

<sup>415</sup> As formas interventivas foram desenhadas para um processo civil individual, bilateral, que objetiva proteger direitos subjetivos. Por isso, são inadequadas para as técnicas processuais desenhadas a partir de uma exigência contemporânea, de litigiosidade de massa: “Até por volta do último quartel do século passado, a distribuição das tarefas ao interno do Estado brasileiro fazia-se obedecendo ao clássico modelo da separação entre os Poderes,

A assistência é espécie de intervenção em que o terceiro integra um processo para auxiliar na defesa do direito alheio, do assistido. Para intervir como assistente, contudo, é indispensável que o terceiro tenha *interesse jurídico*.

Tradicionalmente, o interesse jurídico para a assistência se expressa na existência de “uma relação jurídica, mantida pelo terceiro com uma das partes do processo, conexa ou dependente da relação jurídica que constitui objeto do processo”<sup>416</sup>. É preciso, então, um *vínculo entre a relação jurídica de que seja parte o interveniente com a relação jurídica discutida no processo*<sup>417</sup>.

A assistência simples ocorre quando o assistente possui relação jurídica conexa ou dependente com o assistido, que possa ser afetada pela decisão (art. 121). A assistência litisconsorcial, por sua vez, ocorre quando o assistente tiver relação com o adversário do assistido (art. 124)<sup>418</sup>.

Boa parte da doutrina vem afirmando que a situação da parte do processo repetitivo sobrestado que pretenda atuar no incidente é situação que pode ser enquadrada no fenômeno

daí derivando, conseqüentemente, que as intervenções judiciais em macrolides, envolvendo sujeitos indeterminados, eram tidas como excepcionais, limitadas a ocorrências como os dissídios coletivos trabalhistas, as ações promovidas por entidades de classe em defesa dos interesses de seus aderentes, ou mesmo a antes lembrada ação popular. No mais, e de ordinário, *a função judicial preordenava-se a conhecer e dirimir controvérsias de cunho intersubjetivo (demandas de tipo “Tício versus Caio”), com poucos alvíres ampliativos, tais as figuras litisconsorciais, as intervenções de terceiro, a cumulação de pedidos, a reunião de ações*” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela plurindividual. *Revista de Processo*. Vol. 237, nov/2014, versão digital). Dinamarco leciona que “as diversas situações jurídicas em que se colocam os mais variados terceiros são avaliadas, para efeito da admissibilidade de intervirem no processo (voluntariamente ou por exigência de uma das partes), pelo modo como se relacionam com a pretensão posta com vista à tutela jurisdicional – ou seja, pelo modo como se relacionam com o objeto do processo” (DINAMARCO, Candido Rangel. Coisa julgada e intervenção de terceiros. In: \_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23). Não poderemos nos aprofundar nesta problemática neste estudo. Para uma análise crítica do tema, ver: SICA, Heitor. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 200, out/2011.

<sup>416</sup> ARENHART, Sérgio. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: [https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015.

<sup>417</sup> No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. afirma que “o interesse jurídico manifesta-se seja pelo fato de o terceiro manter relação jurídica vinculada a que está deduzida, seja por ele se afirmar titular da relação jurídica deduzida” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 480).

<sup>418</sup> Há quem afirme que o assistente litisconsorcial é propriamente um litisconsorte ulterior, como: SICA, Heitor. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 200, out/2011, versão digital; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: RT, 2015); SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 409; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488. Também não poderemos aprofundar na problemática sobre a assistência litisconsorcial, mas pontuamos que, embora a equiparação pretenda também resolver o problema da vedação do ingresso posterior de litisconsorte facultativo (e por isso, seja louvável), não se pode esquecer o alerta de Barbosa Moreira, segundo o qual as figuras não se confundem, porque enquanto o litisconsorte atua em defesa de direito próprio, o assistente auxilia na defesa de direito alheio, em: *Intervenção litisconsorcial voluntária. Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, p. 23.

da assistência. Assim, vozes doutrinárias importantes vêm defendendo que tais sujeitos poderão intervir no IRDR na condição de assistentes litisconsorciais<sup>419-420</sup>, ou mesmo como assistentes simples<sup>421</sup>.

A despeito da relevância dos argumentos apresentados, pensamos que a assistência não é inteiramente adequada para caracterizar a intervenção dos sujeitos sobrestados no incidente. Ora, a assistência depende da existência de interesse jurídico que é caracterizado como o *vínculo entre relações jurídicas substanciais*.

---

<sup>419</sup> É a posição que foi defendida por Leonardo Carneiro da Cunha, em artigo escrito sobre o IRDR, ainda na versão projetada: “Enquanto não definida a tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos, as partes de cada um dos respectivos processos podem intervir no mencionado incidente, contribuindo com o convencimento do tribunal. Tais partes têm interesse *jurídico* no resultado a ser obtido com o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Quer isso dizer que as partes das causas repetitivas, cujo processamento deve suspender-se ante a instauração do aludido incidente, podem nele intervir, fazendo-o na condição de *assistentes litisconsorciais*, exatamente porque a questão jurídica discutida também lhes diz respeito. Na verdade, o referido incidente *representa a controvérsia*, concentrando, no tribunal, todas as demandas que se fundam na questão jurídica a ser ali examinada. *As partes de cada processo repetitivo podem tornar-se, igualmente, partes no mencionado incidente, nele intervindo na condição de assistentes litisconsorciais*” (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*, vol. 193, março/2011, versão digital). Essa posição foi, em alguma medida, seguida por outros autores, que a referenciam, como Eduardo Cambi e Mateus Fogaça e Marcos Cavalcanti, que afirmam, respectivamente: “as partes das causas repetitivas que intervirem no incidente o farão na condição de assistentes litisconsorciais, pois a questão em debate também lhes dirá respeito” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital) e “as partes de cada uma das demandas repetitivas podem intervir no referido IRDR, contribuindo para a decisão de mérito do tribunal. *Tais partes assumem, no incidente processual, a qualidade de assistente litisconsorcial de uma das partes originárias do processo judicial pendente no tribunal*. Estes intervenientes têm interesse jurídico no resultado do julgamento do IRDR, pois a decisão influirá diretamente na relação jurídica travada entre elas e seu adversário processual (art. 124 do NCPC)” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454).

<sup>420</sup> Antonio Adonias defende que os sujeitos serão litisconsortes facultativos: “todos os sujeitos que figuram como partes em feitos que tramitam em primeiro e em segundo grau de jurisdição, dentro da competência territorial do tribunal no qual tramita o incidente, possuem interesse direto na fixação da tese, razão pela qual devem ser considerados como partes no processo/recurso que deu origem ao incidente, serão considerados dessa maneira no incidente. Trata-se de um litisconsórcio facultativo, decorrente da afinidade de questões por um ponto comum de direito (...). O liame entre os diversos participantes está na similitude do fundamento utilizado em seus respectivos processos e no interesse direto em ver a tese fixada pelo tribunal” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 173). Para quem adota a concepção de que o assistente litisconsorcial é litisconsorte facultativo ulterior, não há diferenças substanciais desta posição em relação à posição defendida, dentre outros, por Leonardo Carneiro da Cunha (nota anterior).

<sup>421</sup> Bruno Dantas defende que “duas modalidades de intervenção de terceiros são admissíveis no IRDR: a do *amicus curiae* e a do assistente simples (...) o assistente simples deve possuir interesse jurídico na questão. Isto é, a eventual decisão favorável a uma das partes deve impactar indiretamente a relação jurídica da qual faz parte, tal como prevê o *caput* do art. 119. Deve-se realçar que a parte que se depara com a suspensão de seu processo por força da instauração do IRDR detém, *tout court*, interesse jurídico suficiente para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples daquela parte processual do processo-piloto que sustenta tese jurídica idêntica à sua” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2193).

Este vínculo não existe no âmbito do IRDR, que, pela natureza objetiva, sequer visa a tutelar situações jurídicas substanciais, dispensando, por consequência, qualquer “vínculo” material entre os sujeitos.

Aliás, mesmo que houvesse a resolução da “causa-piloto” no IRDR (com o que não concordamos, conforme exposto no capítulo 3), já verificamos que não há necessidade de que as demandas repetitivas sobrestadas sejam propostas contra o mesmo sujeito ou em razão do mesmo fato, o que demonstra que mesmo nesta hipótese (de julgamento de causa) pode não haver qualquer vínculo entre relações jurídicas.

Desse modo, pode-se afirmar que não há, no IRDR, o interesse jurídico que *tradicionalmente* justifica a assistência. Parece inadequado, então, enquadrar os sujeitos sobrestados como assistentes (simples ou litisconsorciais).

É verdade que seria possível, diante do novo Código de Processo Civil, reconfigurar o significado de assistência. Se a assistência é um instituto do direito positivo, seria possível conformar seu significado, ainda que para abranger situações de natureza bastante distinta.

Nessa linha, é preciso citar que não ignoramos o fato de que o conceito tradicional de interesse jurídico está em crise, por não responder adequadamente a todos os anseios relativos à participação de terceiros em processos judiciais. A doutrina vem, há algum tempo, defendendo uma revisitação de tal requisito<sup>422</sup>.

Também neste caminho de ressignificar institutos, tampouco desconhecemos o “exercício” que tem sido feito, especialmente em âmbito jurisprudencial, para classificar como assistência situações em que a intervenção do sujeito é legítima e justificada, ainda que não haja interesse jurídico propriamente, mas que se verifique, por exemplo, a “necessidade

---

<sup>422</sup> Antonio Cabral afirma, com razão, que “a teoria sobre o interesse de agir no que tange aos terceiros é inadequada ao processo moderno, limitando o contraditório e a participação à exigência privatista de um prejuízo que o sujeito possa sofrer em relações jurídicas materiais próprias. Ao expurgar o interesse econômico, ou qualquer outras utilidade jurídica que não remeta ao conceito de ‘relação jurídica material’, o conceito de interesse jurídico segrega do acesso à Justiça um sem número de situações em que interesses materiais colaterais surgem em decorrência do processo e aos indivíduos envolvidos não é aberta a porta do Judiciário” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 63). Leonardo Greco defende, em alguma medida, uma “compreensão mais elástica do conceito de interesse jurídico, pois não é preciso que a relação jurídica do terceiro com o assistido possa ser diretamente atingida”, bastando que a eficácia ou o exercício do direito sofra alguma limitação (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 476). Fredie Didier Jr., por sua vez, também identificou essa insuficiência, ao apontar em seu estudo sobre recurso de terceiro que o interesse jurídico é apenas o requisito legal mais comum para viabilizar a intervenção de terceiros, não sendo, contudo, absolutamente indispensável: DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 34. Também nesse sentido, Julia Lipiani propõe a reconstrução do conceito de interesse recursal, para adequação ao sistema de precedentes: LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, mai-ago/2014, p. 45-72.

de pluralizar o debate constitucional”<sup>423</sup>. Na falta de previsão de outras modalidades de participação, a assistência tem servido como justificativa para admitir o ingresso de sujeitos que poderiam, em vários casos, atuar como *amici curiae*.

Por fim, e talvez o mais importante, temos ciência de que a Lei 13.015/2014, ao tratar dos recursos de revista repetitivos, inseriu o art. 896-C, §8º na CLT, que dispõe que “o relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, *inclusive como assistente simples*”.

O legislador disse, então, que pode haver intervenção como assistente nos recursos repetitivos em âmbito trabalhista, o que seria um elemento importante para forçar a revisitação do conceito. A lei adotou para esta técnica processual diferenciada um instituto próprio do processo “tradicional”, o que implicaria em necessária reformulação da categoria.

Ocorre que, a despeito de tais constatações e apesar de reconhecermos e concordarmos com a importância deste movimento doutrinário e jurisprudencial que pretende ampliar as formas de intervenção e participação para construção das decisões judiciais<sup>424-425</sup>,

---

<sup>423</sup> Mencionamos, sobretudo, a decisão proferida em Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 550.769-6/RJ, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, de 28/02/2008, em que foi admitida intervenção de um sindicato que não possuía vínculo direto com o objeto litigioso, mas que representava outras empresas em situação similar à da recorrente. Embora a decisão tenha reconhecido expressamente que o fundamento para admitir a intervenção era a “*necessidade de pluralização do debate*, concorrendo com os elementos que julgar úteis à melhor compreensão do quadro em exame” (p. 9), já que a decisão “poderá influir na ponderação e na calibração de uma *linha histórica de precedentes* que versam sobre sanções políticas”, uma vez que “as empresas que compõem o sindicato-postulante se encontram em *situação muito semelhante* àquela em que se encontra a recorrente”, admitiu a intervenção como *assistente simples*. A decisão falha na falta de fundamentação no que consistiria o interesse *jurídico* do sindicato, se limitando a afirmar que o interesse “extrapola a mera conveniência e interesse econômico de participação em processo que irá definir orientação jurisprudencial aplicável a um numero indefinido de jurisdicionados” (p. 10), além de confundir elementos que nada tem a ver com a assistência, como a “representatividade” do sindicato (p. 10). Ao final, a questão se torna ainda mais obscura, porque a decisão admite o ingresso do sindicato “como assistente *litisconsorcial simples*” (p. 10). A decisão tentou enquadrar no molde da assistência uma intervenção que seria *sui generis*, porque fundada no interesse na formação do precedente, ou, no máximo, na condição *amicus curiae*.

<sup>424</sup> Fredie Didier Jr., comentando sobre a decisão do STF na QO no RE 550.769-6/RJ (acima mencionado), apesar de afirmar que o entendimento tradicional sobre assistência não comportaria a interpretação que lhe foi dada, destaca que o STF reconheceu um interesse jurídico *diferenciado*, pois a “a relação conexa à relação discutida, aqui, é uma relação jurídica coletiva, pois envolve a proteção de direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence à coletividade das vítimas” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 489). O autor defende, contudo, não a intervenção dos sujeitos individualmente, mas daqueles que seriam legitimados extraordinários para a defesa coletiva. Não obstante a importância de tal construção, como forma de viabilizar o acesso de terceiros, não concordamos que haja no IRDR essa relação conexa coletiva, pelos motivos já apontados nos capítulos precedentes, que afastam o IRDR dos “direitos individuais homogêneos”, que têm, para nós, natureza individual, bem como pelo fato de que o incidente tem caráter objetivo. Essa interpretação sobre a assistência não se encaixa nas premissas que estamos defendendo neste estudo, de modo que não podemos adotá-la.

<sup>425</sup> Erik Wolkart também desenvolve raciocínio que pretende justificar a intervenção a partir da assistência. O autor entende que as partes dos processos sobrestados, nos meios de resolução “por amostragem”, como na repercussão geral e recursos repetitivos, “tem clássico interesse jurídico no resultado da apreciação da repercussão geral e ainda mais no resultado do julgamento de mérito dos recursos selecionados”. O autor entende que é um interesse “subjetivado”, porque “há sempre a preocupação de se obter um resultado que trará

não parece que a melhor saída seja enquadrá-las em conceitos tradicionais que carregam significados próprios, como a assistência<sup>426</sup>, ao menos sem alguma reflexão mais aprofundada.

Pensamos que é preciso apresentar fundamentos apropriados que justifiquem a intervenção nestes meios processuais diferenciados, cuja natureza é distinta do processo que tutela direitos subjetivos diretamente, justamente por serem diversas as premissas sobre os motivos de se autorizarem as intervenções. Naqueles, a participação é facultada quando há potencialidade de ampliação e aprofundamento do debate; nestes, para a defesa de direito próprio.

Para tanto, analisando-se as potenciais modalidades de intervenção no IRDR, talvez seja possível defender a distinção da tradicional assistência de uma nova e peculiar modalidade de “assistência para formação de precedente”. De outro lado, é possível que tenha que se defender uma via interventiva ainda não “tipificada”<sup>427-428</sup>. Também parece um caminho viável.

consequências positivas na esfera jurídica do interveniente” (WOLKART, Erik Navarro. Mecanismos de objetivação do processo. 2011. 242p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 46).

<sup>426</sup> Ticiano Alves e Silva defende que a intervenção do sobrestado não ocorre mediante assistência, com o que concordamos. O autor analisa este instituto e afirma que o que aproxima as intervenções é o “(a) auxílio à parte originária (b) porque a decisão irá afetar de alguma maneira seu domínio jurídico”. Mas o autor pontua que “por razões que remontam ao direito material, muito mais se afastam e distinguem do que se aproximam. A assistência deve ser compreendida através da análise do próprio direito material, ou seja, sua compreensão passa necessariamente pelo conhecimento de sua razão de ser. Dessa forma, a assistência só se justifica porque aquele que intervém, o assistente, liga-se de forma peculiar à relação jurídica de direito material deduzida em juízo” (SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem, *Revista de Processo*, vol. 182, abr/2010, versão digital).

<sup>427</sup> Um dos precursores em defender a possibilidade de atuação e a redefinição do interesse “tradicional” em intervir para os mecanismos que formam decisões vinculantes foi Sérgio Arenhart, já que a assistência não responderia aos anseios deste modelo, pois os atingidos serão “terceiros que claramente não detém qualquer *relação jurídica conexa ou subordinada àquela deduzida no feito*”. Segundo o autor, “estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos vinculantes, tornando obrigatória a adoção de conclusões de algumas decisões judiciais e havendo clara repercussão dessa imposição sobre a esfera jurídica de terceiros – que seriam, *segundo os critérios tradicionais, indiferentes ou desinteressados* e, portanto, proibidos de intervir no processo *inter alios* – é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito” (ARENHART, Sérgio. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: [https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015). O autor demonstra, então, que pelos critérios tradicionais, estes terceiros afetados pelas decisões formadas em mecanismos vinculantes não seriam *juridicamente interessado*, e, por isso não poderiam intervir como assistentes, sendo necessário, ainda assim, desenvolver um sistema adequado para sua participação em juízo. Essa é a linha que adotamos em relação ao IRDR.

<sup>428</sup> Neste sentido: “tendo em vista o RE 550.769/RJ, em que o STF apesar de permitir a intervenção utilizou a modalidade equivocada, percebe-se que *é necessário pensar em uma modalidade de intervenção de terceiros para os incidentes de formação de precedentes, que não se assemelha a nenhuma daquelas já tipificadas*, e por isso, pode ser considerada *sui generis*” (AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 2, n. 26, 2014).

#### 4.2.2.2.2 Ainda: inadequação das modalidades interventivas do controle abstrato de constitucionalidade e do processo coletivo

Mas, se de um lado não se adequam as modalidades interventivas do processo civil individual tradicional, que tutela diretamente situações subjetivas, também não se pode falar, de outro, que deve ser adotado o critério de definição dos sujeitos e da possibilidade de participação do controle abstrato de constitucionalidade.

O regime aplicável ao juízo abstrato de constitucionalidade adota critério tão restrito que limita o debate e impede a intervenção de terceiros (arts. 7 e 18 da Lei 9.868/99), ressalvada a oitiva de *amici curiae*. Não se reconhece, via de regra, possibilidade de intervenção daquele que for afetado posteriormente em sua esfera de direitos subjetivos pela declaração de (in)constitucionalidade<sup>429-430</sup>.

Não se aplicam as mesmas restrições ao IRDR porque, embora este seja também caráter objetivo, não é equiparável ao controle abstrato de constitucionalidade, como demonstramos no capítulo 3, eis que o incidente parte de situações subjetivas concretas e visa, afinal, a fixar entendimento para resolver questões apresentadas concretamente. Há, simultaneamente, concretude e abstração no incidente.

Não deve se aplicar ao IRDR o entendimento restritivo, ademais, por que a *natureza objetiva* do controle abstrato é usada como fundamento para impedir as intervenções de terceiro *típicas do processo subjetivo*, que são, como visto, vinculadas ao direito substancial<sup>431</sup>. Como não estamos defendendo a aplicação destas modalidades de intervenções típicas do processo subjetivo ao IRDR (o que ficou claro no tópico anterior), a vedação também não se sustenta.

---

<sup>429</sup> Sobre a intervenção no controle abstrato de constitucionalidade, Clemerson Clève aponta que “cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide, nem partes (salvo num sentido formal), posto inexistirem interesses concretos em jogo (...) *A natureza do processo levou, também, o STF a não admitir nele o litisconsórcio e a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado*. O Supremo inadmitte, ademais, a interposição de recurso (...) pelos terceiros que se dizem prejudicados, em decisão final prolatada em ação direta de inconstitucionalidade (...) *impede-se apenas o acesso de terceiros interessados num procedimento abstrato e objetivo para a defesa de interesses concretos e subjetivos*” (CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 113-115).

<sup>430</sup> Isso porque, segundo a concepção tradicional de interesse jurídico e intervenção, desenvolveu-se entendimento que “a natureza do processo objetivo impede que se possa alegar violação a qualquer direito individual específico, não havendo razão, portanto, para eu haja intervenção de quem quer que seja, pela absoluta impossibilidade de prejuízo a direito subjetivo – razão de ser de quase toda modalidade interventiva” (DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 88).

<sup>431</sup> Tanto que admite a participação de *amicus curiae*. Então, o que o controle abstrato não comporta é a assistência (o que também entendemos não se aplicar ao IRDR), e não qualquer forma de participação de terceiros.

Também não é adequado simplesmente transpor para o IRDR o regime do controle abstrato, porque mesmo nesta esfera há duras críticas à posição tradicional (e, talvez, ultrapassada) de que lá “não há contraditório”<sup>432</sup>. Assim, mesmo que se admitisse a transposição do regime de participação do controle abstrato, já há naquele âmbito vozes doutrinárias defendendo ampla oportunidade de participação e intervenção<sup>433</sup>.

Por fim, também não se deve aplicar o modelo de intervenção desenhado para o processo coletivo relativo a direitos individuais homogêneos. Como já vimos, o IRDR se distancia do processo coletivo, na medida em que não resolve diretamente conflitos subjetivos, o que já evidencia a dificuldade de importar regras processuais de uma técnica de natureza distinta.

Com efeito, nas ações coletivas destinadas a tutelar direitos individuais homogêneos, o titular do direito pode ingressar na qualidade de *assistente litisconsorcial*<sup>434</sup>, porque há o julgamento do conflito de que ele faz parte, diretamente. Com efeito, o indivíduo que se

---

<sup>432</sup> Criticando a ação declaratória de constitucionalidade e sobretudo a posição assumida pela doutrina tradicional quanto à inexistência de contraditório, Cruz e Tucci aponta que o STF decidirá “ouvido o Ministério Público Federal, ‘sem que nenhum elemento da sociedade, que esteja discutindo a matéria em instâncias inferiores, possa participar do processo’ (...) *Conquanto seja possível aceitar-se que a ação direta veicula um interesse público de natureza ‘política’, quer nos parecer que isso em absoluto não significa afastar o contraditório, imperativo constitucional* (art. 5º, LV). A advertência é importante na medida em que se tem procurado de todas as formas estabelecer restrições processuais e procedimentais na ação direta, como, por exemplo, inadmitindo assistência” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *Revista Justitia*, 55 (163), jul-set/1993, p. 62, grifo nosso).

<sup>433</sup> Gilmar Mendes defende a abertura do debate, por exemplo, no incidente de arguição de inconstitucionalidade: “Diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau, o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal. Idêntica participação deveria ser deferida ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo. (...) Decidido o incidente pelo Órgão Especial ou pelo Plenário, ficarão os órgãos fracionários dispensados de submeter a controvérsia a novo exame (CPC, art. 481, parágrafo único). Tal entendimento acaba por fixar um efeito vinculante *interna corporis* (limitado ao âmbito do próprio Tribunal). Assim sendo, *afigura-se fundamental que os diversos contendores interessados na controvérsia constitucional possam participar do debate por ocasião da apreciação do tema no âmbito do Plenário ou do Órgão Especial*. Tem-se, assim, oportunidade para uma efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter uma estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental). (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, Capítulo 10, versão digital).

<sup>434</sup> Embora a lei mencione a intervenção como litisconsortes (art. 94 do CDC), parece adequado afirmar que o titular do direito individual poderá ingressar como *assistente*, ainda que litisconsorcial, já que “de *assistente* é a posição que cabe ao legitimado ordinário, se intervém em processo instaurado pelo (ou em face do) titular de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, p. 63). É o que ocorre nas ações coletivas, eis que os legitimados extraordinários são indicados em lei, de forma exclusiva. Não é conferida legitimação extraordinária para a pessoa natural propor a ação coletiva, de modo que a doutrina aponta que a intervenção ocorre na condição de assistência. Ver: SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, vol. 116, jul-ago/2004.

afirma titular de direito discutido em ação coletiva, é de fato titular de uma das relações jurídicas litigiosas, e, assim, tem *interesse jurídico* e vinculação com a relação litigiosa, o que autoriza a intervenção<sup>435</sup>. Já vimos que não é isso que ocorre no IRDR. De modo geral, então, os mesmos motivos que afastam a aplicação da assistência típica do processo individual ao IRDR podem ser invocados para afastar a assistência própria das ações coletivas<sup>436</sup>.

É preciso, então, desenvolver um modelo de intervenção adequado ao IRDR.

#### 4.2.2.2.3 A intervenção dos sobrestados: interesse na formação do precedente

Embora haja dissenso quanto à modalidade de intervenção que viabilizará a participação do sujeito sobrestado no incidente, parece que a doutrina concorda que há, sim, *interesse* que justifique sua atuação<sup>437</sup>. Há, portanto, interesse na formação da decisão que fixa a tese jurídica, ou, simplificando, *interesse na formação do precedente*<sup>438</sup>, já que *a esfera*

---

<sup>435</sup> Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que: “A intervenção dar-se-á na condição de assistente litisconsorcial, verdadeiro litisconsorte ulterior; intervindo, o particular submete-se ao julgamento da causa. *Como o objeto litigioso lhe diz respeito*, pelo menos em tese é a expressão coletiva de um feixe de direitos individuais que considera inclusive o direito do indivíduo requerente, *o particular tem todo o interesse jurídico em intervir na demanda*. Está-se diante de um caso típico de substituição processual, em que o ente legitimado defende, em nome próprio, direito alheio (com as reservas já anteriormente efetuadas de se tratar aqui de um direito individual: abstrata e genericamente considerado). *Sabe-se que o substituído está autorizado a ingressar no feito a título de assistente litisconsorcial do seu substituto, pois ingressa para discutir relação jurídica de que é titular*” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 264, grifo nosso).

<sup>436</sup> Também é preciso apontar que mesmo para o sistema das ações coletivas esse formato de intervenção se demonstrou falho, notadamente pela previsão de um resultado mais gravoso em caso de participação do que no caso de abstenção (art. 103, §2º, CDC). Há diversas críticas ao regime da assistência do titular do direito individual nas ações coletivas, tanto no que diz respeito à “inconstitucional” vinculação do assistente à coisa julgada, ainda que desfavorável (art. 103, §2º, CDC), quanto ao possível número excessivo de intervenientes. Ver: SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, vol. 116, jul-ago/2004, versão digital.

<sup>437</sup> Por todos: “considerando que a tese fixada pelo órgão jurisdicional possuirá eficácia ultra partes, sendo utilizada não só no(s) processo(s) em que proferida a decisão, mas também nos que lhe são semelhantes, há sujeitos que, embora não integrem aquela(s) relação(ões) processual(is) específica(s), *possuem interesse em influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional, por se encontrarem em situações homogêneas*” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 162).

<sup>438</sup> Este termo vem sendo usado por alguns autores, para se referir ao interesse dos sujeitos na formação de decisões que serão vinculativas. Nesse sentido, por exemplo, citamos texto de Antonio Cabral, que parece evitar o termo “interesse jurídico” para se referir aos sujeitos que poderão participar do incidente. Com efeito, o autor entende que o termo “interessados”, no art. 983, compreende “pessoas, órgãos ou entidades que tenham interesse econômico ou indireto (e que, portanto, não configuraria o ‘interesse jurídico’ para fins de intervenção de terceiros, art. 119), e, bem assim, aqueles que demonstrarem *interesse na formação do precedente*, como por exemplo, partes dos processos individuais em que se discuta a questão comum objeto do incidente. Ao lado dos interessados, podem-se manifestar (...) os *amici curiae* admitidos no incidente” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1441). É também a posição de Julia Lipiani, que afirma que “faz-se necessário, em prol da coerência do sistema, possibilitar aos jurisdicionados que intervenham não somente na formação do dispositivo da decisão, que fará coisa julgada, mas também, e de forma autônoma,

*jurídica do sujeito será afetada*, não pelos efeitos da decisão sobre uma específica relação de direito substancial com a qual ele tenha vínculo, que, por isso, venha a afetar seu direito subjetivo, mas pela aplicação da tese por ocasião do julgamento da sua relação substancial submetida à apreciação judicial. É um interesse reflexo, indireto, mas ainda assim, jurídico.

O interesse não é justificado por qualquer vínculo de direito material (como na assistência), mas pelo vínculo do sujeito e sua esfera de direitos com o objeto do incidente, porque se trata da solução de uma questão de direito que (também) lhe diz respeito. Há atividade jurisdicional relativa a um aspecto que irá afetar sua esfera jurídica (embora não por força de vinculação de uma relação de que faça parte a outra relação substancial), e, por isso, deve o sujeito poder participar da construção da decisão.

O principal fundamento para justificar essa atuação é, sem dúvida, o direito ao contraditório, o direito de participação pelo *convencimento*<sup>439</sup>, especialmente quando este direito não estiver sendo adequadamente exercido de forma concentrada, ou seja, pelo líder. Afinal, a vedação à participação é evidente violação de tal direito, como direito de influência na formação da decisão judicial, se a parcela da decisão que decidirá a questão de direito já vier “pronta”, sem que esse possa apresentar fundamentos para sua construção<sup>440</sup>.

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 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)<sup>441</sup>. A

na fundamentação desta mesma decisão, que constituirá a fonte da norma jurisprudencial a ser adotada em casos futuros e que servirá de pauta para o comportamento dos jurisdicionados a partir de então” (LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2: 45-72, may-aug., 2014).

<sup>439</sup> Se a participação deve ser compreendida como direito ao convencimento pela força persuasiva dos argumentos racionais – e não como consentimento subjetivo e participação direta – o direito à apresentação de fundamentos para o debate é uma forma de exercício do contraditório no IRDR.

<sup>440</sup> Essa também é a posição de: ARENHART, Sérgio. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: [https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015. No mesmo sentido, embora tratando dos recursos repetitivos, Ticiano Alves e Silva afirma que “negar a intervenção no julgamento por amostragem daqueles que tiveram seus recursos sobrestados e que possuem argumentos diferentes dos aduzidos no recurso extraordinário *selecionado é o mesmo que proibi-los de influenciar na convicção do magistrado*”, o que configuraria a violação ao contraditório (SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem, *Revista de Processo*, vol. 182, abr/2010, versão digital).

<sup>441</sup> Comentando sobre a tutela coletiva, Sérgio Arenhart defende que “deve-se garantir, sempre que possível e salvo nos casos em que isso seja incompatível com o objetivo dessa aglutinação – *o direito do indivíduo à auto-exclusão* (...) Embora a regra deva ser a sujeição, deve-se, ao menos em princípio, permitir que o sujeito se insurja contra isso, manifestando sua expressa vontade de ficar alheio ao resultado da análise coletiva das pretensões individuais e se *reservando o direito de ter apreciadas as suas razões de forma separada*” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 227). Como o sistema trabalha com 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.

Diante destas constatações, há quem defenda que deva haver ampla e irrestrita participação dos sujeitos parciais dos processos sobrestados<sup>442</sup>, porque seu *interesse* seria o mesmo daquele das partes dos processos afetados (para nós, os condutores), o que não justificaria tratamento distinto<sup>443</sup>.

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.

Não se quer dizer, com isso, que sejam “jurisdicionados de categoria inferior”<sup>444</sup>, mas o desenho estrutural do incidente conformou os espaços para sua atuação e os posicionou em situações diferenciadas, o que gera, por consequência, pressupostos e limites distintos para participação. A técnica processual, como aliás só ocorrer, delimita e conforma a atuação dos sujeitos processuais, sem que se possa cogitar, apenas por isso, que haja violação a direitos fundamentais.

Assim, permitir a atuação não significa desconsiderar critérios que tornem essa participação adequada e eficiente. Nada impede, pelo contrário, que se limite a atuação do sujeito, não só pela criação de requisitos aferidos objetivamente (como, por exemplo, existência de processo pendente), como através da análise da pertinência da participação na em cada situação específica<sup>445</sup>. Como, aliás, ocorre em relação ao *amicus curiae*, cujos poderes serão definidos pelo órgão julgador (art. 138, §2º).

vinculação, é preciso defender meios de viabilizar a participação, para que o sujeito possa, em vez de “defender suas razões de forma separada”, defender suas razões no incidente.

<sup>442</sup> Em defesa da ampla participação: “Espera-se em primeira consideração que, se o incidente vier a ser implantado, que de fato todos os que tiverem seu processo suspenso tenham ao menos a oportunidade de se manifestar no processo considerado piloto, *sem que haja qualquer restrição tanto ope legis como ope judicis*” (SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? *Revista SRJR*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, dez/2011, p. 110, grifo nosso).

<sup>443</sup> É a opinião de Eduardo Cambi e Mateus Fogaça, que destaca que “A forma de divisão do prazo para aquilo que o art. 984, II, *b* do CPC/2015, denomina de *demais interessados* não pode impedir o efetivo exercício das garantias processuais pelos litigantes. Caso contrário, restaria violada a garantia do contraditório daqueles interessados cujos processos não tiverem dado origem ao incidente, mas que, também, serão afetados pela decisão dele decorrente. Com efeito, para se resguardar o princípio da isonomia, *o interesse das partes nos demais processos que serão afetados pelo julgamento do incidente não é diverso do que aquele que anima as partes no processo em que suscitado o incidente. Logo, não pode haver tratamento diferenciado, sob pena de eles serem considerados jurisdicionados de categoria inferior*” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital, grifo nosso).

<sup>444</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital.

<sup>445</sup> Sérgio Arenhart, apesar de defender a possibilidade de intervenção dos afetados nos mecanismos vinculantes, afirma que ao juiz incumbirá a análise do interesse na atuação, devendo-lhe ser outorgados “poderes de limitar a

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*<sup>446-447</sup> que possam contribuir com a definição da melhor solução racional para a questão de direito objeto do incidente<sup>448</sup>.

Afinal, se se entende que a violação ao contraditório decorreria, no caso, da impossibilidade de influenciar a convicção do tribunal sobre a questão de direito, não haveria nenhuma violação em vedar repetição de argumentos já apresentados, pelo simples fato de estes não terem nem *potencialidade* para exercer tal influência.<sup>449</sup>

Assim é que, se exercido o direito ao convencimento pelo sujeito condutor, fica obstada a apresentação dos mesmos argumentos pelo sobrestado. O seu interesse na

extensão dessa intervenção, permitindo aos terceiros que atuem em certas fases do processo (mas não em outras) ou que possuam apenas alguns dos poderes processuais normalmente atribuídos aos terceiros” (ARENHART, Sérgio. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: [https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015).

<sup>446</sup> Nesse sentido, Antonio Adonias afirma que “considerando a finalidade do incidente e a colaboração que pode advir da participação dos sujeitos que integral os inúmeros processos pendentes, em relação aos quais a decisão do incidente operará os seus efeitos, *pensamos que o critério de limitação do litisconsórcio deva ser a diversidade de argumentos*, e não o número de litigantes, pura e simplesmente. *Todo aquele que tiver um fundamento distinto deve ser admitido para sustentá-lo, influenciando na formação do convencimento do tribunal*. De maneira inversa, não deve ser permitido o ingresso daqueles que apresentarem argumento já conhecido e/ou enfrentado anteriormente pela Corte, seja no incidente em trâmite, seja no anterior” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 177).

<sup>447</sup> Teresa Wambier e José Miguel Medina defendem que os sobrestados podem participar da formação da decisão nos recursos repetitivos, justamente na hipótese de apresentarem novos argumentos: “Entendemos que a previsão contida no art. 543-A, § 4.º, do CPC (LGL\1973\5) estende-se às partes em cujo processo houve recuso especial que teve sua tramitação sobrestada, em razão da subida de recurso especial “com fundamento em idêntica questão de direito” interposto por (ou contra) outra pessoa, que poderá manifestar-se, com o intuito de ver provido (ou desprovido) o recurso especial selecionado. *É que podem aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contra-razões*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-c do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. *Revista de Processo*, vol. 159, mai/2008, p. 215-221, grifo nosso).

<sup>448</sup> Veja que não se trata de alargar o objeto do incidente, trazendo novas questões de direito, já que, como vimos, a decisão de afetação é o que delimita a questão a ser apreciada e que estabelece os limites da decisão judicial. Não obstante não poderem alterar a questão analisada, as partes podem apresentar fundamentos, razões, “teses” para a solução da questão.

<sup>449</sup> Ticiano Alves e Silva também defende a intervenção apenas nesta situação: “a intervenção da parte que teve seu recurso sobrestado só se justifica se ela dispuser de novos argumentos para convencer o magistrado sobre a existência da repercussão geral ou influenciar no julgamento de mérito dos recursos extraordinários múltiplos, de idêntica controvérsia. Caso contrário, tal manifestação não será expressão do direito fundamental ao contraditório e servirá somente para tumultuar o feito. *A vedação da intervenção do litigante com recurso sobrestado desprovido de novas teses argumentativas não viola o contraditório simplesmente porque incapaz de gerar prejuízo à parte ou à legitimação da função jurisdicional, sendo, em verdade, uma manifestação vazia, como uma forma sem conteúdo*” (SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem, *Revista de Processo*, vol. 182, abr/2010, versão digital, grifo nosso).

intervenção surge justamente nos espaços em que a potencialidade de influência ainda não tenha sido exercida, hipótese em que obstar a atuação configuraria ofensa ao contraditório.

Neste contexto, o requisito da *utilidade*, tradicionalmente apontado como um dos aspectos do interesse de agir (e de intervir), recebe nova significação<sup>450</sup>. A utilidade deixa de ser apreciada sob uma perspectiva subjetivista – ou seja, vinculada com benefício prático direto na esfera de direito do sujeito –, e passa a ter um caráter objetivo. Será útil a intervenção que contribuir racionalmente para o debate, visando à definição de uma tese jurídica. Por isso, aliás, que são admitidas manifestações não só dos sujeitos sobrestados, mas também de *amicus curiae*, do Ministério Público, de *experts*, entre outros (art. 983)<sup>451</sup>. A utilidade deixa de ser analisada sob a perspectiva do sujeito e passa a ser aferida sob o prisma do objeto do IRDR, no plano das razões apresentadas<sup>452</sup>.

Assim, todos os sujeitos sobrestados têm, *potencialmente*, interesse na formação do precedente e por isso, são *potencialmente* intervenientes. A análise da existência de interesse *em concreto*, por sua vez, dependerá da análise das manifestações já apresentadas, dos *atos processuais anteriores*.

O que, aliás, é natural que ocorra no IRDR, já que se trabalha com a ideia de posições dinâmicas, multipolarizadas e não necessariamente antagônicas<sup>453</sup>. Se a autorização para a intervenção decorre da possibilidade de contribuir para a formação da decisão e o

---

<sup>450</sup> Julia Lipiani também defendeu a reformulação do conceito de utilidade para apresentar fundamentos para justificar a intervenção recursal na formação de precedente. Para a autora, “quanto à utilidade do recurso, é preciso haver uma ampliação de conceito. É que, tradicionalmente entende-se que a utilidade está presente quando houver possibilidade de proveito ou benefício, patrimonial ou não, do ponto de vista prático, com a reforma da decisão que se requer. Entretanto, o resultado prático que se busca e que justifica a utilidade em questão não pode estar limitado ao âmbito que vai atingir somente as partes do processo (o dispositivo), *mas deve incluir também a alteração da fundamentação da sentença*. Assim, é preciso ter em conta que o benefício ou melhoria da situação do recorrente como resultado prático almejado com o recurso pode ocorrer, *também, em consequência da reforma da motivação da decisão, sem que haja modificação do dispositivo, e para o julgamento de casos futuros (e não do caso em questão)*” (LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, mai-ago/2014, grifo nosso).

<sup>451</sup> Todas as quais devem ser cotejadas na decisão que julga o IRDR, conforme consta do enunciado n° 305 do FPPC: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados”.

<sup>452</sup> É claro que o sujeito, ao pretender intervir, tem interesse subjetivo, pois objetiva atingir um resultado que vá ser mais benéfico para resolução do seu caso concreto. Mas isso não é relevante, sob a perspectiva do juízo sobre a admissão de sua participação no incidente, que olhará para as razões apresentadas, sob uma perspectiva objetiva.

<sup>453</sup> O que decorre da constatação da dinamicidade das posições processuais e de uma relação multipolarizada. Antonio Cabral aponta que “a colocação dos atos em sequência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, *cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles*. Além disso, as situações legitimantes são todas cambiantes ao longo do processo, e o controle da legitimidade não pode se dar senão na dinâmica do contraditório” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42, grifo nosso).

interesse apenas surge no contexto da apresentação de novos fundamentos, ele não pode ser definido *a priori* e em abstrato, dependendo da análise da cadeia de atos praticados. Havendo novos elementos para influir na convicção, a participação deve ser autorizada.<sup>454</sup>

E, também em razão da dinamicidade das posições, definidas sobretudo por motivos objetivos, é que, uma vez intimadas sobre a suspensão dos seus processos, as partes daqueles processos não estarão automaticamente “incluídas” (ainda que de forma ficta) em nenhum “polo” processual. Tampouco terão que escolher uma posição rígida para se filiarem. Sua participação, se requerida, será aferida para cada ato processual, independentemente do fato de figurarem como autores ou réus nas demandas originárias. Sua participação será mediante oferecimento de razões para solução da questão de direito.

Este é mais um dos motivos, aliás, pelos quais se conclui ser inadequado o regime de substituição processual típico das ações coletivas de defesa de direitos individuais homogêneos para justificar o que seria um modelo de participação (através da parte líder) dos sujeitos sobrestados. Como já vimos, esse regime de legitimação pressupõe a inexistência de conflitos entre os substituídos (ou, então, ignora tais conflitos, o que é pior)<sup>455</sup>, o que não se encaixa bem no IRDR, onde a parte líder conduz o debate, mas não defende “posições” dos autores ou réus das demandas repetitivas, permanecendo aos sujeitos sobrestados a possibilidade de participação, sem que haja uma “posição” pré-definida<sup>456</sup>. O critério, como visto, é a apresentação de novas razões para o debate.

---

<sup>454</sup> A decisão que incorretamente inadmitir a participação de tais sujeitos, assim como do *amicus curiae*, poderá ser impugnada mediante recurso. Leonardo Cunha defende que “a decisão que admite alguma intervenção é irrecorrível, não sendo razoável permitir qualquer recurso, pois isso conspiraria contra a duração razoável do incidente. Ademais, é recomendável que haja ampla participação e discussão no incidente, revelando-se salutar a ampliação do debate em torno da tese jurídica a ser fixada pelo tribunal. Se, todavia, o relator rejeitar a intervenção de algum interessado ou *amicus curiae*, será cabível agravo interno dessa sua decisão, a fim de que possa o tribunal avaliar a conveniência e oportunidade da intervenção” (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*, vol. 193, março/2011, versão digital).

<sup>455</sup> Antonio Cabral destaca a existência de conflitos internos nas ações coletivas como um dos casos em que há interesses contrapostos no mesmo polo e nos quais a polarização não é adequada. O autor aponta que “muitos procedimentos coletivos modernos vêm tentando solucionar o problema das divergências internas, como ocorre nas chamadas ‘ações de grupo’ de formato não representativo. Nestes procedimentos, existe a nomeação de líderes do grupo, que conduzirão o processo como uma espécie de porta-voz da classe. Não obstante, ao mesmo tempo o procedimento admite que os indivíduos que compõem a classe acrescentem argumentos à atuação do líder, franqueando uma participação que é tanto mais necessária quanto maior a existência de conflito interno” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 54). No IRDR não há classe e não há essa lógica representativa, admitindo-se a participação dos interessados.

<sup>456</sup> O que é uma das vantagens dos meios processuais destinados à resolução de questões que afetam muitos indivíduos, em relação às ações coletivas. Antonio do Passo Cabral afirma, sobre a questão, que “não obstante os interesses relevantes na efetividade da tutela coletiva, sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimidade extraordinária, além de dificultarem o exercício das faculdades processuais, *promovem um*

Assim, não deixa de haver um fundamento consequencialista na definição do interesse *em concreto*. O interesse, nesse sentido, é também um filtro sobre a pertinência (ou mesmo eficiência) da atuação, sob a perspectiva objetiva, ou seja, em termos de resultados práticos.

Veja que não se reduz o requisito do interesse como simples “filtro” para economizar atividade inútil (tanto dos sujeitos sobrestados e como do órgão julgador), mas também não se desconsidera que esta é, sim, uma das funções deste pressuposto. O que, em realidade, é bastante natural para uma técnica processual destinada, também, a racionalizar a prestação jurisdicional.

Por fim, uma última observação: é verdade que alguém poderia alegar que, se o interesse se limita à apresentação de novos argumentos e, ainda, se novos argumentos são suficientes para provocar o juízo de revisão ou superação da tese (como veremos na última parte deste trabalho), não haveria interesse na intervenção, porque a tese não seria indiscutível. O sujeito sobrestado não ficaria vinculado, porque bastaria provocar a revisão do entendimento a partir deste novo argumento (que pretendia inserir na discussão através da intervenção), o que dispensaria sua intervenção (talvez pela perspectiva da *necessidade*)<sup>457</sup>.

O raciocínio, apesar de racionalmente coerente, é contraproducente e não se sustenta, em termos de sistema processual. Ora, aspectos pragmáticos devem ser levados em consideração na construção da dogmática, e, no caso, estes aspectos nos apontam que seria muito improvável que o tribunal acolhesse tal pretensão de revisar a tese imediatamente após sua fixação, sendo possível cogitar, inclusive, que essa tentativa sequer passaria pelo crivo da admissibilidade.

---

*rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais.* (...) Em suma, é uma disciplina discrepante do princípio dispositivo, o devido processo legal e o pluralismo que deve nortear o contraditório moderno, compreendido como a ampla capacidade de influir, condicionar a decisão estatal expressa na sentença” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 123/146, p. 127).

<sup>457</sup> Essa problemática invoca uma outra discussão, muito importante mas bastante complexa, que infelizmente não poderemos abordar neste estudo. Trata-se do estudo das preclusões no sistema de resolução de questões repetitivas. A pergunta que se coloca é se haveria alguma preclusão para os sujeitos que, podendo ter atuado ter no incidente, não o fizeram. O tema merece reflexão, já que não parece possível importar a lógica do “deduzido e do dedutível” por inúmeros motivos: porque não é processo subjetivo, não há propriamente pedido e causa de pedir (que é, para o processo subjetivo, predominantemente ou totalmente fática), não há eficácia preclusiva por causa da coisa julgada, entre outros motivos, que apontam para a identificação das preclusões tradicionais com atos de iniciativa das partes, de que podem dispor. O tema é importante na medida em que a preclusão é a outra face da possibilidade de participação (LAHAV, Alexandra D. Participation and procedure. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015), de modo que, reestruturada a forma tradicional de atuação, deve se “recalibrar” o sistema de preclusões. Alguma abordagem sobre a preclusão e o sistema de precedentes e também sobre o controle concentrado de constitucionalidade pode ser encontrada em: (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 263 e seguintes), o que pode servir de ponto de partida para revisar as preclusões no IRDR. Deixaremos a análise desse tema para outra oportunidade.

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. Muito importante, ainda, é a mobilização da sociedade sobre o tema, a reunião de esforços para ampliar o debate e a consequente insegurança jurídica que tal prática poderia resultar, com a suspensão reiterada das demandas repetitivas.

Por fim, mas não menos importante, nos valem de um argumento que, embora surgido no contexto do processo civil individual, pode ser aplicado plenamente para o IRDR: nem todas as modalidades interventivas pressupõem a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão. Ou seja, não é só a coisa julgada (ou qualquer outra estabilidade) que possibilita a participação de terceiros em processo alheio. Pelo contrário: as intervenções são justificadas muito mais para dar efetividade à tutela jurisdicional, evitar conflitos entre julgados, garantir segurança e estabilidade das decisões, impedir rediscussões e prestigiar a economia processual<sup>458</sup>.

Assim, embora, *em tese*, o sujeito sobrestado possa provocar a revisão da tese mediante novos argumentos posteriormente, porque não há completa imutabilidade, o ideal (para ele, para o sistema judiciário, e para todos os jurisdicionados) é que lhe seja facultada a apresentação de tais fundamentos mediante intervenção no IRDR em processamento.

Por fim, é importante tecer um breve comentário sobre o sujeito que, embora não seja propriamente sobrestado, porque sem processo pendente à época da tramitação do incidente, seja (ou se afirme) titular de direito fundado na questão afetada para julgamento. Tais sujeitos, embora não tenham exercido pretensão processual, poderão ser afetados pela decisão que fixar a tese jurídica, considerando a previsão de sua aplicação para os casos futuros (art. 985, II, CPC/2015).

Apesar de, em princípio, poder ser extraído um interesse que justificasse a intervenção destes sujeitos, há autores sustentando que a inexistência de pretensão processual seja um óbice à sua participação<sup>459</sup>. Seria possível afirmar que o interesse seria meramente

---

<sup>458</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 177; ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

<sup>459</sup> “De certa maneira, tais indivíduos estarão no âmbito de eficácia do precedente, já que ele poderá influenciar na prática de atos nas relações em que eles se inserem. Além disso, se daí surgirem eventuais conflitos, a tese provavelmente será utilizada para resolvê-los. Parece-nos, contudo, não ser aconselhável que se admita a intervenção dessas pessoas, tendo em vista que ela teria a potencialidade de provocar muito mais inconveniências e prejuízos do que proveitos para a fixação da tese” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O*

reflexo e eventual, porque o sujeito poderá optar por jamais tornar litigiosa sua relação substancial, ou mesmo por modificá-la, de modo a “escapar” da abrangência da tese. Poder-se-ia afirmar, ademais, que o sujeito poderia atuar na condição de *amicus curiae* ou nas audiências públicas, desde que preenchidos os requisitos.

O tema exige reflexões mais aprofundadas, porque se liga a uma outra questão complexa, que diz respeito às preclusões no incidente<sup>460</sup>. Por ora, não assumiremos um ou outro posicionamento.

#### 4.2.2.2.3 A participação “interessada” do *amicus curiae*<sup>461</sup>

O *amicus curiae* é um sujeito processual que já foi classificado como auxiliar da Justiça, como terceiro<sup>462</sup> e como parte<sup>463</sup>. É uma figura “enigmática”<sup>464</sup>, prevista inicialmente

*devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 187).

<sup>460</sup> Já mencionamos, em nota anterior, que a questão das preclusões no incidente é complexa e exige estudo específico. Parece que a possibilidade de atuação do titular do direito, sem ação exercida, pode ser definida conforme este fique ou não vinculado à decisão no IRDR. Antonio Adonias empreende raciocínio que liga a participação deste sujeito à questão das preclusões: “O sujeito que possuir fundamento diferente de todos aqueles que foram apresentados quando da fixação do precedente, poderá utilizá-lo com vistas a obter a superação da tese no seu futuro processo. Note-se que os que já figuram como parte em processos pendentes não terão essa oportunidade em momento posterior, exatamente porque já deduziram seus fundamentos nos feitos que se encontram em trâmite. Parece-nos haver um ônus na participação destes sujeitos, para que bem se aplique o princípio da colaboração quanto à formação do precedente” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 187).

<sup>461</sup> Não poderemos nos aprofundar na problemática relativa ao *amicus curiae*, que exigira um estudo específico. Aproveitamos, então, para tecer algumas considerações sobre a sua atuação no IRDR, a construção doutrinária sobre este instituto, remetendo, sobretudo às seguintes obras: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. Um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; DIDIER JR., Fredie. Recurso de terceiro. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 181-196; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. Vol. 117, set/2004; TUBINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105-141; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 250-254.

<sup>462</sup> Antonio Cabral, por exemplo, apontou, em 2004 (antes, portanto, das previsões com que agora nos confrontamos) que “o amigo da Corte é um terceiro sui generis (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica” (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. Vol. 117, set/2004, versão digital).

<sup>463</sup> Interessante a abordagem que faz Fredie Didier Jr. sobre o *amicus curiae*. Aponta que o Código optou por considera-lo parte. Contudo, embora tenha algumas prerrogativas de parte, não é assim considerado para modificação de competência, por exemplo. Ao final, o autor indica que o *amicus* é “parte, *pero no mucho*. Embora parte, a sua atuação tem poderes restritos” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 525). Para Medina, o *amicus* não é parte: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: RT, 2015.

<sup>464</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. Um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

em algumas leis esparsas<sup>465</sup>, que passou a ter atuação mais ampla a partir de sua previsão para o controle de constitucionalidade<sup>466</sup>.

No novo Código, o “amigo da corte” recebe posição de destaque. O art. 138 prevê que poderá ser admitida em qualquer processo como *amicus curiae* a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, desde que a atuação seja justificada pela relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia<sup>467</sup>. O Código prevê como requisito para esta atuação, que poderá ser provocada ou voluntária, a “representatividade adequada” do sujeito.

Além da previsão genérica do novo Código, o *amicus curiae* tem uma especial relação com o incidente de resolução de demandas repetitivas, pela própria natureza e finalidade do instituto, que exigem a ampliação do debate e da participação para legitimar a decisão<sup>468</sup>. Com efeito, o art. 983 prevê a oitiva de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” e “pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Do mesmo modo, dispõe no art. 138 que o *amicus* poderá recorrer da decisão que fixar a tese jurídica, no IRDR.

Como o Código não é claro em diferenciar, enquanto sujeitos no incidente, as partes dos processos repetitivos dos *amici curiae*, alguns autores vêm apontando que tais sujeitos sobrestados podem atuar no incidente, na condição de *amicus*, ou, ainda, que a atuação do amigo da corte supriria sua participação<sup>469</sup>.

---

<sup>465</sup> Como, por exemplo: Leis 6.385/76; 8.884/94; 9.279/96; 10.259/01; 12.259/2011.

<sup>466</sup> As Leis 9.868/99 e 9.882/99 ampliaram as possibilidades de atuação de *amici curiae*, ao permitir a intervenção de sujeitos com representatividade, sem nomear um órgão ou sujeito específico, além de permitirem a iniciativa do próprio sujeito para a intervenção. A ampliação da participação no debate sobre a constitucionalidade é uma forma de reconhecer a sociedade como intérprete da Constituição. Ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

<sup>467</sup> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>468</sup> Para Paula Pessoa Pereira: “a função assumida pelo *amicus curiae* reside em examinar o caso concreto do ponto de vista da norma jurídica, a fim de relacionar o caso sob exame com a jurisprudência já consolidada nos tribunais e outros valores jurídicos, bem como pensar e analisar as implicações das soluções jurídicas possíveis para outras disputas jurídicas semelhantes” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir do universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 117).

<sup>469</sup> Felipe de Melo Fonte e Natália Goulart defendem que os sujeitos sobrestados podem se fazer representar pelo *amicus*: “os jurisdicionados vulneráveis à decisão pretoriana, ou seja, tanto os litigantes quanto parte da sociedade indiretamente afetada, podem fazer-se representar pelo *amicus curiae* no desenredar processual”

Outra parte da doutrina, contudo, entende que os *sujeitos sobrestados* não se equiparam aos *amici curiae*, com o que concordamos.<sup>470</sup> Pensamos que o interesse que os move é distinto, o que autoriza a classificação e o tratamento diferenciado.

Embora, à primeira vista, se pense no “amigo da corte” como um sujeito imparcial, cujo objetivo precípua é incrementar o debate e auxiliar na construção de decisões judiciais melhores, parece inegável que ele também possa atuar movido por algum interesse. As motivações podem ser diversas, sendo razoável supor que o *amicus* terá interesse em contribuir para o debate, porque isso significará algum proveito ou benefício, ainda que meramente reflexo ou eventual. Afirma-se que o *amicus curiae* tem interesse institucional<sup>471</sup>, o que, por si só, permite afastá-lo dos sujeitos desinteressados, como são, em geral, os auxiliares da Justiça<sup>472</sup>.

Não obstante possa ser um sujeito *com interesse*, o *amicus curiae* não se equipara ao sujeito sobrestado, porque o interesse deste decorre do fato de que a decisão sobre seu caso concreto deverá observar a tese jurídica fixada. 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

(FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 881).

<sup>470</sup> Ticiano Alves e Silva aponta, em relação aos recursos repetitivos, que “parece clarividente que o recorrente que intervém no julgamento por amostragem, apresentando novos argumentos a favor da repercussão geral ou pela procedência do recurso extraordinário, simplesmente porque teve seu recurso sobrestado, não atua como *amicus*, fundamentalmente pela qualidade do interesse de que é titular, vale dizer, interesse de parte, próprio seu, que será atingido, diretamente, pela decisão a ser proferida” (SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem, *Revista de Processo*, vol. 182, abr/2010, versão digital). Em sentido similar: “Além deste contraditório institucional [*amici curiae*], as partes dos processos suspensos ou os titulares do direito objeto da controvérsia que ainda não tiverem submetido a questão à apreciação do Poder Judiciário, podem, depois de demonstrar essa condição, requerer a sua admissão no incidente para fornecer subsídios ao seu julgamento. É a exegese que se faz da expressão “pessoas” que está contida no art. 935/Senado e no art. 922/Câmara [equivalente ao 983, CPC/2015]” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 301). Ainda, dissociando as duas figuras: WOLKART, Erik Navarro. *Mecanismos de objetivação do processo*. 2011. 242p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2011, p. 128-130.

<sup>471</sup> Nesse sentido: “O *amicus curiae* tem interesse *institucional* de contribuir com a decisão a ser proferida pelo tribunal, seja porque sua atividade está relacionada com o assunto a ser examinado, seja porque desenvolve estudos sobre o tema” (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*, vol. 193, março/2011, versão digital).

<sup>472</sup> Alexandre Câmara afirma que o *amicus* “não é um ‘terceiro imparcial’, como é o Ministério Público que intervém como fiscal da ordem jurídica. O *amicus curiae* é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106). O fato de o novo Código ter inserido o *amicus curiae* nas intervenções de terceiro corrobora o fato de que este não é apenas um auxiliar do juízo, o que, segundo o autor, “se justifica em razão do perfil que o *amicus curiae* veio, ao longo do tempo, passando a ter no direito brasileiro” (p. 107).

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.

O interesse do sujeito sobrestado, embora não se equipare ao clássico “interesse para intervenção” (que, de regra, exige vínculo entre relações substanciais), é também um interesse jurídico, já que sua relação jurídica será afetada por ocasião da adoção da tese para julgamento de sua demanda.

Por outro lado, parece que o interesse do *amicus* pode ser institucional, político, econômico, social, acadêmico, cultural, enfim, qualquer interesse que decorra de motivos outros que não a aplicação da tese à resolução direta de um conflito que subjetivo de que faça parte<sup>473</sup>. Desse modo, caso o sujeito que pretenda intervir seja parte em processo em que será aplicada a tese, terá interesse jurídico e, assim, não atuará na condição de *amicus curiae*<sup>474</sup>.

É possível, segundo este raciocínio, defender que todos os sujeitos que pretendam participar do debate judicial e que sejam movidos por interesses diversos daqueles dos sujeitos sobrestados, poderão fazê-lo na condição de *amici curiae*<sup>475</sup>. É o caso, por exemplo, de agências reguladoras e órgãos públicos cuja atuação é relacionada com a preservação do interesse público e com a fiscalização das atividades reguladas, como o Conselho

---

<sup>473</sup> Antonio Adonias Bastos adota posição um pouco diversa, porque entende que “o interesse de ordem exclusivamente diversa, como o econômico, político, religioso, etc, não justifica a admissão destes terceiros no procedimento de sedimentação de jurisprudência”. Mas o autor entende que “é possível que pessoas jurídicas, cujas funções institucionais estejam relacionadas à defesa de interesses ligados à questão levada ao tribunal para fixação da tese, possuam interesse em intervir no procedimento que visa à sedimentação do entendimento jurisprudencial. É o que pode acontecer com organizações sindicais, entidades de classe, associações legalmente constituídas ou federações, por exemplo (...) Trata-se de intervenção que visa a aproximar a interpretação que será realizada pelos tribunais do grupo social, garantindo que interesses opiniões, posturas adotadas pelos diversos integrantes da sociedade sejam considerados no momento de fixação da tese” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 188 e 191). Para o autor, contudo, esta intervenção é movida por um interesse jurídico, decorrente da atribuição institucional para defesa de direitos, ainda que indiretamente.

<sup>474</sup> Dierle Nunes alerta para o fato de não podermos encarar o *amicus curiae* como figura neutra, já que vem sendo usada pelos litigantes habituais “de modo a impactar a aplicação do direito e construir padrões decisórios benéficos a seus interesses” (Dierle, NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2333). Concordamos com o fato de que o *amicus curiae* estará, via de regra, defendendo um interesse. Mas é preciso pontuar que, nos casos das demandas repetitivas, os litigantes habituais serão, provavelmente *sujeitos sobrestados* e, por isso, devem atuar nesta condição e não como *amici*.

<sup>475</sup> Também poderia ser proposta outra categorização, que distinguisse os sujeitos sobrestados, os *amicus curiae* e os demais interessados, de modo a reservar uma “pureza” para a atuação do amigo da corte, que não seria movido por quaisquer interesses, mas apenas pela colaboração com a qualidade da decisão. Pensamos, contudo, que esta não é a melhor alternativa, pelos seguintes motivos: a) é complexa a tarefa de perquirir se há algum interesse (indireto ou reflexo) na atuação dos sujeitos, o que dependeria de uma análise subjetiva que poderia inviabilizar o instituto; b) o próprio Código “assume um lado”, ao incluir o *amicus curiae* nas intervenções de terceiro e não como auxiliar da Justiça, o que admite parcialidade; c) há diversos interesses que podem trazer subsídios relevantes ao diálogo judicial, e que, caso fossem depurados do *amicus*, poderiam acarretar na redução ou limitação da cognição judicial; d) por fim, não vemos prejuízo pela caracterização dos *amici curiae* como sujeitos interessados, porque sua atuação também dependerá de outros filtros, como veremos.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI)<sup>476</sup>, dentre outros.

Também poderia ser enquadrada nessa categoria a atuação de pessoas de direito público que não sejam parte dos processos classificados como repetitivos, porque não diretamente interessadas, como, por exemplo, a atuação prevista para os processos em que possa haver “reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica” (art. 5º, parágrafo único, Lei 9.469/97). Este enquadramento poderia contornar, ademais, as fundadas objeções à classificação desta intervenção como assistencial, já que para esta hipótese a lei dispensa expressamente a existência de interesse jurídico<sup>477-478</sup>.

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 tutelam direitos subjetivos, é ainda mais justificada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda, também para os *amicus curiae* a participação deve ser analisada sob a perspectiva do ato processual ou do conjunto de atos, já que não haverá, necessariamente, interesse em participar de todas as etapas do incidente. Do mesmo modo, não se exige que os interessados estejam pré-vinculados a uma posição ou linha argumentativa, eis que sua participação pode se limitar a fornecer dados específicos ou defender aspectos pontuais<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> Cujas atuações estão previstas, dentre outros, nas Leis 8.884/94, 9.279/96, 6.385/76, 12.529/2011. Além dos casos em que há previsão legal expressa, pensamos que tais órgãos poderão atuar de forma mais ampla, sempre que seja constatada a finalidade de contribuir para definição de questão que esteja compreendida no seu âmbito de competência.

<sup>477</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes apontou diversas previsões legais de intervenção da União e de pessoas de direito público, a despeito da ausência do tradicional requisito do “interesse jurídico”, demonstrando que, nestes casos, a intervenção não se assemelha às tradicionais intervenções de terceiros. Ver: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

<sup>478</sup> Há diversas intervenções “anômalas” ou “atípicas” que poderiam ser classificadas como intervenções na modalidade de *amicus curiae*. Antonio Cabral defende essa classificação, ainda que em alguns casos a lei utilize a categoria “assistente”. Sobre a intervenção da União, o autor aponta que “como afirma o art. 5.º, parágrafo único, da Lei 9.469/1997, a intervenção da União Federal como *amicus curiae* poderá ocorrer independentemente da demonstração de interesse jurídico, quando a decisão puder ter efeitos de natureza econômica, ainda que reflexos, mediatos. Aqui a própria lei é clara e expressa em denotar a intervenção do amigo da Corte, separando-a frontalmente da assistência juridicamente interessada do Código de Processo Civil” (CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. Vol. 117, set/2004, versão digital).

<sup>479</sup> Antonio Cabral já defendeu que as agências reguladoras possam atuar de forma “despolarizada” em conflitos subjetivos, considerando que o interesse que lhes move não é vinculado a nenhuma relação substancial específica. “por serem órgãos fiscalizadores, que devem compor interesses variados em prol do bem comum, não podemos imaginar que atuem vinculadas ou presas a um determinado interesse material polarizado. Qualquer que seja a

Essa premissa, de que o incidente deve ser encarado, no que tange à atuação, por atos ou “zonas”, vai ao encontro da previsão, constante do novo Código, de que o órgão julgador, ao admitir a intervenção do *amicus curiae*, definirá seus poderes processuais (art. 138, §2º). Embora pareça que para o incidente, esta regra não seja tão importante, porque já está prevista em lei a oitiva de tais sujeitos na instrução do incidente (art. 983) e a legitimidade para interposição de recursos (art. 138, §3º), a previsão é interessante, por possibilitar a concentração ou divisão da participação dos *amici curiae* em alguns atos ou “zonas” específicas.

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 para o 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<sup>480</sup>. Também aqui deve ser observado se o potencial de influência já foi exercido pela apresentação de argumentos idênticos.

O *amicus* deve trazer, então, manifestações relevantes para a resolução da questão<sup>481</sup>, as quais devem ser ponderadas na decisão que fixar a tese jurídica, nos termos do art. 984, §2º<sup>482</sup>. Os *amici curiae* também não podem, contudo, alterar o objeto do incidente, mas

posição processual que se encontrem no processo, as agências atuam inspiradas no interesse público da regulação e da fiscalização, e exercem suas faculdades processuais com imparcialidade” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie, *et al* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 56).

<sup>480</sup> É certo que, ao adotar uma perspectiva objetiva para análise da intervenção, considerando como critério de admissão a apresentação de novas razões para formação da decisão, a atuação dos *sujeitos sobrestados* se aproxima da atuação do *amicus curiae*. Não obstante, entendemos que os sujeitos não devem ser equiparados, ainda que seja em consideração a um interesse “de fundo”, que é distinto, como demonstramos.

<sup>481</sup> Antonio Cabral aponta que a dimensão participativa do contraditório admite a atuação dos sujeitos, que devem contudo, contribuir para o debate: “se a jurisdição se exerce em colaboração com os sujeitos do processo, nada mais acertado que admitir ampla participação da sociedade, permitindo que manifestações diversas sejam trazidas ao processo pelo amigo da Corte. (...) 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. Assim, a Rule 37 do Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana não menciona o interesse como requisito para a intervenção. Ao contrário, dispõe que poderá ocorrer a manifestação quando o amigo da Corte trazer “matéria relevante” (relevant matter), ainda não aduzida pelas partes (not already brought to its attention by the parties), afirmando ainda que tal contribuição será de grande ajuda para a Corte (may be of considerable help to the Court), o que denota a ligação íntima do instituto com a participação pelo contraditório. (...) O permissivo à oitiva do *amicus curiae* é a presença de interesse público no processo, o que impõe a ampliação do contraditório em virtude: a) do mandamento da participação como objetivo político do processo e b) do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório” (CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. Vol. 117, set/2004, versão digital).

<sup>482</sup> O enunciado nº 128 do FPPC explicita que: 128. (art. 138; art. 489, § 1º, IV) No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489.

apenas apresentar argumentos ou informações relativas ao objeto fixado na decisão de afetação.<sup>483</sup>

Mas a atuação do *amicus curiae* também depende do atendimento de outro requisito: a “representatividade adequada”, que consta do art. 138 do CPC/2015. Já dissertamos brevemente sobre este requisito, oriundo da tutela coletiva, quando tratamos dos sujeitos condutores.

O que importa, aqui, é mencionar que esta representatividade, apesar do mesmo nome adotado, não se confunde com aquela, porque o regime não é – nem para os sujeitos condutores nem para os *amici curiae* – de substituição processual de uma classe ausente.<sup>484</sup> Assim, apesar da idêntica nomenclatura, esse requisito assume outro significado em se tratando do *amicus curiae*, como bem vem demonstrando a doutrina.<sup>485</sup>

É possível afirmar que, aqui, a representatividade é um requisito que exige análise simultaneamente subjetiva e objetiva: ou seja, a própria capacidade e idoneidade do sujeito que pretende intervir, bem como a pertinência de sua intervenção em relação ao objeto do IRDR, considerando também o debate já travado até o momento da pretensa atuação.<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> Após a afetação, não se pode mudar a questão de direito a ser resolvida, mas é possível a apresentação de tantos quantos forem os argumentos, dados e informações necessárias à resolvê-la. Por isso, também aqui é possível fazer uma aproximação (ainda que a grosso modo), com a permissão de exposição de novos fundamentos jurídicos pelo *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, com base na ideia de “causa de pedir aberta”. Felipe de Melo Fonte e Natália Castro indagam: “Com base nesse precedente [que reconhece a causa de pedir aberta] é de se questionar: até onde vai o empecilho para que possa o *amicus curiae*, na condição de concretizador do processo constitucional-democrático, inaugurar elementos discutíveis no extraordinário, ante a abertura na causa de pedir? Por que abster uma das formas de se chegar à prestação jurisdicional eficiente na forma da repercussão geral? A evolução para a abertura da causa petendi com a objetivação do recurso extraordinário não traria uma consequente ampliação da legitimidade processual do *amicus*? Parece-nos que a resposta é positiva” (FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 887).

<sup>484</sup> Antonio Cabral defendeu, antes da previsão expressa do novo Código, que tal exigência não poderia se aplicar ao *amicus curiae*, já que “a representatividade adequada (adequacy of representation) é requisito utilizado nas class actions norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supra-individual tem capacidade 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 (...) pensamos que aqui não existe obrigatoriedade desta exigência, já que não há substituição processual. Vale dizer: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário” (CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. Vol. 117, set/2004, versão digital).

<sup>485</sup> Paulo Cezar Pinheiro Carneiro aponta que “a expressão representatividade adequada 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 (...) Não há que se confundir, apesar da mesma grafia, a representatividade adequada da ação civil pública, com esta relacionada à participação do *amicus curiae*. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 138*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 251).

<sup>486</sup> Para Fredie Didier Jr., em geral “a adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a *relação jurídica litigiosa*. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar,

#### 4.2.2.2.4 A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública

O Código prevê que o incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser instaurado por iniciativa não só do juiz ou relator e das partes, mas também do Ministério Público e da Defensoria Pública (art. 977). O tão só fato de ter apartado estes das “partes” indica que o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão fazê-lo a partir de processos em que não estejam atuando naquela condição.

Além desta previsão quanto à iniciativa para instauração, o Código prevê a intervenção do Ministério Público, inclusive como *condutor*, no caso de desistência (art. 976, §2º), disciplinando algumas oportunidades de manifestação: após a admissão (art. 982, III), após a manifestação dos outros sujeitos (art. 983) e em sustentação oral (art. 984, II, “a”).

É preciso separar, então, as possibilidade de atuação de tais sujeitos, percebendo que a lei conferiu tratamento diferenciado para estes órgãos.

Há, de um lado, a *atuação para instauração*, para a qual são legitimados tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública<sup>487</sup>. A despeito da possibilidade de atuação autônoma, porque desvinculada de uma relação subjetiva, é preciso conformar esta previsão à Constituição e à atribuição que ela confere a tais órgãos<sup>488</sup>.

Assim, enquanto é plausível defender uma legitimação mais ampla ao Ministério Público, já que a ele compete a “defesa da ordem jurídica” (art. 127 da Constituição<sup>489</sup>), para a Defensoria há um filtro importante, que diz respeito à aproximação do objeto do incidente

por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas (...)” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 523). No IRDR, a representatividade é critério que deve ser avaliado a partir do seu objeto, ou seja, a questão de direito repetitiva, mas não dispensa a comprovação de idoneidade ou capacidade do sujeito, como, no exemplo do antropólogo, a sua formação e experiência.

<sup>487</sup> Para Marcos Cavalcanti, “a legitimação do Ministério Público e da Defensoria Pública para suscitar o IRDR tem, a princípio, forte relação com a *legitimidade extraordinária* dessas entidades para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 540). Mas o autor afirma que, por ser um incidente de natureza abstrata, no IRDR, ao contrário das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, o que há é legitimação autônoma para condução do processo. Entendemos que não se trata de substituição processual, mas legitimação extraordinária, prevista em lei, sem vinculação com conflitos subjetivos específicos.

<sup>488</sup> Destacando a indispensabilidade de interpretação à luz dos arts. 127, 129 e 134 da Constituição Federal: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 290.

<sup>489</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

aos direitos dos necessitados (art. 134, Constituição da República<sup>490</sup>). Ou seja, 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.

De outro lado, há a *atuação nos atos de instrução e julgamento*, que, pensamos, *deve* ser exercida pelo Ministério Público nos casos expressos e *pode* ser exercida pela Defensoria Pública, caso esta se enquadre na condição de um dos sujeitos já analisados.

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 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.

Para o Ministério Público, contudo, a atuação é bem mais abrangente, tendo a lei lhe atribuído expressamente legitimidade tanto para o ato de instauração, como para a instrução, e, ainda para interpor recursos (art. 996).

É importante perceber que, para nós, a atuação do MP não é justificada (apenas ou diretamente) pela sua atribuição de defesa de direitos coletivos e individuais indisponíveis, dentre os quais seria possível enquadrar, via de regra, os direitos individuais homogêneos (os quais são equiparados, por parte da doutrina, com os direitos veiculados nas demandas submetidas ao regime do IRDR).

Para nós, a atuação do órgão ministerial se justifica *preponderantemente* em razão da sua função de “defesa da ordem jurídica” (art. 134, CRFB), o que resta evidenciado em razão do manifesto interesse público na resolução da questão de direito repetitiva, especialmente pela natureza adotada pelo incidente, como técnica cuja função é tutelar diretamente o direito objetivo e apenas indiretamente as relações subjetivas.

Assim, em vez de justificar a atuação do Ministério Público mediante uma aproximação à função de defesa de direitos individuais homogêneos, ou seja, pela

---

<sup>490</sup> Art. 134. 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.

aproximação ao processo coletivo<sup>491</sup>, assemelhamos esta atuação com a prevista para os processos ou procedimentos de natureza objetiva<sup>492</sup>, como no incidente de uniformização de jurisprudência (art. 478, parágrafo único, CPC/73), na arguição de inconstitucionalidade (art. 480 do CPC/73 e 948 do CPC/2015), e nas ações de controle abstrato de constitucionalidade (arts. 2º, 8º, 13 e 19 da Lei 9.868/99).

Este entendimento afasta algumas objeções que podem surgir à atuação do Ministério Público no IRDR, por evitar a repetição da controvérsia em torno da sua legitimação para as ações coletivas, que encontrou sérios entraves doutrinários e jurisprudenciais<sup>493</sup>. Ao adotar a concepção de que a atuação do Ministério Público é justificada por sua atribuição de preservação da ordem jurídica objetiva, dispensa-se a demonstração casuística de “relevância social”<sup>494</sup> ou outro requisito similar<sup>495</sup>.

---

<sup>491</sup> Há muitos autores que vêm defendendo a atuação do MP a partir da analogia com o processo coletivo. Para José Henrique Mouta Araújo, o novo CPC consagrou a intervenção ministerial “tendo em vista a natureza coletivizada do direito discutido e a consequência da tese jurídica firmada” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buriel et al (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 328).

<sup>492</sup> Posição similar é defendida por Vitor Fonseca, que também afasta a atuação do Ministério Público de uma alegada representatividade ou pertinência temática, justamente pelo fato de o IRDR ser um meio processual de natureza objetiva: FONSECA, Vitor. *A legitimidade do Ministério Público para o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

<sup>493</sup> Boa parte da doutrina e da jurisprudência entendia que o Ministério Público não teria legitimidade ampla para propor ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, porque não haveria, em regra, indisponibilidade do direito. Por exemplo, Pedro Dinamarco entendia que “os interesses individuais homogêneos só podem ser defendidos pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, quando eles forem, simultaneamente, indisponíveis (...) como os referentes a alguns direitos básicos da criança e do adolescente ou aos índios” (DINAMARCO, Pedro. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 211). Essa problemática gerou inúmeras posições divergentes, dentre as quais as que passaram a destacar a necessidade de uma relevância social, a qual, para alguns estaria presente pelo simples fato de se justificar a tutela coletiva. A este respeito, Luis Barroso sustentou: “o Ministério Público, instituição responsável pelo ajuizamento da grande maioria de ações civis públicas em matéria de direitos difusos e coletivos, tem sua atuação limitada quando se trata de direitos individuais homogêneos, somente tendo legitimação para agir quando (i) os direitos em disputa são indisponíveis ou (ii) há interesse social relevante envolvido ou (iii) relevância social na tutela coletiva” (BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norteamericana. *B. Cient. ESPMU*, Brasília, a.4, n. 16, jul/set 2005, p. 126).

<sup>494</sup> Ainda que fosse necessário demonstrar relevância social, pensamos que o requisito estaria preenchido pela tão só admissão do IRDR, já que a efetiva repetição de processos é requisito indispensável para sua instauração (art. 976). A relevância decorreria da repetitividade.

<sup>495</sup> Não obstante, este posicionamento não vem sendo adotado amplamente. Alguns autores, inclusive, à semelhança da discussão ocorrida em torno das ações coletivas, afirmam que a atuação do Ministério Público no IRDR dependerá da comprovação de relevante interesse social, já que “admitir a irrestrita legitimação do Ministério Público para o IRDR seria o mesmo que permitir o ajuizamento de ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos sem que houvesse qualquer relevância social, o que é vedado pelo ordenamento jurídico” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 546). É interessante notar, contudo, que o autor afirma que no caso de IRDR que verse sobre questão processual sempre haveria possibilidade de atuação, porque sempre ocorreria relevância social, já que as questões de direito processual terão “amplitude maior do que aquela relativa ao direito material” (p. 547). O autor entende, contudo, que este pensamento apenas se aplica para o Ministério Público enquanto condutor, já que, quando atuar como fiscal da lei, será ampla sua atuação. Pensamos que não há tal distinção e pretendemos

Pensamos que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, há a presunção de interesse público, que justifica a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica<sup>496</sup>. Ainda, o fato de o novo Código ter adotado “fiscal da ordem jurídica” (art. 178) e não simplesmente “fiscal da lei” (art. 83 do CPC/73), além de demonstrar um alinhamento com a Constituição (art. 127), é fato que corrobora o pensamento aqui exposto.

Afinal, o novo Código atribui eficácia vinculativa a algumas decisões (como a do IRDR) e reconhece que o precedente constitui fonte normativa, compondo, assim, o ordenamento jurídico. A participação do Ministério Público na formação de precedentes está, então, plenamente justificada, também sob esta perspectiva.

Aqui, novamente, adota-se a premissa de que a atuação do Ministério Público e, em especial, da Defensoria Pública, podem ocorrer em apenas alguns *atos isolados*.

#### 4.2.3 Instrução do incidente: pluralidade argumentativa

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. A apresentação de informações, dados e argumentos, o debate em torno das “teses” propostas, a realização de audiências públicas e o envolvimento da sociedade são indispensáveis para a qualidade da decisão construída no incidente, porque quanto mais profunda e detalhada a cognição realizada pelo órgão julgador, melhor será a tese jurídica ali fixada.

Por isso, é relevante a escolha dos melhores *sujeitos condutores*, a participação dos *sujeitos sobrestados* e dos *amici curiae*, e a atuação do Ministério Público, porque a pluralidade argumentativa é que legitimará democraticamente a decisão.

O Código prevê que, para a instrução, poderão ser selecionadas manifestações de outros processos em que se discuta a controvérsia<sup>497</sup>, bem como que podem ser requisitadas

---

evitar a criação de outros requisitos, como o da “relevância”, que já geraram muitas complicações no âmbito das ações coletivas.

<sup>496</sup> Antonio Cabral defende que a manifestação do Ministério Público apenas ocorrerá se houver interesse público, nos termos do art. 178. Não obstante, o autor afirma que dificilmente não se estaria diante de interesse público, já que “o tão só fato de tratar-se de incidente destinado a fixar a solução jurídica de uma parcela da cognição que atingirá inúmeras causas repetitivas, pelo impacto de massa, já indica estarmos diante de um procedimento que transcende o mero interesse individual” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1440).

<sup>497</sup> O art. 1.037 trata dos recursos repetitivos mas é aplicável ao IRDR: “Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: (...) III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou

informações dos órgãos em que tramitem os processos repetitivos (art. 982, II). Ainda, prevê a possibilidade de realização de audiência pública para oitiva da sociedade civil, pessoas com experiência e/ou expertise na matéria decidida<sup>498</sup>. Uma vez instruído o incidente, passa-se à terceira fase, que consiste no julgamento.

### 4.3 Terceira fase: julgamento

#### 4.3.1 Procedimento da sessão de julgamento

O julgamento do incidente será realizado pelo órgão colegiado a quem caiba a uniformização de jurisprudência (art. 978). O relator deverá solicitar a inclusão do IRDR em pauta, sendo recomendável que isso ocorra com antecedência razoável, para que os sujeitos envolvidos no incidente se preparem para o julgamento, bem como para que a sociedade interessada possa se organizar para acompanhá-lo.

Na sessão de julgamento deverá ocorrer a exposição do objeto do incidente, ou seja, da questão de direito a ser solucionada, com a identificação da controvérsia e dos argumentos apresentados pelos *sujeitos condutores, sobrestados, amici curiae*, Ministério Público, enfim, todos que tenham contribuído para o debate<sup>499</sup>.

---

dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia”. No caso do IRDR, pensamos que o tribunal não precisará requisitar peças processuais para todos os juízos de primeira instância, o que inviabilizaria sua tramitação. Seria possível cogitar que os sujeitos de tais processos selecionados para instrução, apesar de continuarem como *sujeitos sobrestados*, teriam a seu favor a presunção da contribuição para o debate, o que poderia resultar, por exemplo, na concessão de tempo para a realização de sustentação oral.

<sup>498</sup> Sobre audiência pública e a sua importância para democratizar o debate: “A possibilidade de “ouvir” segmentos da sociedade que a audiência pública oportuniza no âmbito das ações de controle direto e concentrado da constitucionalidade, quebra a cadeia de formas e atos que burocratizam a relação processual. Ao mesmo tempo dá a essa última a necessária ductilidade para acolher outras pessoas que não reúnem em si a condição de partes, tampouco de terceiros intervenientes, mas que se encontram numa posição fático-jurídica que lhes permite participarem “sem ser partes” pelas condições que reúnem de influenciar na formação do convencimento de quem deverá julgar. É que a realidade social a ser analisada hoje e que clama por reformas é infinitamente mais complexa do que aquela do tempo em que foram construídos e codificados os principais institutos de direito processual. Desse modo, parecia inevitável e desejável mesmo que chegasse o tempo em que o Poder Judiciário reconhecesse suas limitações e se voltasse para a sociedade para com ela construir a decisão. É justamente dessa possibilidade que se forja o que se pode denominar de processo pós-burocrático. Pressupondo a limitação cognitiva de quem julga, abre-se à sociedade trazendo democratização ao processo, mas ao mesmo tempo mantém a obrigação de o julgador manter-se engajado no diálogo processual, ouvindo não só as partes do processo, mas outros interessados para fundamentar sua decisão final, assumindo a responsabilidade coletiva pela decisão” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *Revista de Processo*, vol. 154, dez/2007, p. 265-283).

<sup>499</sup> Antonio Cabral defende que, além da exposição do objeto do incidente, “o relator também exponha, ainda que só listando e não enfrentando analiticamente, os argumentos que suportam as teses antagônicas existentes para a solução da questão comum” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In:

É garantida a realização de sustentação oral, nos seguintes termos: os sujeitos condutores do incidente e o Ministério Público terão o prazo de 30 (trinta) minutos (art. 984, II, a) e os demais interessados terão igual prazo, que poderá ser ampliado caso sejam muitos os inscritos, o qual será dividido entre todos (art. 984, II, b). Pensamos que a sustentação oral deva ser oportunizada aos sujeitos sobrestados e *amicus curiae*, sendo possível a eleição de um porta-voz, caso seja necessário, considerando o tempo deferido pelo órgão julgador.

O Código dispõe que o incidente deverá ser julgado no prazo de um ano e sua tramitação será preferencial em relação aos demais processos, salvo *habeas corpus* e processos com réu preso. Tal prazo, que também se aplica à suspensão dos processos repetitivos, poderá ser prorrogado em decisão fundamentada (art. 980). Entendemos que o prazo inicia-se com a decisão de admissão do incidente e se encerra com a decisão de mérito, nos tribunais estaduais e regionais. Nos tribunais superiores, parecia possível defender que houvesse novo prazo de um ano<sup>500</sup>, até porque este era o prazo previsto nos artigos 1.035, §10 e 1.037 §5º para o julgamento de repercussão geral e recursos repetitivos, mas, diante da revogação de tais dispositivos, não há mais a fixação de prazo máximo para resolução da questão no STF e STJ.

#### 4.3.2 A decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas: elementos e eficácia

A decisão que julga o incidente, considerada pelo Código como decisão de mérito (art. 987), é o ato que, analisando todos os fundamentos aventados, soluciona a questão de direito, fixando a tese que será observada posteriormente no julgamento das pretensões veiculadas das demandas repetitivas. Trataremos, nos itens que seguem, de seus elementos essenciais e de sua eficácia.

##### 4.3.2.1 Nota introdutória: precedentes e decisão no IRDR. Aproximações e distinções.

O tema relativo à decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas invoca, quase que automaticamente, o tema dos *precedentes*. Falar em precedentes,

---

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1442). Concordamos integralmente.

<sup>500</sup> CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1436.

por sua vez, atrai a análise do sistema de *common law* e de sua tradição histórica de respeito às decisões judiciais. Não temos pretensão de aprofundar no estudo do tema, que exigiria outra delimitação temática, mas parece essencial estabelecer algumas premissas e distinções essenciais, para prosseguir na problemática relativa à decisão judicial no IRDR.

#### 4.3.2.1.1 Breves notas sobre o “sistema de precedentes”: *common law* e *civil law*

A tradição de respeito às decisões judiciais tem, no *common law*, raízes históricas<sup>501</sup>, as quais exercem papel central naquele sistema jurídico<sup>502</sup>.

Por sua vez, o sistema jurídico brasileiro, cuja estruturação sofreu influências sobretudo da tradição do *civil law*<sup>503</sup>, foi construído sobre bases um pouco distintas<sup>504</sup>,

---

<sup>501</sup> Marinoni destaca, contudo, que é relativamente recente a atribuição de eficácia propriamente vinculativa aos precedentes, ou *stare decisis*. O autor aponta que apesar do *stare decisis* ser um dos elementos presentes no *common law* e estar atrelado às decisões como precedentes judiciais, estes institutos não se confundem: “Embora os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* – isto é, a eficácia vinculativa dos precedentes – tem sustentação especialmente na igualdade, na coerência e na estabilidade da ordem jurídica e na previsibilidade. Ainda que seja costume pensar o *stare decisis* como aspecto indissociável do *common law*, a verdade é que o primeiro surgiu no curso do desenvolvimento do segundo para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas (...) A elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação de sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedentes*), que é mais recente ainda” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 17).

<sup>502</sup> Não se quer dizer com essa afirmação, contudo, que há uniformidade em relação às características e funções da atividade do juiz no amplo sistema do *common law*. Sobre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição no *common law*, e, ainda, sobre a distinção entre o juiz da Inglaterra e o juiz dos Estados Unidos da América, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 24-33 e 43-48.

<sup>503</sup> A doutrina destaca que embora o Brasil seja geralmente referido como um dos países da tradição do *civil law*, há elementos importantes típicos do *common law* no que se refere ao regime constitucional. Zaneti destaca que há um sistema misto e que até o CPC/2015, havia “um paradoxo metodológico da justiça brasileira, que tinha sua matriz constitucional na Constituição Republicana de 1891, com nítida influência do *common law* noteroamericano e sua matriz infraconstitucional no direito do *civil law*, a exemplo do CPC/73” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.307). No mesmo sentido, Patrícia Perrone Campos Mello afirma que o Brasil recebeu influências dos dois sistemas: “em virtude da colonização portuguesa, recepcionou o sistema romano, assimilado por Portugal. Em sede de controle de constitucionalidade, adotou, a partir da Constituição de 1981, um modelo difuso de *judicial review*, de inspiração norte-americana, e, com a Emenda Constitucional nº 16/1965, assimilou também a fiscalização abstrata da constitucionalidade, de origem europeia, através da representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Esta diversidade de influências levou à configuração do sistema constitucional brasileiro como um sistema misto de controle” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 317).

<sup>504</sup> A doutrina destaca que é equivocado afirmar que os precedentes apenas existem, historicamente, nos países de tradição do *common law*. Misabel Derzi e Thomas Bustamante, por exemplo, apontam que “a unificação do direito por meio da jurisprudência é um fenômeno que se verificou em praticamente todos os sistemas jurídicos da tradição continental europeia”. Ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 338-350. Sobre essa perspectiva, Nicola Picardi faz uma análise da evolução histórica da relação entre o juiz e a lei, no qual destaca que, apenas a partir do século XVII é que se procurou subordinar o juiz à lei, ainda que na época, a lei fosse vinculada à soberania absoluta do rei. O *Code*

notadamente quanto à importância da decisão judicial e seu caráter normativo<sup>505</sup>. A tradição que se desenvolveu em especial após a Revolução Francesa procurou manter o juiz preso à lei como uma forma de estabelecer segurança jurídica, sob o pressuposto de que a lei seria unívoca e que dela decorreria a certeza do direito<sup>506</sup>.

Tais premissas não encontram, hoje, sustentação<sup>507</sup>. Verifica-se aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*<sup>508</sup> e, por consequência, um intercâmbio entre seus institutos<sup>509</sup>. E um dos pontos de contato mais evidente é o tema relativo à decisão judicial e sua eficácia.

*Louis* é, para o autor, um marco dessa sujeição, que ocorreu num contexto de que havia “um endêmico conflito entre os magistrados e o rei, conflito que o último tentou superar adotando uma série de provimentos legislativos, direcionados a limitar os poderes dos juizes (...) O direito era reduzido à lei, e a lei à vontade do soberano” (p. 81-82). Para o autor, essa *legislação sem jurisdição* foi a “matriz da concepção do juiz ‘bouche de la loi’ e da interpretação mecânica da lei” (p. 97), o que é exposto em: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008, sobretudo o capítulo III, “Introdução ao Code Louis”. Assim, o que se quer dizer, no texto, quando se referencia ao *civil law*, é a tradição verificada sobretudo posteriormente à revolução francesa, que deu ênfase quase que exclusiva ao direito legislado.

<sup>505</sup> Marinoni compara tais sistemas, afirmando que “enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito (...) A superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado – certamente que em termos essencialmente teóricos – para a formação das concepções antagônicas de *jude bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e de *judge make law* (juiz legislador)” (2011, p. 51). Com base nessa premissa, o autor afirma que “o que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é comparação do seu papel com o juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei. Neste sistema, quando se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador, o direito era concebido unicamente como lei. A tarefa do judiciário se resumia à aplicação das normas gerais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 39). Sobre tal questão, Picardi escreveu, em 1984, que “diversamente do que ocorreu nos países anglo-saxões, na Europa Continental está consolidado o ensinamento segundo o qual a jurisprudência não constitui fonte do direito” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008, p. 145). Hermes Zaneti Jr., por sua vez, afirma que “nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligadas aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária” (ZANETI JR., Hermes. *Precedentes (treat like cases alike)* e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 235, set/2014, versão digital).

<sup>506</sup> Marinoni leciona que “o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. mais, imaginou que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 63).

<sup>507</sup> “A tradição do *civil law*, ancorada nas razões da Revolução Francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. O juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a paulatinamente interpretá-la (...) A doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação de poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias atuais, outra figura” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 100).

<sup>508</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso comenta que “a rota de aproximação entre os regimes jurídicos-políticos da *civil law* e da *common law* era, a bem dizer, um evento prenunciado pelo evoluir dos acontecimentos no mundo globalizado e massificado em que vivemos, onde vão se esmaecendo as fronteiras políticas, culturais e sociais, e onde os diversos valores e interesses vão se mesclando e se implicando mutuamente (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 213).

<sup>509</sup> O que é esperado na realidade contemporânea, de interlocução e aproximação entre culturas. Aluisio Mendes aponta que “a ciência, inclusive jurídica e processual, acaba iniciando ou aprimorando conhecimentos além das respectivas fronteiras. Por conseguinte, há incremento no intercâmbio acadêmico e profissional, sendo crescente o interesse no estudo das soluções engendradas por outros países e culturas jurídicas, fortalecendo-se a

No sistema brasileiro, tradicionalmente de direito legislado<sup>510</sup>, a crescente importância dada às decisões judiciais é de fácil constatação<sup>511</sup>. Estas mudanças decorrem, dentre outros motivos:

a) dos impactos do constitucionalismo<sup>512</sup>, com o reconhecimento de força normativa e de supremacia da Constituição em relação à lei, alterando-se a concepção do que é direito, jurisdição<sup>513</sup> e da atividade exercida pelo juiz<sup>514</sup>;

curiosidade sobre o funcionamento de outros sistemas e o incremento do direito processual comparado” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 13-14).

<sup>510</sup> Novamente, a doutrina destaca que essa identificação não é absoluta. Barbosa Moreira, por exemplo, menciona os assentos do Brasil imperial e afirma que “a jurisprudência nunca perdeu por completo o valor de guia para julgamentos. Ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando examinados dos mais altos órgãos de Justiça” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual*. 9ª série. Saraiva: 2007, p. 303). De todo modo, como aponta Aluisio Mendes, “o método indutivo do *common law* contrapõe-se, assim, ao dedutivo do nosso sistema, que sempre procurou priorizar a interpretação a partir do arcabouço constitucional e legal” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 14).

<sup>511</sup> A doutrina destaca que o que vem ocorrendo é a atribuição às decisões judiciais de “uma eficácia que não lhes é típica nos sistemas de *civil law*” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 186, ago/2010, p. 87).

<sup>512</sup> Ver, dentre outros: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, IBDP, nº 9, mar/mai, 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acesso em 01/11/2011; BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009; ACKERMAN, Bruce. The living Constitution. *Harvard Law Review*. 120: 1738, 2007. Ver, sobre constitucionalismo e processo: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005; ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

<sup>513</sup> Nesse sentido: “A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos seus juízes um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. *No instante em que a lei perde supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição* (...) A concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma da estrita separação de poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 42, grifo nosso)

<sup>514</sup> A atividade jurisdicional vem sofrendo mutações substanciais, e hoje nada tem a ver com a mera declaração da vontade da lei. As mudanças operadas pelo fortalecimento da constituição também abriram espaço para princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais e abertas, que exigem a estruturação de um sistema de observância e respeito às decisões proferidas por órgãos superiores. Veja, ainda, que a situação é especialmente delicada nos sistemas em que convivem controle concentrado e controle difuso, como o Brasil, o que certamente reforça a necessidade de um sistema de respeito às decisões proferidas pelas cortes de uniformização. Ver, sobre

b) da falência da concepção de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando, por isso, qualquer atividade interpretativa e/ou criativa do direito<sup>515</sup>. A constatação de que o texto legal admite variadas normas, que deve ser interpretado e que o juiz tem papel criativo no exercício da jurisdição evidenciaram a necessidade de abandonar dogmas do *civil law*<sup>516</sup>, para buscar a segurança jurídica e a previsibilidade em outras fontes que não na lei, como na decisão judicial<sup>517</sup>;

c) da inflação legislativa<sup>518</sup> e da inatividade do legislador<sup>519</sup>;

c) da crescente exigência de segurança jurídica, racionalidade, previsibilidade, uniformidade e coerência, mormente diante da explosão da quantidade de processos judiciais, muitos versando sobre as mesmas questões, entre outros fatores.

Contudo, se há crescente atribuição de importância e de reconhecimento de força normativa às decisões judiciais brasileiras<sup>520</sup>, não é possível ignorar que as características e

essa problemática: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 75-88.

<sup>515</sup> Marinoni aponta que “não há como admitir (...) a possibilidade de limitar a função judicial à simples aplicação da lei. Na verdade, é uma grande ingenuidade supor que o texto legal somente possa ter um significado ou uma interpretação. Essa ingenuidade pode ser escusável apenas quando atrelada às angústias da tradição do *civil law*. Ora, por mais perfeita que a sua construção linguística possa parecer, o texto legal tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações – o que, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes. Como diz Riccardo Guastini, o texto da lei admite uma variedade de interpretações, ou seja, exprime potencialmente não apenas uma norma (ditada pelo intérprete) de limites determinados, mas uma multiplicidade de normas alternativas, sempre de conteúdo indeterminado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 150).

<sup>516</sup> Picardi afirma que “já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples ‘explicitação’, mas é sempre uma contínua ‘reformulação’ da norma” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008, p. 15).

<sup>517</sup> Essa é, para Marinoni, uma das distinções essenciais dos sistemas de *common law* e *civil law*. Para o autor, “nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, exatamente nos precedentes, no *stare decisis*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 63).

<sup>518</sup> Nicola Picardi destaca tal movimento, afirmando que a “chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei (...) o aumento do número de regras comporta, assim, um desenvolvimenro exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008, p. 5-6). Ainda, nesse sentido: “quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 125)

<sup>519</sup> Embora pareça contraditório em relação à inflação legislativa, também “as várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas que estão na origem do deslocamento dos poderes ao judiciário” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008, p. 6), como as omissões e a adoção de técnicas legislativas elásticas, que deixam, segundo o autor, “margens de abertura” no tecido legislativo.

<sup>520</sup> Sobre a “vocação do nosso tempo para a jurisdição”, com uma análise sobre a relação entre jurisdição, legislação e administração, ver: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Forense: 2008, p. 1-32 e 145-155. O autor destaca que “a lei, de *per se*, diz pouco ou quase nada ao cidadão e ao jurista; ocorre atender à interpretação e à aplicação por parte dos tribunais. Nesse sentido, pode-se

consequências desenhadas para nosso sistema são distintas do que é costume observar no *common law*.

Há, em relação a alguns dos aspectos do “sistema de precedentes”, distinções importantes, que tentaremos apontar em seguida, mesmo correndo o risco da excessiva simplificação e generalização de tais institutos. O objetivo é traçar algumas linhas divisórias, embora a localização de tais linhas não possa ser absolutamente determinada. Como o objeto deste estudo é o incidente de resolução de demandas repetitivas, a análise será feita em relação a este instituto<sup>521</sup>.

#### 4.3.2.1.2 A tradição dos precedentes e a decisão do IRDR: importantes distinções

Inúmeras críticas vêm sendo dirigidas ao “sistema de precedentes” adotado pelo novo Código de Processo Civil, em especial à eficácia das decisões identificadas no rol do art. 927<sup>522</sup>. Pensamos que muitas objeções decorrem da justificada frustração decorrente da adoção de um sistema que poderia ser melhor, e que poderia ter absorvido construções e evoluções relevantes dos países que possuem uma tradição de respeito às decisões judiciais.

Não obstante, diante do CPC/2015, parece prudente compreender o sistema adotado nos seus contornos específicos, para dar-lhe a melhor interpretação e aplicação. Para tanto, as suas peculiaridades e características distintivas devem ser destacadas e analisadas, sobretudo para identificar em que medida as teorias e categorias desenvolvidas para outros sistemas podem adequadamente ser aplicadas, e quais não.

Em primeiro lugar, é preciso perceber que há diferenças substanciais entre o sistema brasileiro – notadamente a partir do novo CPC – e o sistema do *common law*, no que se refere ao momento e à caracterização de uma decisão como precedente.

Via de regra, no sistema do *common law*, quem extrai um precedente de uma determinada decisão é o órgão ou juiz posterior, por ocasião da aplicação de seus

---

definir a jurisprudência como “fator do direito” (p. 148). Sobre a “oportunidade de respeitar precedentes”, com uma análise dos motivos e fundamentos para seguir um sistema de observância das decisões judiciais pretéritas, sobretudo as proferidas por cortes superiores, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, capítulo II, item 2.

<sup>521</sup> É preciso pontuar, então, que nem todas as características apontadas serão encontradas em outros “mecanismos processuais de formação concentrada de precedentes” (elencados no art. 927) e, talvez mais ainda, em decisões-precedente formadas difusamente.

<sup>522</sup> Ver, por exemplo: NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 485-514; ROSSI, Júlio Cesar. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Vol. 208, jun/2012, versão digital.

fundamentos no julgamento de caso análogo<sup>523</sup>, de modo que, via de regra, não é possível falar *a priori* que determinada decisão é precedente.

Por outro lado, a decisão proferida no IRDR foi feita para ser “precedente”<sup>524</sup>. O desenho procedimental do incidente de resolução de demandas e a eficácia conferida pela lei para suas decisões demonstra que ele foi criado para que, numa sede qualificada – tanto em termos de competência do órgão julgador como de participação democrática – seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão analisada.

A decisão do IRDR é “propositadamente” precedente<sup>525</sup>, e seu objetivo é declaradamente fixar uma tese que seja adotada pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados<sup>526</sup>, o que é deve ser uma premissa indispensável para analisar-se o instituto<sup>527</sup>.

---

<sup>523</sup> Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud destacam: “os Tribunais Superiores quando decidem um *leading case* não podem impor sua decisão às demais instâncias determinando que ela se torne um precedente à força. Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs Madison*, ele não poderia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para realização do controle difuso de constitucionalidade” (NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 506).

<sup>524</sup> Nesse sentido, é precisa a observação de Alexandre Câmara, que explicita que “Nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte (...). No direito processual civil brasileiro a situação é diferente. É que a lei já estipula, com antecedência, quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante. (...) Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado ‘para ser precedente vinculante’. *Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são ‘precedentes de propósito’*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 437, grifo nosso).

<sup>525</sup> Se referindo ao IRDR como procedimento destinado à formação precedente, Antonio do Passo Cabral afirma que “trata-se de um procedimento destinado à produção de precedente vinculativo, *uma espécie de canalização institucional do debate para a formação de precedentes*. Essa estruturação voltada à solução comum e em bloco atrai a atenção de inúmeros sujeitos processuais para a participação e influência sobre o julgamento do IRDR” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1423). Ainda, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga se referem ao sistema de resolução de casos repetitivos como “incidente processual para elaboração de precedente obrigatório (arts. 489, §1º, 984, §2º, e 1.038, §3º, CPC), com natureza de processo objetivo. *É uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios* (...). Trata-se de uma peculiaridade brasileira. Nem todo precedente pressupõe procedimento específico de produção” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 465, grifo no original).

<sup>526</sup> Nesse sentido: “O IRDR é destinado a produzir uma decisão cuja conclusão possa ser replicada em muitos outros processos. Assim, uma vez julgado o incidente, e definida a questão comum, o principal efeito (e que está na base da justificativa de política-legislativa para a introdução do instituto no direito brasileiro), é a aplicação da *ratio decidendi* fixada no IRDR para todos os outros processos em que se discuta a questão comum” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1445).

<sup>527</sup> Destacamos, contudo, importante reflexão sobre essa perspectiva retrospectiva ou prospectiva de encarar o precedente, que alerta para interligação entre tais vieses: “um argumento a partir do precedente parece, a princípio, olhar para trás. A perspectiva tradicional sobre o precedente, tanto dentro, como fora, da lei, tem então focado no uso de precedentes de ontem, nas decisões de hoje. Mas de maneira tão ou mais importante, um argumento a partir do precedente olha também para frente, pedindo-nos que observemos as decisões atuais como precedentes para autoridades decisórias [*decisionmakers*] de amanhã. Hoje não é tão somente o amanhã de ontem; é também o ontem de amanhã. Um sistema de precedente, portanto, implica a responsabilidade especial que acompanha o poder de restringir [*commit*] o futuro antes mesmo de chegarmos lá” (SCHAUER, Frederick.

Essa foi a opção do legislador brasileiro, que está evidente no desenho estrutural e na eficácia projetada para a decisão proferida no IRDR.

Por outro lado, como o IRDR é meio canalizador de formação de precedente, é preciso destacar outro traço distintivo, que está diretamente relacionado ao declarado objetivo de criação de um padrão decisório abrangente para aplicação à totalidade de casos que versem sobre a questão jurídica apreciada.

Trata-se da abstração das particularidades fáticas para fixação da tese sobre questão jurídica, o que faz com que a decisão do IRDR *não* possa ser compreendida como a *solução de um caso concreto de onde se extraem razões decisórias que podem ser aplicáveis a outros casos*.

Tradicionalmente, a ideia de precedente está vinculada com a decisão sobre um caso concreto<sup>528</sup>. Isso significa que, nesse sistema, os precedentes não fixam teses jurídicas – a não ser quando vinculadas a um caso – e, mesmo assim, apenas é possível extrair uma razão de decidir universalizável a partir da decisão ao caso concreto.

Não é isso que ocorre no IRDR. Como vimos, o incidente não se destina – precípua e diretamente – à solução de casos, mas à fixação de teses. Teses sobre questões de direito material ou processual<sup>529</sup>, independentemente se relativas a questões que seriam classificadas como preliminares, prejudiciais ou principais nos casos concretos<sup>530</sup>. Por isso que, apesar de falar em *demandas repetitivas*, o incidente soluciona *questões repetitivas*.

Como visto, a cognição relevante no IRDR é *predominantemente de direito*, porque o objeto do IRDR será uma questão jurídica repetida. Como a atividade cognitiva e decisória do tribunal dar-se-á em torno da questão jurídica, as circunstâncias e peculiaridades fáticas

Precedent. Stanford Law Review, vol. 39, n. 3, fev/1987, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 79-80, nota de rodapé n. 107). Poderíamos entender que o IRDR, apesar de “olhar para trás” no momento de fixação da tese (para as decisões anteriores sobre aquele tema), é sobretudo uma decisão que “olha pra frente”, porque objetiva claramente projetar-se para regular os casos posteriores.

<sup>528</sup> Marinoni destaca que “o sistema do *common law*, ao se ancorar no *stare decisis*, sempre se pautou pelos julgamentos dados aos casos. Quando é invocado o caso X ou o caso Y, são chamadas as *ratio decidendi* desses casos. Assim, é possível dizer que o *stare decisis* ou o sistema de precedentes do *common law* é um sistema de casos (*case law*)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 245).

<sup>529</sup> Nesse sentido, cita-se o enunciado n° 327 do FPPC: “(art. 928, parágrafo único). Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”.

<sup>530</sup> Marinoni afirma que “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” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 246, grifo nosso).

concretas não terão o mesmo significado (para o julgamento) das decisões consideradas como precedentes no *common law*<sup>531</sup>.

O tratamento à matéria fática é bastante distinto, até porque não é possível ignorar que, além de ser uma decisão proferida em processo dessubjetivado, há outro aspecto essencial que em geral diferencia os sistemas sob influência do *civil law*, que diz respeito à prévia definição de uma moldura fática pelo legislador, o que configura uma pré-valorização dos fatos mediante a criação de uma hipótese de incidência, influenciando, por consequência, a atividade do julgador quanto à análise e definição dos fatos efetivamente ocorridos<sup>532</sup>.

Afirmar que a atividade de cognição e julgamento é predominantemente de direito não significa ignorar aspectos fáticos, até porque isso seria inviável para a compreensão do fenômeno jurídico. Significa dizer que a apuração dos fatos concretos e a produção de provas acerca das alegações fáticas será dispensada, porque o juízo será feito a partir de uma projeção de tais circunstâncias.

Haverá, como mencionamos anteriormente, uma projeção da situação fática padrão, extraída das circunstâncias dos processos afetados e também dos demais casos que venham a integrar o incidente com a função de instruí-lo, sobre a qual incidirá a *tese jurídica*. O tribunal, para apreciação da questão de direito, *abstrairá das circunstâncias concretas um*

---

<sup>531</sup> Marinoni destaca essa circunstância em relação aos precedentes nos recursos especial e extraordinário, afirmando que “tais precedentes não são estruturados a partir dos fatos, como comumente sucede no *common law*. Embora as decisões proferidas em recurso especial e extraordinário sejam tomadas em casos concretos, esses recursos são restritos à valoração de questões de direito ou de teses jurídicas, o que confere a estes precedentes natureza genuinamente interpretativa” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 257). O raciocínio se aplica ao IRDR, pois restrito à resolução de questões de direito. O autor também trata desse aspecto em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, afirmando que “o fio condutor que proporciona ampla discussão das teses jurídicas nesta sede é a ideia de processo objetivo. Não havendo necessidade de se pensar em partes e de se julgar um ‘caso concreto’, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concentra-se na controvérsia constitucional e em seus efeitos. Tal técnica de julgamento permite um foco maior em questões que extrapolam o individual para atingir toda a coletividade” (p. 258-259). É precisamente o que ocorre no IRDR.

<sup>532</sup> Patrícia Perrone Campos Mello afirma que a extração da *ratio* do precedente é distinta do *common law* nas decisões de controle concentrado brasileiras, considerando também o seu caráter objetivo. A autora aponta justamente que, em razão disso, se afirma que o tratamento dado à matéria fática é distinto, eis que naquele sistema as decisões “apresentam maior detalhamento fático e se preocupam em debater os eventos que geraram a lide com maior profundidade” (p. 143). Mas o mais importante, pensamos, é a reflexão da autora no sentido de que “as decisões judiciais proferidas em países do *civil law* partem de uma moldura previamente delineada pela lei, o que não necessariamente ocorre no *common law*. Tal moldura auxilia, por si só, uma seleção preliminar dos fatos relevantes (...). Essa pré-valorização dos fatos, que é efetuada pelo próprio legislador, seleciona os eventos a serem tidos em conta em certos contextos, excluindo outros, podendo, por isso, atenuar o detalhamento fático necessário a se alcançar um decisão (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 144, nota de rodapé nº 231). A autora ainda cita outras questões relevantes que acarretam numa distinção quanto ao tratamento dos fatos, como a limitação dos recursos excepcionais (e, agora, do IRDR) à matéria de direito e, ainda, a patológica sobrecarga de trabalho nos tribunais brasileiros.

*fato-tipo*, o qual será descrito na decisão<sup>533</sup>. Há, como já mencionamos, abstração e concretude.

Assim, não se quer dizer que apenas será relevante a definição jurídica, o que poderia acarretar no extremo de defender-se a aplicação da tese jurídica a qualquer fato<sup>534</sup>. Esse entendimento acarretaria na *extirpação* de elementos fáticos e não da sua *abstração*, que é o que defendemos.

Não se ignora a importância da correta e detalhada delimitação de tais fatos-tipo ou da categoria fática<sup>535</sup> para a formação dos precedentes. Pelo contrário, reforça-se a necessidade de delimitação e identificação clara da situação fática em relação à qual a norma é apreciada<sup>536</sup>, porque isso permitirá a compreensão sobre a tese fixada e o posterior enquadramento das demandas como *repetitivas* para fins de sua aplicação. Ocorre que no IRDR essa situação fática será *virtual* e não *real*, porque não será apurada e comprovada no incidente.

---

<sup>533</sup> Tratamos do tema no capítulo 3.

<sup>534</sup> Se a questão apreciada no incidente disser respeito à constitucionalidade de alguma norma, haverá uma aproximação em relação ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, em que a dessubjetivação é mais forte. Nestes casos, a definição da categoria fática poderá ser menos relevante. Como menciona Patrícia Campos Mello, nos precedentes proferidos em controle concentrado, “a questão de fato e a discussão acerca da classe de eventos abrangida pela norma (*breadth component*) não são a tônica nesta sede, embora não estejam completamente ausentes” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 146).

<sup>535</sup> Patrícia Perrone Campos Mello aponta para a indispensabilidade da identificação da classe de eventos a ser abrangida pelo comando (norma) da decisão-precedente. A autora faz, inclusive, uma incursão sobre alguns aspectos que a doutrina vem utilizando para se desincumbir da complexa tarefa de identificação da categoria de fatos para os quais o precedente se aplica, como regras de cultura e linguagem. Não se pode esquecer, ademais, que já existe entre nós uma pré-definição dos fatos pelo legislador, o que é um fator que auxilia na definição da classe de fatos pelo julgador. Ver: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 130-135. Marinoni destaca a importância dos fatos para a interpretação dos precedentes, afirmando que “os fatos do precedente sempre podem ser enquadrados em determinada categoria – mais restrita ou mais ampla -, em conformidade com as razões que serviram de base à decisão. Para se proceder a tal enquadramento, é necessário tomar em conta especialmente a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que podem identificar as categorias em que os fatos se inserem” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 252). Quando mais ampla a categoria fática, mais ampla será a aplicação do precedente, mas também mais potencialmente imprecisa, o que deverá ser evitado.

<sup>536</sup> Hermes Zaneti Jr. aponta que “na formação do precedente, os tribunais devem individualizar as categorias fáticas de maneira a construir uma relação entre os fatos e a tese jurídica a ser aplicada, demonstrando a unidade fático-jurídica nos fundamentos determinantes de sua decisão. A identificação da universalização dos argumentos fáticos e jurídicos na redação dos acórdãos, da ementa e dos enunciados da súmula, facilita a compreensão do intérprete futuro (...) Lembre-se que o requisito da universalização dos argumentos fáticos e jurídicos é um requisito de racionalidade da decisão e permite, mais facilmente, sua correta aplicação nos casos futuros” (ZANETI JR., Hermes. *Comentários aos arts. 926 a 928*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.324). Pensamos que no incidente não será diferente, porque o tribunal irá individualizar categorias fáticas através da descrição de um fato-tipo.

Esse aspecto – maior ou menor vinculação à resolução do caso concreto – é fator distintivo importante da decisão-precedente no IRDR. O fato de o objeto do incidente ser uma questão de direito já demonstra uma distinção essencial em relação ao precedente “do caso”, notadamente no que se refere a uma “natural vocação expansiva” da decisão<sup>537</sup>.

A ressalva é importante porque o precedente é extraído, em geral e sobretudo no *common law*, de uma decisão sobre um caso concreto. Por isso é que há, na doutrina, quem identifique duas normas distintas na decisão-precedente: uma individual e uma geral, distinguindo o *discurso do caso* e o *discurso do precedente*<sup>538</sup>.

No incidente, segundo nosso entendimento, a decisão não visa ao julgamento de conflito subjetivo e, por isso, não gera norma relativa ao caso concreto, mas apenas a norma geral<sup>539</sup>. De modo que não é possível extrair, no IRDR, o *discurso do caso concreto*<sup>540</sup>, mas apenas o *discurso do precedente*.

A atividade do tribunal deverá ser orientada justamente para fixação de uma tese que tenha potencial de alastrar-se para as demandas repetitivas e, por isso, a abstração é

---

<sup>537</sup> Teori Zavascki, comentando sobre o controle de constitucionalidade, afirma que as decisões sobre legitimidade das normas tem uma vocação natural para assumir projeção expansiva, já que “os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indeterminado de situações e de pessoas. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é por em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 26). Essa vocação expansiva também ocorre na decisão do IRDR.

<sup>538</sup> Os autores apontam que “a normatividade da decisão jurisdicional revela-se em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão)” (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 489. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 705). Também adota este entendimento Hermes Zaneti Jr., para quem “O CPC/2015 reconheceu expressamente a dualidade das dimensões da norma jurídica e dos discursos jurídicos produzidos na decisão judicial, qual sejam: a) a decisão do caso concreto; b) formação, eventual, de precedente” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1319).

<sup>539</sup> Sobre a norma geral que decorre da decisão, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, mencionam que é geral “porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 443). No IRDR, entendemos que todo o julgamento *se desprende* de casos concretos, como já abordamos anteriormente.

<sup>540</sup> Embora a situação não seja comum no sistema brasileiro, é admitida para o IRDR mesmo por quem defende que a decisão analisa e julga a “causa-piloto”, como Alexandre Câmara. O autor ressalva “o caso – excepcionalíssimo – de um pronunciamento judicial que tenha eficácia de precedente sem julgar qualquer caso concreto. Trata-se da hipótese do art. 976, §1º (...) assim como na hipótese a que se refere o art. 998, parágrafo único (...) Nesses casos, então, haverá o precedente vinculante mas não terá havido julgamento de caso concreto (e, pois, nessas excepcionais hipóteses, os tribunais atuarão como *tribunais de teses*, limitando-se a fixar em abstrato o entendimento a ser posteriormente observado em futuras decisões)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 439). Ainda que a considere excepcional, é relevante perceber a aceitação dessa perspectiva que encara a decisão do IRDR como uma decisão exclusivamente de “tese” ou “precedente”, o que demonstra a viabilidade desse pensamento.

recomendada e necessária<sup>541</sup>. É preciso que o tribunal adote razões universalizáveis<sup>542</sup>, embora não absolutas<sup>543</sup>.

---

<sup>541</sup> Sobre cognição em abstrato, é relevante o alerta de Antonio do Passo Cabral. Como o autor considera que o IRDR julga a “causa-piloto”, afirma que há o “risco de que o tribunal confunda sua análise da questão comum por alguma circunstância concreta que não se verifique em outros casos, e portanto a referência a um caso poderia impactar a conclusão sobre a questão comum ‘em abstrato’. O problema é menor quando o incidente tiver feição ‘objetiva’; mas mesmo aí a indevida influência dos fatos específicos pode ser verificada porque a instrução é realizada através da afetação de casos concretos (ainda que posteriormente tenha havido desistência). Em qualquer caso, portanto, o tribunal julgador deve procurar afastar-se tanto quanto possível do casuísmo ao apreciar a questão comum. O raciocínio do tribunal, ao apreciar o mérito do incidente, deve ser aquele de buscar um precedente cuja *ratio* sirva potencialmente para qualquer caso concreto que viesse a ser aplicada”. O autor continua, afirmando que “a diretriz para que o tribunal tente, na medida do possível, afastar-se de peculiaridades e particularismos, buscando núcleos normativos que sejam universalizáveis, não significa também que nenhuma consideração pragmática, consequencialista, utilitarista ou concreta seja excluída da fundamentação do órgão julgador. É permitido que, para definir o sentido em que deve ser solucionada a questão comum, sejam utilizados fundamentos a respeito da aplicação concreta desta conclusão, ou a quais resultados práticos a solução da questão em tal ou qual direção possa levar. Porém, mesmo nestas hipóteses, não deve haver referência a um caso específico, a sujeitos determinados ou a circunstâncias casuísticas” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1443-1444).

<sup>542</sup> Paula Pessoa Pereira desenvolveu um interessante estudo sobre universalização da decisão e cortes de uniformização, no qual trata desta exigência na justificação das decisões judiciais. Afirma que, em geral, embora a disputa jurídica surja a partir de um problema em uma situação concreta, é possível e necessário adotar uma justificação universalizável na decisão que a enfrente. Para tanto, identifica os tipos de problemas relativos à resolução de disputas jurídicas – problemas de prova, problemas de classificação, problemas de relevância e problemas de interpretação – e defende que os últimos três, “por se referirem, de uma forma ou outra, ao alcance e definição da norma jurídica, demandam uma justificação universal ou universalizável” (p. 102). É relevante destacar que a autora, valendo-se da doutrina de MacCormick e Atienza, aponta que “os problemas de classificação consistem na relação entre o fato acontecido e o que estabelece o predicado fático da norma (...). *Os problemas de relevância, por sua vez, aparecem quando existem dúvidas sobre qual norma deve ser aplicada para a resolução do caso concreto. Os problemas de interpretação, por fim, referem-se à dúvida sobre como deve ser aplicada uma determinada norma jurídica, em atenção à coerência que ela deve estabelecer com as demais normas e princípios do sistema*” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir no universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR). Muito embora não seja exatamente a mesma classificação que citamos para identificar o que são “questões de direito” (capítulo 3), ou seja - “(a) qual a norma jurídica geral aplicável àquela situação fática, (b) quais os efeitos que dessa incidência podem ser extraído. É também aqui que o juiz deve (c) analisar e resolver, eventualmente, a questão da compatibilidade constitucional da norma jurídica e ainda (d) analisar e resolver eventual conflito normativo verificado” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 320-322) – é possível identificar diversos pontos de contato, o que reforça a conclusão do que deve ser analisado no IRDR e que tipo de “problemas” a decisão enfrenta. Adotando o raciocínio exposto por Paula Pereira, como as questões envolvidas no IRDR tratarão de problemas sobre “alcance e definição do significado da norma jurídica”, estas demandam justificação universalizável. É claro que há diferença em relação à decisão de um caso concreto, mas essa distinção não será tão radical, porque não serão ignoradas circunstâncias relativas à categoria fática, mas apenas será dispensada sua verificação em concreto. Sobre esse aspecto, nos valem de citação de Bankowski, constante do trabalho de Paula, segundo a qual: “regras são assim. Para que sejam aplicáveis a todos igualmente, é preciso abstrair as particularidades de cada pessoa e torna-los apenas sujeitos de direito. Fazendo isso, o que acontece é que a pessoa verdadeira é perdida. *A categoria jurídica é puxada para o ciclo auto-referencial do Direito e perde sua conexão com a pessoa real*” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir no universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 103).

<sup>543</sup> Afirmar que a decisão deve ser universalizável não significa, como alerta Paula Pessoa Pereira, que seja absoluta. Assim, para a categoria fática que foi abordada na decisão, a tese será aplicável, o que não afasta a possibilidade de serem criadas exceções, as quais também deverão ser universais. A autora afirma que “o novo caso se apresenta como exceção àquele universo, devendo ser analisado e julgado diante de outros fatores e circunstâncias, obtendo novas razões do decisor. Todavia, a exceção não implica uma justificação particularista,

Por diversos motivos, que compreendem questões históricas, culturais e opções legislativas claras, o “sistema de precedentes” do novo Código não é idêntico – e talvez não seja nem parecido – com aquele construído e desenvolvido sobretudo no *common law*. Apesar de concordarmos com a necessidade de amadurecimento e reflexão sobre tal sistema à luz das conquistas dos países como Estados Unidos e Inglaterra<sup>544</sup>, parece não ser possível ignorar os aspectos em que há distinções substanciais, sob pena de criticarmos um instituto pelo que ele não é, nem pretende ser.

#### 4.3.2.2 O “precedente” formado no IRDR: tese jurídica e eficácia vinculativa<sup>545</sup>

Para falarmos em “precedentes” no IRDR, então, é preciso ter em mente as ressalvas do capítulo anterior. A importação da construção e das teorias próprias do *common law* deve ser realizada com cautela, já que não se pode desviar da constatação de que a decisão do IRDR é propositadamente destinada a servir como padrão decisório para os casos pendentes e futuros, numa tutela marcada pela dessubjetivação.

Mas então, será que é possível dizer que a decisão do IRDR é “precedente”?

A despeito da ausência de consenso total quanto à sua definição, o termo precedente é empregado “quando se tem uma decisão dotada de determinadas características,

---

não, as razões aqui igualmente deverão obedecer à lógica universalizável, ou seja, deverão fazer da exceção um outro conjunto universal” (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir no universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, p. 109). Também sobre exceções universalizáveis, Hermes Zaneti Jr. afirma que “quando o tribunal que estabelecer o precedente e proceder no julgamento de um caso concreto criar uma exceção para a aplicação do precedente, esta decisão também deverá formar um precedente, compondo a cadeia de precedentes necessária para a compreensão do precedente originário” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.326).

<sup>544</sup> Como alerta Dierle Nunes, no sentido de que “temos muito a aprender com a tradição do *common law* antes de nos valer de seu modo de aplicação, de forma completamente atabalhoada e mecânica, como os Tribunais e juízes brasileiros vêm, com recorrência, fazendo” (NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização descisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, p. 41-82, set/2011, versão digital).

<sup>545</sup> Empregamos o termo “eficácia vinculativa” e não “vinculante” ao nos referirmos à decisão do IRDR, visando evitar a associação com a eficácia típica da “súmula vinculante” (art. 103-A, CRFB) e também das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (art. 103, §2º, CRFB). Estas decisões vinculam a Administração Pública e não sofrem limitação territorial, elementos que distinguem sua eficácia “vinculante” (assim denominada por lei) da eficácia da decisão no IRDR. A sugestão de emprego do termo “vinculativo” é de Antonio Cabral, que o adota em: (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1415-1454).

basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”,<sup>546</sup>.

Uma decisão poderá ser considerada precedente, então, se dela puder ser extraído um *padrão decisório para julgamento de outros casos*<sup>547</sup>. Essa função exercida em relação aos casos julgados posteriormente é o que classifica a decisão como precedente<sup>548</sup>.

Se compreendermos o termo sob essa perspectiva, então será possível enquadrar a decisão do IRDR como precedente. Pode-se afirmar que da decisão do IRDR se extrai um precedente vinculativo<sup>549</sup>.

Afinal, da análise do novo CPC é possível concluir a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas tem *eficácia vinculativa*<sup>550</sup>, o que, aliás, é um pressuposto do sistema de resolução de questões a partir da formação de um “modelo da

---

<sup>546</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 215. Não adentraremos no estudo dos métodos para extrair a *ratio* da decisão judicial, e que, por consequência, são métodos para identificação dos próprios precedentes, sobretudo no *common law*. Indicamos a obra de Marinoni, citada acima, p. 221 e seguintes.

<sup>547</sup> Afinal, “se um precedente é uma decisão judicial, o que a torna um precedente é o seu potencial para servir de regra para decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares” (MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Por uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 687).

<sup>548</sup> Não se pode ignorar, contudo, que pode variar a “intensidade” da eficácia do precedente, ou seja, da imposição de observância para julgamento nos casos seguintes. Por isso, parte da doutrina fala em precedentes persuasivos e precedentes vinculantes. A característica que identifica o precedente continua a mesma, mas a “força” com que o padrão decisório se impõe varia. Marinoni leciona que “só há garantia de respeito aos precedentes quando existe o correspondente dever judicial de respeito. Não obstante, o dever judicial de respeito pode ter a sua intensidade medida ou graduada, variando de um respeito absoluto a um respeito despido de vinculação. Neste sentido, o precedente pode ter eficácias variadas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 111). E isso porque “a eficácia jurídica de um precedente variará conforme as disposições de um determinado direito positivo” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454). Há quem adote o termo ‘precedente’ apenas quando há eficácia vinculativa, reservando à eficácia persuasiva o termo ‘jurisprudência’, como Hermes Zaneti Jr. em “Comentários aos arts. 926 a 928”. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.314-1.315). Neste trabalho, adotamos o termo precedente como “precedente vinculativo ou obrigatório”.

<sup>549</sup> Patrícia Perrone Campos Mello afirma que “os precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos. Eles projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63). A autora, em 2008, indicava como precedentes normativos no direito brasileiro apenas as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, em controle concentrado de constitucionalidade estadual, além de decisões do STF em caráter difuso cuja execução fosse suspensa pelo Senado e decisão em ação direta interventiva. Hoje, com o art. 927 do CPC/2015, o rol é ampliado.

<sup>550</sup> Nesse sentido, citamos o entendimento de Eduardo Talamini: “pretende-se atribuir *força vinculante* em sentido estrito à decisão-quadro no julgamento de recursos e causas repetitivos” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital).

controvérsia”<sup>551</sup>. A observância da decisão que fixa a tese jurídica por ocasião do julgamento das demandas repetitivas *em concreto* é aspecto central e inafastável de tais técnicas processuais diferenciadas<sup>552</sup>.

A eficácia vinculativa do precedente formado no IRDR decorre da expressa opção do Código de Processo Civil<sup>553</sup>. Os arts. 926 e 927 instituem um regime de eficácia diferenciada para algumas decisões judiciais, proferidas pelas cortes superiores e pelos tribunais estaduais e regionais<sup>554</sup>, conferindo-lhes força vinculativa<sup>555</sup>.

---

<sup>551</sup> Nesse sentido, precisa é a lição de Marinoni, que, embora trate da repercussão geral, é aplicável ao IRDR: “não há como conciliar a técnica de solução de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem se tratadas de formas diferentes pelos diversos tribunais e juízos inferiores (...)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 475)

<sup>552</sup> Nesse sentido: “a aplicação da tese jurídica definida no incidente aos processos em curso ou que vierem a tramitar perante a jurisdição do tribunal é consequência lógica da própria razão de ser do instituto, em prestígio da estabilidade das decisões, da previsibilidade do sistema jurídico e da segurança jurídica. Demonstra, também, a tendência uniformizadora da jurisprudência atravessada pelo ordenamento jurídico nacional, na tentativa de se atender adequadamente às ações repetitivas” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital).

<sup>553</sup> Hermes Zaneti Jr. afirma que “o direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária do nosso ordenamento jurídico” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.305).

<sup>554</sup> Daniel Mitidiero entende que apenas as cortes superiores formam precedentes, por sua função de dar unidade ao direito. Para o autor, “se é certo que as Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica, certamente não se passa exatamente o mesmo com as Cortes de Justiça. É claro que é desejável que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura, assim como é evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar – o dever de aplicá-los sem quebra de igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso). É diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito. Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados. Daí que seria necessário particularizar no art. 926 que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Isso porque as Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito: tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de uma solução para os problemas jurídicos – não necessariamente para obtenção da solução melhor ou mais amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma solução amadurecida democraticamente pelo diálogo institucional no e do Poder Judiciário. (...) Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. (...) É preciso lembrar que a noção de precedente é uma noção material – tem a ver com a autoridade das Cortes Supremas – e qualitativa – tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito. Daí que, em primeiro lugar, é preciso distinguir por uma vez mais o produto do trabalho das Cortes de Justiça – que depende ainda de uma forma específica para ser vinculante, qual seja, a do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência – do produto do trabalho das Cortes Supremas – que independe de

É importante anotar, contudo, que entendemos que nem todas as decisões proferidas no incidente terão automaticamente o *status* de precedente, com eficácia vinculativa para as demandas repetitivas. A eficácia prevista nos arts. 927, III, e 985 apenas se justifica caso tenham sido observados os procedimentos e prerrogativas previstas para legitimar a decisão, notadamente as de participação no debate e de fundamentação exaustiva. Assim, o tão só fato de a decisão ter sido proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas não é suficiente para justificar a eficácia vinculativa, que dependerá de uma legitimação substancial, ou seja, da observância das características essenciais do próprio instituto.

Feita esta observação, não há óbice em pensar em um *sistema de precedentes* ou de pronunciamentos vinculativos que seja compatível com a Constituição brasileira e com o novo Código de Processo Civil<sup>556</sup> e que leve em consideração as peculiaridades dos seus institutos. Para este estudo, é necessário analisar os inúmeros aspectos de interseção desse sistema com o *sistema de resolução de casos repetitivos*<sup>557</sup>.

Mas, afinal, o que é a eficácia vinculativa da tese jurídica fixada no IRDR? Tentaremos delinear alguns dos aspectos dessa problemática nos itens que seguem.

#### 4.3.2.3 O que vincula na decisão?

---

semelhante forma, na medida em que não só recursos extraordinários e recursos especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes” (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 245, jul/2015, versão digital).

<sup>555</sup> Parece que não há consenso, na doutrina, sobre a eficácia vinculativa das decisões citadas no art. 927. Para Alexandre Câmara, a eficácia não decorre do art. 927, mas de outras normas que atribuem expressamente esse efeito, como o 102, §2º, da CRFB, dentre outros, de modo que há decisões referidas no art. 927 que não são vinculativas, especificamente as referidas nos incisos IV e V. Para o que importa para esse estudo, o autor entende que os acórdãos no IRDR têm eficácia vinculativa, por força do art. 985 do CPC. Ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434-437. Para Hermes Zaneti, por outro lado, o art. 927 estabelece a vinculatividade de todas as decisões ali arroladas, afirmando ainda que “o rol do art. 927 é excludente da vinculatividade formal de outras decisões” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.323).

<sup>556</sup> Há quem afirme que não se pode falar propriamente em ‘precedentes’ no sistema brasileiro. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, por exemplo, sustentam que “a jurisprudência dotada de efeito vinculante tal qual pretende instituir o NCPC bem como os já existentes 543-B e 543-C do CPC não podem ser considerados precedentes no sentido estrito do termo, porquanto sua construção não é histórica, foi imposta mediante alteração legislativa motivada na redução da velocidade dos processos” (NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 495).

<sup>557</sup> Ravi Peixoto destaca que “para que haja uma correta utilização da técnica de julgamento das causas repetitivas, e que esta se apresente como efetiva, de modo a mitigar a sua capacidade de travar a atuação do Poder Judiciário, impõe-se a sua conjugação com uma efetiva utilização da doutrina dos precedentes” (PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos Tribunais Superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 119, fev/2013).

#### 4.3.2.3.1 Aspectos essenciais da decisão: eficácia vinculativa e estabilidade da tese jurídica

Se a decisão do IRDR é entendida como “precedente” e este, por sua vez, é caracterizado como tal sobretudo em razão da sua eficácia, é preciso identificar, na decisão do IRDR *o que é extraído como padrão decisório para os casos repetitivos*<sup>558</sup>. É preciso verificar se tudo que consta da decisão do IRDR é de observância obrigatória pelos julgadores das demandas repetitivas em concreto, ou não.

Pensamos que é possível decompor o acórdão do IRDR em duas grandes partes, uma que diz respeito aos fundamentos que, analisados pelo tribunal, levaram à fixação da tese jurídica, e outra que compreende demais questões marginais e não diretamente relacionadas ao objeto do IRDR<sup>559</sup>. Parece, contudo, que é um regime peculiar em relação aos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*<sup>560</sup>, que não podem simplesmente ser transpostos para o incidente.

Na decisão do IRDR, o que tem eficácia vinculativa em relação ao julgamento dos casos repetitivos é a tese jurídica. A tese jurídica é a norma gerada pelo tribunal em relação à interpretação, alcance ou constitucionalidade de uma determinada questão de direito. A tese compreende o raciocínio empreendido pelo tribunal para, diante de uma categoria fática,

---

<sup>558</sup> Anotamos a ressalva de Lucas Buril, no sentido de que “deve-se perceber que a *norma do precedente* é diferente do *texto do precedente*, sendo equivocada reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei” (MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014, versão digital). Assim, adotamos o termo ‘precedente’ sem ignorar essa compreensão.

<sup>559</sup> Marinoni leciona que “o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação (...) a *razão de decidir*, numa primeira perspectiva, é a *tese jurídica* ou a *interpretação da norma consagrada na decisão*. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. (...) Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 221-222).

<sup>560</sup> No *common law*, adotam-se os conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum* para designar, respectivamente, as razões de decidir - que compreendem os fundamentos determinantes da decisão, e os demais elementos da decisão que são considerados periféricos ou não essenciais para o resultado atingido. Sobre tais conceitos, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 221-254. Para Patrícia Perrone Campos Mello, para extração da regra emergente dos precedentes no direito brasileiro não se podem seguir os mesmos conceitos e teorias do *common law* para identificação da *ratio*, o que decorre das distinções entre os dois sistemas, especialmente “a) o caráter objetivo do controle concentrado e b) da cristalização do comando oriundo dos julgados em súmulas (...)” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143). Embora a autora considere como precedentes normativos, para fins daquele estudo, apenas decisões em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes, pensamos que o raciocínio se aplica perfeitamente ao IRDR, considerando inclusive sua natureza processual objetiva.

apreciar e resolver uma questão jurídica problemática, apontando para a melhor conclusão, em termos de racionalidade e universalidade<sup>561</sup>.

Para compreensão da tese jurídica fixada no IRDR, portanto, é preciso identificar: a) a categoria fática em relação à qual a questão de direito é apreciada; b) o raciocínio empreendido pelo tribunal na análise dos fundamentos aventados; c) a conclusão sobre a controvérsia jurídica, apontando para uma só solução<sup>562</sup>. Apenas pela análise contextualizada é que se pode compreender a tese e, assim, expandir sua aplicação aos casos que se enquadrem nessa moldura<sup>563</sup>.

Pensamos, então, que o termo “tese” deve ser compreendido de uma forma ampla, compreendendo tanto os fundamentos e argumentos sopesados como a própria conclusão sobre a questão de direito (seja em relação a sua interpretação, à sua constitucionalidade, à sua incidência em relação à determinada categoria fática).

Por isso, talvez seja possível afirmar que, em relação à decisão do IRDR, há um regime de estabilidade e de eficácia vinculativa do *conjunto fundamentos apreciados à luz de uma determinada categoria fática + conclusão*<sup>564</sup>. Para nós, essa é a tese jurídica.

Não obstante, por questões culturais e pragmáticas, parece provável que o termo “tese” venha a ser adotado como sinônimo da conclusão, como o ‘enunciado’ que resume o debate. Se adotada essa perspectiva, será necessário defender que o regime de estabilidade e eficácia vinculativa da decisão do IRDR deve compreender não só a “tese”, mas os

---

<sup>561</sup> Alguns autores defendem que a racionalidade do sistema de precedentes decorre da regra de universalização, que exerce, em relação aos precedentes, uma função de controle e justificação a partir do ônus da argumentação. Ver, sobre o tema: PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir no universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR; ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 235, set/2014, versão digital.

<sup>562</sup> Dissertando sobre a definição da *holding* do precedente, Patrícia Campos Mello afirma que é preciso analisar os fatos relevantes do caso concreto (que, aqui, são ilustrados por uma categoria fática ou fato-tipo); a questão analisada; a fundamentação e o que restou decidido (p. 120). Embora a autora reconheça a complexidade de tal tarefa, aponta que são dois os elementos extraídos da fundamentação do precedente, quais sejam: “a) a classe de eventos a ser abrangida por seu comando (*breadth component*) e b) o *standard* jurídico emergente da decisão, que interfere sobre a determinação do primeiro elemento e que é simultaneamente influenciado por ele (*content component*)” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 131). Pensamos que raciocínio similar pode ajudar a compreender o que é a “tese jurídica”.

<sup>563</sup> Hermes Zaneti Jr. fala em unicidade da questão fático-jurídica e afirma, em relação ao novo CPC, que “a *ratio decidendi* é estabelecida a partir dos fundamentos determinantes, compreendidos como os fatos relevantes e o direito estabelecidos no precedente” (ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 235, set/2014, versão digital).

<sup>564</sup> Não obstante, não há equivalência em relação ao conjunto “fundamentos + dispositivo”, próprio das sentenças (art. 489, I a III, do CPC/2015). A “conclusão” a que nos referimos não é equivalente ao dispositivo, o qual sequer é aplicável à decisão do IRDR. O termo é empregado como *desfecho* do debate relativo à questão de direito.

fundamentos constantes da decisão, que demonstram que aquela é, racionalmente, a melhor conclusão para determinadas circunstâncias fáticas.

Com efeito, justamente pela necessidade de demonstrar que a tese é a melhor, em termos de racionalidade e universabilidade, é que também os fundamentos analisados e não acolhidos são essenciais no acórdão que julga o incidente, porque apenas será possível ter a visão panorâmica da controvérsia e da resolução da questão jurídica pela análise e refutação dos argumentos contrários, considerados pelo tribunal como insuficientes para infirmar a conclusão sobre a questão jurídica.

A própria lei exige, expressamente, que constem do acórdão que julga o IRDR todos os fundamentos relativos à questão jurídica apreciada, sejam eles contrários ou favoráveis à tese fixada (art. 984, §2º, CPC/2015<sup>565</sup>). O dever de fundamentação exaustiva serve para convencer os destinatários da superioridade racional da solução adotada pelo tribunal, mas também para possibilitar que as decisões dos casos concretos possam enquadrá-los ou distinguí-los adequadamente (art. 489, §2º, V e VI).

Assim, ao contrário do que ocorre na fundamentação da decisão sobre um caso concreto específico, em que a análise de um argumento favorável ao acolhimento da tese pode dispensar a análise dos demais<sup>566</sup>, no acórdão do incidente o tribunal deverá debater e acolher ou não cada um dos fundamentos aventados<sup>567</sup>, porque apenas assim será possível defender a distinção do caso, seja por não enquadramento na categoria fática, seja por conter peculiaridades jurídicas. Ademais, apenas assim será possível pensar em revisão ou superação da tese com base em fundamentos não sopesados pelo tribunal por ocasião de sua fixação.

A mudança nas condições consideradas essenciais para a conclusão (tanto a categoria fática como os fundamentos jurídicos) determinará a perda de estabilização e expansão da própria solução final.

A fundamentação adquire, então, especial importância, porque dela se extrai o padrão decisório que será adotado nos casos pendentes e futuros que versem sobre tal questão,

---

<sup>565</sup> Art. 984 § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

<sup>566</sup> Dos demais argumentos favoráveis. O juiz continua tendo que se manifestar sobre os argumentos contrários. Nesse sentido, sobre a regra do art. 489, §1º, IV: “para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda” (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 489. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 715)

<sup>567</sup> É necessário que tenha havido debate sobre os fundamentos apreciados, conforme o enunciado nº 2 do FPPC: “(arts. 10 e 927, §1º) Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

o qual deverá obrigatoriamente ser contextualizado<sup>568</sup>. É também por isso que o art. 979 dispõe que o cadastro sobre as teses jurídicas fixadas em IRDR deverá conter, *no mínimo*, os fundamentos determinantes e dispositivos normativos relacionados à tese<sup>569</sup>.

Pode ocorrer, contudo, que no julgamento do incidente sejam debatidas questões periféricas, que extrapolem o seu objeto. É possível dizer que, no acórdão do IRDR, serão fundamentos prescindíveis à fixação da tese todos os que fizerem referência a questões outras que não a controvertida e identificada como objeto do IRDR na fase de afetação.

Embora a discussão e os fundamentos debatidos sobre essas questões periféricas possam ser considerados como *persuasivos* para posterior decisão judicial – do próprio tribunal ou de outros juízos, não fazem parte da “tese” e, por isso, não têm a mesma eficácia vinculativa.

Esses fundamentos e eventuais decisões sobre questões marginais não geram, por exemplo, a improcedência liminar do pedido e não autorizam o manejo da reclamação, os quais são uma consequência da eficácia vinculativa. Esta está restrita ao que foi delimitado como objeto do incidente.

A distinção é importante, porque reforça a regra da correlação entre a decisão de afetação, em que há a fixação definitiva do objeto do incidente, e a decisão final de mérito, que resolve a controvérsia e fixa a tese. As decisões sobre questões fáticas, ou, ainda, questões de direito que extrapolarem essa congruência, serão consideradas não vinculativas.

#### 4.3.2.3.2 A “súmula” do IRDR

No Brasil, que não tem ainda uma tradição de precedentes robusta, costuma-se referir às “súmulas”<sup>570</sup> quando se quer destacar a utilização de decisões judiciais como padrão

---

<sup>568</sup> Dierle Nunes fala na fundamentação como uma “radiografia argumentativa”, defendendo que “os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros padrões decisórios (standards) que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma ‘radiografia argumentativa’ daquele momento decisório” (NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. *Contraditório e precedentes: primeiras linhas*. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 366).

<sup>569</sup> 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.

<sup>570</sup> Barbosa Moreira critica o que considera como “impropriamente chamada súmula”, afirmando que o termo súmula não refere a “cada uma das proposições ou teses jurídicas consagradas pela Corte (ou, ajunte-se, por qualquer tribunal), senão para designar o respectivo *conjunto*, que lhe resume a jurisprudência: essa, aliás, a acepção abonada pela etimologia e acolhida pelos dicionários: vide, por exemplo, o verbete pertinente do Novo Aurélio, que define ‘súmula’ como ‘pequena suma; breve resumo; epítome; sinopse’ (BARBOSA MOREIRA,

decisório. Os enunciados das súmulas dos tribunais, que deveriam ser apenas um extrato do julgamento, passaram a ser considerados como enunciados normativos autônomos, que se bastam e são suficientes para expressar a orientação da corte que os editaram.

O enunciado de súmula tornou-se, no Brasil, uma resposta fácil para os problemas do congestionamento judiciário e para a repetição de processos judiciais. Passou-se a fazer uma aplicação mecânica e irrefletida do texto do enunciado.

Não obstante, farta doutrina alerta para a indissociabilidade da análise dos fundamentos das decisões que serviram como “precedentes” para a edição da súmula, nos quais se deve buscar a norma<sup>571</sup>. Em geral, a edição do enunciado não deve agregar, ademais, qualquer eficácia ao precedente<sup>572</sup>, porque tem apenas a função de servir como “sinopse” ou “descrição” das decisões judiciais<sup>573</sup>, salvo a hipótese das súmulas vinculantes, cujo regime é distinto.

Pensamos que se deva evitar o emprego das “súmulas” no IRDR.

Parece possível afirmar, aliás, que isso foi uma opção do novo Código de Processo Civil. Afinal, da disciplina legal do IRDR não consta, como se observa dos arts. 976 a 987, referência a “enunciado de súmula” de julgamento de casos repetitivos. Pelo contrário: por exigência legal expressa (art. 979, §2<sup>o</sup><sup>574</sup>), os cadastros dos tribunais deverão indicar os *fundamentos determinantes e dispositivos normativos relacionados*, obrigatoriamente.

É certo que consta, do parágrafo primeiro do art. 926<sup>575</sup>, a referência a enunciados de súmula. Todavia, tal parágrafo, segundo pensamos, não parece ter sido pensado para os

José Carlos. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual*. 9ª série. Saraiva: 2007, p. 303).

<sup>571</sup> Afinal, “sem a busca da história ou, ainda melhor, do DNA – por assim dizer – das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitira conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (*distinguishing*) para permitir a solução do caso sob julgamento” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 484).

<sup>572</sup> Por isso, estando ou não na “súmula”, o fundamento é que vincula as decisões posteriores. O enunciado nº 317 do FPPC aponta essa circunstância: “(art. 927). O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”.

<sup>573</sup> Nesse sentido: “o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões (...) a súmula não constitui mero enunciado ou simples consolidação da interpretação da lei, mas algo que reflete uma tese jurídica inseparável das circunstâncias concretas que a motivaram” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 217-218).

<sup>574</sup> Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. (...)§ 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.

<sup>575</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

precedentes com eficácia vinculativa resultantes do IRDR, já que menciona expressamente a “jurisprudência dominante”, categoria esta que se assemelha à “jurisprudência persuasiva”, da qual se afasta a decisão do incidente.

Com efeito, esta conclusão também pode ser extraída do art. 927, III, que dispõe que *os juízes e tribunais observarão “os acórdãos”* em incidentes de resolução de demandas repetitivas, reservando a adoção do termo “enunciados de súmula” para a súmula vinculante (art. 103-A, CRFB) e para os repertórios da súmula (até então considerada persuasiva) do STF e STJ em matéria constitucional e infra (incisos II e IV do art. 927<sup>576</sup>).

Do mesmo modo, ao tratar do cabimento de reclamação (art. 988<sup>577</sup>), menciona “acórdão” proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas. Ainda, ao disciplinar a fundamentação da decisão (art. 489), aparta o *precedente do enunciado de súmula*<sup>578</sup>.

Com efeito, o Código não faz referência a enunciados de “súmula do IRDR”; ao contrário, utiliza termos como “acórdão”, “entendimento”, “tese” e “precedente” quando se refere às decisões proferidas neste instituto (é o que se observa, por exemplo, dos arts. 332, III; 496, §4º, III; 521, IV; 927, §4º, 932, IV e V; 955, I, todos do CPC/2015). Talvez a intenção do Código tenha sido a de romper com a tradição nefasta do equívoco manejo de súmulas no cenário brasileiro.

Por estes motivos, e sobretudo pela indispensabilidade da análise contextualizada da tese jurídica fixada no IRDR, o que exige a análise detida do acórdão e de todos os

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

<sup>576</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>577</sup> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

<sup>578</sup> Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

fundamentos suscitados e debatidos, é que pensamos não ser recomendável a edição de enunciados de súmula dos casos repetitivos<sup>579</sup>.

A disponibilização do acórdão, que deve ser o mais claro e preciso possível, juntamente com o cadastro de identificação dos fundamentos determinantes e dispositivos normativos, deve substituir a “súmula” no IRDR<sup>580</sup>.

Contudo, considerando a tradição brasileira e temperando a análise do instituto com doses de realismo, na hipótese de serem adotados enunciados de súmula para as decisões proferidas no IRDR, pensamos que é absolutamente indispensável que a edição destes enunciados ocorra no próprio julgamento de fixação da tese, o que permitirá a participação dos sujeitos do incidente na formação do texto do enunciado, garantindo que não haja desvirtuamento em relação ao debate ocorrido e, principalmente, que sejam reais as garantias de participação e influência previstas no incidente<sup>581</sup>.

De nada adiantará prever um procedimento com ampla abertura ao debate e participação democrática e, de outro lado, a edição de enunciado a “portas fechadas”, mormente se – seguindo a cultura atual – apenas os enunciados forem lidos e aplicados pelos operadores do direito.

#### 4.3.2.3.3 Fundamentação e interpretação da tese jurídica

A problemática referente à interpretação e aplicação do precedente é complexa e, por isso, objeto de constante reflexão. Apesar de não nos aventurarmos a aprofundar no tema, parece importante fazer breves apontamentos sobre a questão, que reforça a importância do debate e da fundamentação na decisão do IRDR, já destacadas nos tópicos antecedentes.

---

<sup>579</sup> Marinoni leciona que “no sistema que respeita a eficácia obrigatória das teses jurisprudenciais sempre se preferiu o sistema de identificação do enunciado no interior do precedente e não a catalogação de súmulas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 218)

<sup>580</sup> Lucas Buril expõe um argumento adicional, segundo o qual “a necessidade de instituir súmulas ou súmulas vinculantes parte do pressuposto da ausência de força do precedente, isoladamente e em sua unidade. Há de se perceber: caso o *stare decisis* brasileiro estivesse institucionalizado, a importância das súmulas seria reduzida a nada” (MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014, versão digital). A força vinculativa do precedente formado no IRDR, segundo tal raciocínio, dispensaria as súmulas.

<sup>581</sup> Marinoni destaca que a ausência da participação na formação do enunciado é um dos principais problemas relacionados ao mau uso do instituto, ao afirmar que “o problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes (...) *No procedimento de elaboração de súmula não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 217, grifo nosso)

Parte da doutrina vem sustentando que a sistemática adotada pelo novo Código em relação aos precedentes judiciais ensejará uma aplicação mecânica das decisões dos tribunais, a ponto de dispensar a problematização na tomada de decisões, a interpretação do direito legislado e o enfrentamento das alegações das partes<sup>582</sup>.

Pensamos que a questão não deve ser encarada sob esta perspectiva. A decisão judicial deverá sofrer um processo de interpretação e aplicação consciente e problematizado. A má interpretação e aplicação de precedentes deve ser encarada como uma patologia, um desvio que deve ser combatido, e não uma justificativa que leve ao abandono do instituto.

O precedente judicial é, nesse sentido, mais uma das fontes normativas do sistema jurídico e, por isso, seu processo de interpretação e aplicação, apesar de ter aspectos peculiares, não pode ser irresponsável e nem negar exigências constitucionais<sup>583</sup>. Na aplicação do ordenamento jurídico, que compreende tanto a lei quanto o precedente, o juiz tem deveres dos quais não pode se desviar<sup>584</sup>.

A aplicação de precedentes no julgamento dos casos concretos não dispensa, por óbvio, o respeito ao contraditório, de modo que o órgão julgador deverá em qualquer hipótese submeter a aplicação do padrão decisório à discussão<sup>585</sup>. Embora o julgador não possa desconsiderar o padrão decisório, que tem eficácia vinculativa, deverá ouvir as partes sobre sua incidência ao caso específico, porque dessa oportunidade de manifestação pode resultar,

---

<sup>582</sup> Por exemplo, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, que afirmam que “a decisão dotada de efeito vinculante almeja constituir-se como a regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, tal como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional, de modo que se tornaria despiendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas” (NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre *et al. Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 497).

<sup>583</sup> Marinoni alerta para a crítica reducionista, afirmando que “respeitar precedentes não redunde – nem jamais redundou – numa obrigação de aplica-los de forma irrefletida (...) é despropositado pensar que o respeito aos precedentes pode gerar injustiça, em virtude da impossibilidade da consideração das peculiaridades de uma dada posição ou situação jurídica. Na realidade, num sistema que respeita precedentes, a nenhum juiz é dada a possibilidade de aplica-los a casos que têm particularidades que os tornam distintos, a repelir tratamento unitário ou uniforme. *Não há distinção entre mal aplicar precedentes e mal aplicar normas legais*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 195, grifo nosso). Até porque, como bem destaca Picardi, “as leis (e em geral, as fontes escritas) vêm, pouco a pouco, a cobrir-se de precedentes, que terminam por condicionar-lhes a futura leitura”, de modo que talvez seja impossível falar em aplicação da lei ou do precedente de forma “pura” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 147).

<sup>584</sup> Importante reflexão decorre do enunciado nº 380 do FPPC, no sentido de que “(arts. 8º, 926, 927) A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”. O art. 8º do CPC/2015, por sua vez, dispõe que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

<sup>585</sup> Cita-se, nesse sentido, o enunciado nº 458 do FPPC: “(arts. 926, 927, §1º, e 10) Para a aplicação, de ofício, de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar previamente as partes para que se manifestem sobre ele”.

por exemplo, a comprovação da distinção do caso. Exige-se observância ao contraditório e fundamentação adequada<sup>586</sup>.

Por isso, o precedente é um norte normativo para a resolução da controvérsia no caso concreto, mas que não pode dispensar a análise das circunstâncias de cada conflito judicializado<sup>587</sup> e tampouco as garantias constitucionais asseguradas *para e no* exercício da tutela jurisdicional.

Há, ademais, outro aspecto que merece ser destacado, que diz respeito à função que a fundamentação da decisão do IRDR exerce em relação ao próprio judiciário e que fortalece decisões conscientes e racionais. É que, ficando vinculados ao padrão decisório o próprio tribunal e os juízos inferiores, pode ocorrer um ganho qualitativo no que se refere à abordagem dos argumentos debatidos no incidente e na exposição da conclusão adotada, como recurso de convencimento sobre a legitimidade, em termos substanciais, do precedente<sup>588</sup>.

A aplicação da tese jurídica não justifica atividade jurisdicional irresponsável.

#### 4.3.2.4 Quem fica vinculado?

A decisão formada no incidente de resolução de demandas repetitivas tem eficácia vinculativa, como visto. É essencial identificar sobre quem incide tal eficácia, também para

---

<sup>586</sup> Nesse sentido, cita-se o enunciado nº 459 do FPPC: “(arts. 927, §1º, 489, §1º, V e VI, e 10) As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes”. Não obstante, a decisão do caso concreto não precisará reanalisar os fundamentos que *foram debatidos* na formação da tese, conforme enunciado nº 19 do Fórum da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada”. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>

<sup>587</sup> Por isso, “a aplicação das súmulas jurisprudenciais exige, portanto, uma consideração específica das circunstâncias de cada caso concreto, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte de direito. Com efeito, abstrair-se do contexto determinado pela situação concreta de cada caso posto sob a esfera o Judiciário implica o abandono da própria perspectiva hermenêutica do intérprete em relação ao seu objeto” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 336).

<sup>588</sup> Esse aspecto é destacado por Marinoni, que aponta que “como a decisão que reafirma ou estabelece um precedente vincula o órgão jurisdicional que a profere, cria-se, a partir daí, uma responsabilidade do juiz consigo mesmo. Ele se torna consciente de que estará atrelado ao decisum em todos os casos futuros e, assim, passa a ter ainda mais responsabilidade ao decidir” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 109).

possibilitar a diferenciação em relação a outros institutos, como a súmula vinculante (art. 103-A, CRFB).

O art. 927, III, do Código de Processo Civil dispõe que “os juízes e os tribunais observarão” as decisões proferidas no IRDR, enunciando que o órgão prolator e os juízos a ele subordinados são os que ficam vinculados ao *precedente*<sup>589</sup>. É possível falar, então, que as decisões no IRDR tem eficácia vinculativa vertical<sup>590</sup> e horizontal<sup>591</sup>.

Os juízos de primeiro grau da Justiça Estadual do Rio de Janeiro não ficam vinculados, por exemplo, à tese fixada em IRDR pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. As decisões deste tribunal podem ter, no entanto, eficácia persuasiva para aquele.

Apenas o tribunal que apreciou o IRDR e os juízos inferiores a ele ficam vinculados à tese jurídica fixada<sup>592-593</sup>.

#### 4.3.2.4.1 A não vinculação direta da Administração Pública

A decisão do IRDR não vincula diretamente, portanto, a administração pública direta e indireta, mas apenas o próprio Poder Judiciário. Significa dizer que, embora os órgãos da administração fiquem vinculados na medida em que sejam partes de processos judiciais em

---

<sup>589</sup> Alexandre Câmara identifica que as decisões proferidas no incidente de resolução de demandas repetitivas têm eficácia vinculativa, por força da previsão constante dos arts. 927, III e 985, do CPC/2015. Para o autor, “nos casos em que haja um precedente ou enunciado de súmula dotado de eficácia vinculante, ficam os *órgãos jurisdicionais submetidos à autoridade do órgão de que provenha o precedente ou enunciado de súmula vinculante obrigados a aplicar, a casos idênticos, a mesma solução firmada anteriormente* (deve-se como se costuma dizer nos países de língua inglesa, *to treat like cases alike*, isto é, tratar casos análogos de forma análoga)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 435-436, grifos nossos).

<sup>590</sup> Com efeito, “os precedentes com força obrigatória naturalmente incidem sobre os tribunais e sobre os juízos que lhe são inferiores. Alude-se, neste sentido, à eficácia vertical dos precedentes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 118).

<sup>591</sup> Afinal, “somente há reconhecimento racional dos precedentes se o próprio tribunal que exarou o precedente está vinculado a este precedente (vinculação horizontal), inclusive seus órgãos fracionários” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.307).

<sup>592</sup> Nesse sentido são os enunciados 169 e 170 do FPPC: “169. (art. 927) Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e §4º do art. 927” e “170. (art. 927, *caput*) As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Caso haja apreciação de recurso especial ou extraordinário, a abrangência passa a ser nacional, nos juízos subordinados ao tribunal superior.

<sup>593</sup> Marinoni defende, em relação aos precedentes vinculantes, que “tratando-se de decisão com eficácia vinculante, a sua não observância não pode deixar de caracterizar grave violação de dever funcional, abrindo oportunidade para medidas de ordem administrativa, criminal e civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 326). Pensamos que o tema é muito complexo, tanto no que se refere à responsabilização dos agentes públicos, como dos particulares operadores do direito, como advogados, e exigirá estudo próprio.

que haja discussão sobre a matéria decidida pelo IRDR<sup>594</sup>, não haverá vinculação direta aos órgãos da administração direta e indireta à tese jurídica.

Assim, embora o art. 985, §2º do CPC/2015 preveja que “§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”, pensamos que não há subordinação direta de tais entes e órgãos à tese fixada.

Esse dispositivo deve ser lido, pensamos, como um mecanismo que confere uma *eficácia persuasiva* em relação à administração pública<sup>595</sup>. A comunicação pode levar à alteração na conduta dos prestadores de serviço público<sup>596</sup>, por exemplo, ainda que isso decorra de uma questão financeira (pelo cálculo do custo da litigância nesta hipótese) e não da direta *obediência* à tese.

O significado do art. 985, §2º, é diverso, portanto, do significado do art. 927. Enquanto este prevê a eficácia vinculativa, aquele dispõe de uma eficácia que não é compreendida como diretamente obrigatória, e, por isso, não prevê uma subordinação<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> A administração ficará vinculada nos processos em que seja parte, porque, neste caso, será destinatária da norma individualizada no comando da sentença, no caso concreto. Se sujeitará, como parte, à eficácia da sentença e à coisa julgada, como toda e qualquer parte. Mas isso não significa que a eficácia vinculativa da decisão fixada no IRDR seja a mesma do que a que incide em relação ao Judiciário. Por isso, discordamos de Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, quando afirmam que “circulou entendimento de que seria desnecessária a inclusão via emenda constitucional do incidente tal qual feito para a súmula vinculante, porque a segunda precisou de previsão constitucional para impedir violação à separação de poderes, uma vez que ela também atingiria a Administração Pública. Esse entendimento é absolutamente inconsistente. Tanto a súmula vinculante quanto o incidente irão atingir a Administração Pública se ela for destinatária do comando normativo. *Se a questão jurídica a ser dirimida no incidente for referente a um tributo federal ou municipal, o julgamento não atingirá respectivamente a União e os Municípios? Obviamente que sim. Do contrário, teríamos que sustentar que nas lides em que figurar o Poder Público, a decisão paradigma do incidente vinculará pela metade, tão somente o particular.* Nessa perspectiva, não faz o menor sentido a afirmação de que seria desnecessário introduzir o incidente mediante EC porque ele não vincularia a Administração Pública” (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, vol. 240, fev/2015, versão digital, grifo nosso).

<sup>595</sup> Hermes Zaneti Jr. parece adotar uma concepção diferenciada. O autor afirma que a vinculação vai além dos juízes e tribunais e envolve “todos os aplicadores do direito, inclusive nas relações entre privados. A vinculação para os órgãos públicos é ainda mais forte, uma vez que estes devem seguir os precedentes vinculantes no novo CPC com a força normativa da própria lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.332).

<sup>596</sup> Antonio do Passo Cabral aponta que “a comunicação do resultado do julgamento a estes órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta da decisão do IRDR, mas também estimular, se for o caso, mudança nas rotinas de fiscalização ou nas normas administrativas editadas pelo regulador” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1447).

<sup>597</sup> Essa parece ser a posição de Alexandre Câmara, que entende que no caso da previsão de comunicação ao ente regulador (art. 985, §2º), “é que o ente regulador deverá, a partir da fixação do precedente vinculante, produzir ato normativo de natureza administrativa, cuja observância pelos entes sujeitos à regulação é obrigatória” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 555).

Uma das consequências dessa diferenciação é que não caberá reclamação contra ato da administração pública que não observar tese fixada no IRDR. A Administração Pública apenas ficará vinculada nos limites dos conflitos subjetivos de que seja partícipe.

Por isso também é que a eficácia da decisão proferida no IRDR é distinta da eficácia da súmula vinculante. Como é sabido, a súmula vinculante foi inserida no art. 103-A da Constituição da República através da Emenda nº 45 de 2004<sup>598</sup>, existindo previsão expressa de vinculação “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (*caput*) e de cabimento de reclamação contra “ato administrativo ou decisão judicial” (§3º). O fato de ter a súmula ter sido prevista em emenda constitucional afasta, em grande parte, as objeções em relação à violação da separação dos poderes e, assim, os questionamentos sobre sua constitucionalidade<sup>599</sup>.

É claro que, em termos de coerência e integridade do sistema jurídico, é preciso defender que todos observem e respeitem os precedentes, como normas que pautarão as condutas de particulares e do Estado. Mas, sobretudo por razões que dizem respeito à estrutura constitucional dos poderes do Estado, parece adequado defender que apenas o Poder Judiciário esteja propriamente vinculado.

---

<sup>598</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>599</sup> Algumas objeções foram apresentadas à força vinculativa prevista no novo Código para algumas decisões, como a do IRDR, notadamente pelo fato de não ter sido prevista na Constituição. Entendemos que não há inconstitucionalidade, até porque não há equiparação entre a eficácia da súmula e a eficácia da decisão do IRDR. Sobre o tema, Aluisio Mendes destacou que “o fato da Carta Magna prever, nas duas hipóteses já mencionadas, ou seja, nos arts. 102, §2º e 103-A, representa, apenas, que o referido comando foi inserido em nível constitucional porque (a) possuíam íntima relação com assuntos (controle concentrado de constitucionalidade e inovação afeta ao STF, contendo inclusive a exigência de quórum qualificado de dois terços) tratados na norma maior; (b) foi estabelecido o efeito vinculante não apenas para os demais órgãos judiciais, mas também para a administração pública, nas esferas federal, estadual e municipal; (c) preservação do caráter vinculativo, para as duas hipóteses previstas, de eventuais reformas infraconstitucionais, que pudessem afastá-lo; (d) reforço da possibilidade de efeito vinculante para os demais órgãos judiciais, diante de eventual alegação de independência funcional, que se poderia fortalecer se a inovação viesse, primeiramente, por determinação infraconstitucional” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 36).

#### 4.3.2.4.2 O argumento da violação da separação de poderes

O reconhecimento de força normativa à decisão judicial encontra alguma oposição sob o argumento da violação à separação de poderes, eis que o Judiciário estaria invadindo esfera de atuação própria do Legislativo, ao editar normas abstratas equivalentes à lei. Esse entendimento parte, em regra, de uma concepção estática sobre os poderes e do exercício de funções típicas e excludentes<sup>600</sup>.

Não obstante, a crítica pode ser contornada tanto pelo fundamento da rearticulação dos poderes do Estado<sup>601</sup>, que acarreta na compreensão de que a atividade judicial com força normativa não é necessariamente a apropriação de uma atividade legislativa<sup>602</sup>, senão a coordenação de atividades que têm condicionamentos recíprocos, haja vista a mútua implicação entre lei e decisão<sup>603-604</sup>, quanto pela demonstração de que a norma judicial não se confunde com a lei, até porque o texto da lei pode dar ensejo a diversas normas.

---

<sup>600</sup> José Afonso da Silva ilustra o pensamento tradicional: “não é difícil distinguir jurisdição e legislação. Esta edita normas de caráter geral e abstrato e a jurisdição se destina a aplica-las na solução das lides. Veja-se, por exemplo, um ato jurisdicional típico: a sentença” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 554)

<sup>601</sup> O tema é muito complexo e não poderia ser abordado neste estudo. Destacamos, contudo, trecho da obra de Nicola Picardi, em que o autor afirma que vem ocorrendo um fenômeno relevante, que “é representado pela desarticulação do modelo tradicional, da rearticulação dos poderes e, assim, da mudança das relações entre o poder judiciário e os outros sujeitos e poderes institucionais” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28).

<sup>602</sup> Picardi menciona que o recurso à teoria da separação dos poderes para coibir atividades jurisdicionais não é suficiente, porque “a aplicação da teoria do poder a ‘soma zero’ mostra-se, contudo, apenas parcial”, porque “nem sempre estamos na presença de fenômeno de transferência de poderes (...) outras vezes o juiz assume, ao contrário, poderes a que até aquele momento eram estranhos ao quadro institucional e, assim, em tais casos, registra-se não uma transferência de poderes, mas um enriquecimento compreensivo do sistema” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30-31).

<sup>603</sup> Hermes Zaneti Jr. explicita que “a teoria dos precedentes aplica-se à atividade de interpretação/aplicação do direito, que é a atividade principal dos juízes e tribunais, não implicando ofensa aos princípios da legalidade, separação de poderes e submissão do juiz somente à lei (...) não se pode falar em ofensa à legalidade quando é a própria lei que estabelece a vinculatividade formal dos precedentes (art. 927). Obviamente, não haverá ofensa, desde que os precedentes formados respeitem a vinculatividade formal das leis, em uma relação circular (precedentes respeitam as normas legais e formam novas normas) (...) Como é função dos juízes e tribunais interpretarem os textos jurídicos e os textos não se confundem com normas (porque todo texto depende de interpretação e a norma é o resultado do texto interpretado), não há ofensa ao princípio de separação de poderes quando o juiz ou tribunal aplicar a norma decorrente da interpretação dos textos legais” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.309 e 1.312). Ver, também: ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 235, set/2014, versão digital.

<sup>604</sup> Defendendo a constitucionalidade do instituto, Luiz Henrique Volpe Camargo afirma que: “certamente haverá discussão sobre a constitucionalidade dessa regra que impõe, por lei ordinária, o efeito vinculante sem prévia autorização da Constituição Federal. Acredita-se que a prescrição não se choca com qualquer dispositivo da norma fundamental brasileira, pois, nada impede que a vinculação decorra de simples lei ordinária. Não é porque, presentemente, a súmula vinculante está prevista no art. 103-A da Constituição Federal ou porque se cogita, por meio da PEC 358/2005, a introdução da súmula impeditiva de recursos no corpo da Constituição, que qualquer outro instrumento que, de alguma maneira, imponha observância a precedente judicial (ou suas

Com efeito, há uma inseparável vinculação entre o texto da lei e a norma que dela é extraída pelo intérprete e delineada na decisão, o que já demonstraria, por si só, o fracasso da tese da violação à separação dos poderes pelo reconhecimento de força normativa à decisão, já que são atividades que se integram reciprocamente.

Além disso, é possível afirmar também que os precedentes não têm natureza legislativa (apesar de ter natureza normativa) tendo em vista o seu aspecto pessoal, ou seja, o critério que diz respeito às pessoas em relação às quais a eficácia vinculativa é dirigida<sup>605</sup>.

O art. 927 dispõe, no *caput*, que “os juízes e tribunais observarão” a tese fixada no IRDR, enunciando o âmbito pessoal da norma decorrente dessa decisão<sup>606-607</sup>. Não há delegação ou apropriação de poderes legislativos pelo Judiciário, porque este não edita norma equivalente à lei<sup>608</sup>.

É relevante notar que discussão similar ocorreu em Portugal, em relação ao instituto dos assentos, os quais foram considerados como equiparados à lei e, por isso, foram

variações, como, por exemplo, o resultado de ADIn, ADC ou ADPF) também deva sê-lo, afinal, a matéria é de cunho processual, e como tal, suscetível de ser disciplinada por lei ordinária federal. *Acrescente-se que a vinculação prevista no incidente nas duas versões do projeto (Senado e Câmara) não é inconstitucional porque o Poder Judiciário, ao julgá-lo, não pode atuar como legislador positivo. A legítima função a ser desempenhada é a realização da interpretação ou integração do direito criado pelo Poder Legislativo”* (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 305-306, grifo nosso).

<sup>605</sup> José de Albuquerque Rocha afirma que “sob o aspecto de validade pessoal, as normas dizem-se gerais e individuais. Chamam-se gerais as que obrigam ou facilitam a um número indeterminado de pessoas. Por exclusão, as individuais são as que obrigam ou facultam a um ou vários sujeitos determinados” (ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977, p. 78).

<sup>606</sup> Marinoni entende que “os precedentes não têm natureza legislativa porque, além de deverem ser revogados pelos tribunais, apenas têm eficácia obrigatória sobre os próprios membros do Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 203).

<sup>607</sup> Nessa linha, comentando sobre a decisão proferida no incidente de uniformização de jurisprudência, menciona o âmbito pessoal da tese jurídica enquanto precedente, analisando o texto dos arts. 478 e 479, afirmando que “se a tese jurídica, constituindo, como constitui, um precedente, é de observância obrigatória na uniformização de jurisprudência, e se o Tribunal é o único órgão competente para proceder a essa uniformização, mediante a fixação da ‘tese jurídica’, logicamente segue-se que a ‘tese jurídica’ só obriga o Tribunal. De outra parte, na sistemática constitucional brasileira, a função de criar normas de âmbito pessoal geral é reservada ao Poder Legislativo (...)” (ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977, p. 79). Embora o autor estivesse se referindo a outro instituto e em época anterior à CRFB/88, pensamos que o raciocínio vale para determinar que o IRDR também gera norma de âmbito pessoal individual, restrito aos juízes e tribunais.

<sup>608</sup> José de Albuquerque Rocha afirma, interpretando o poder do Tribunal de interpretar a lei e fixar tese jurídica como precedente, no incidente previsto no art. 476 do CPC/73, que “em sua primeira parte, o art. 479 confere poderes para interpretar norma. Evidentemente, nisso não há delegação de poderes. Interpretar é atividade absolutamente inerente a qualquer órgão jurídico, sobretudo ao Judiciário. Acrescenta, no entanto, que a interpretação dada pelo órgão constitui precedente na uniformização de jurisprudência. Com tais características a interpretação apresenta-se como uma norma de âmbito pessoal individual, que já que vinculante apenas para o Tribunal, e de âmbito de aplicação material geral, pois aplicável a casos análogos (...) Na espécie, não existe transferência dos poderes específicos do Legislativo, os quais cingem-se a expedir normas vinculantes para um número indeterminado de sujeitos” (ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977, p. 88-89).

declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional português (acórdão nº 810/93). A inconstitucionalidade dos assentos foi declarada por que estes fixavam decisão *com eficácia universal e, portanto, relativa aos demais órgãos estatais*; e, além disso, porque, em Portugal, tal decisão seria imutável.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade, o acórdão ressaltou que, além da revisão do caráter de imutabilidade (que, aqui, não é um problema, haja vista a possibilidade de superação da tese), caso fosse restringida a eficácia dos assentos a uma eficácia “interna”, restringindo-se aos órgãos judiciais vinculados ao tribunal prolator, deixaria a norma de conflitar com a Constituição<sup>609</sup>. O âmbito pessoal da norma seria, então, um fator que diferenciaria a norma judicial da norma legal e, assim afastaria a inconstitucionalidade.

É possível perceber, então, que não é possível invocar simplesmente o argumento da inconstitucionalidade dos assentos para criticar a eficácia da decisão proferida no IRDR, porque inviável a equiparação entre tais sistemas. O IRDR não prevê decisão imutável e tampouco universal.

Assim, tendo em vista tais considerações, pensamos que o argumento da ofensa à separação de poderes não é suficiente para negar o caráter vinculativo da decisão fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>610</sup>.

#### 4.3.2.4.3 A fragilidade do argumento da inconstitucionalidade pela violação da independência do juiz

Parte da doutrina afirma, ainda, que o IRDR seria inconstitucional por prever uma eficácia vinculativa aos juízes, porque isso violaria a independência funcional dos magistrados<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> Marinoni faz uma análise sobre o acórdão referido, citando trechos que elucidam a controvérsia. O autor demonstra que os fundamentos adotados pelo tribunal português não são idôneos a afastar a eficácia vinculante dos precedentes no nosso sistema, porque estes podem ser revogados e porque vinculam apenas o próprio Judiciário. Ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, 198-203. Pensamos que tais motivos podem ser aplicados ao IRDR.

<sup>610</sup> Sobre separação de poderes e legalidade, demonstrando que não há ofensa, ver: MATTOS, Luiz Norton Baptista. O projeto do novo CPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p.787-792). Também sobre o problema das fontes do direito e separação de poderes, ver: TAVARES, André Ramos. O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante. In: *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>611</sup> Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, por exemplo, afirmam que o efeito vinculativo é inconstitucional “porque tal mecanismo não pode ser instituído mediante legislação ordinária. A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na

A independência funcional dos magistrados não pode significar, contudo, comprometimento da unidade da jurisdição, da coerência da ordem jurídica e da uniformidade na prestação jurisdicional<sup>612</sup>.

O sistema judicial possui cortes hierarquicamente ordenadas porque pressupõe níveis de cognição e julgamento exigem unidade e coerência, uma vez que “o Judiciário, em um Estado de Direito, obriga-se consigo mesmo ao decidir”<sup>613</sup>.

A independência funcional do magistrado não é ofendida pela eficácia vinculativa dos precedentes dos órgãos que lhe são superiores, como também não é violada pela revisão de suas decisões, o que ocorre em razão do tão festejado duplo grau de jurisdição<sup>614</sup>.

O sistema estruturado em cortes de segundo grau e tribunais de uniformização pressupõe respeito às decisões hierarquicamente superiores no que se refere à interpretação e aplicação do direito<sup>615</sup>. A independência funcional não significa irresponsabilidade decisória do do Estado.

#### 4.3.2.5 Casos pendentes e casos futuros: eficácias distintas?

O art. 985 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que a tese fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada aos casos pendentes (inciso I) e futuros (inciso II). Parte da doutrina vem entendendo que decorrem da decisão duas eficácias distintas

Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da independência funcional dos magistrados” (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, vol. 240, fev/2015, versão digital).

<sup>612</sup> Nesse sentido, precisas são as lições de Marinoni, que afirma que “imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça e, mais do que isso, que esse sistema não serve a ele, porém ao povo. (...) *O juiz, além de liberdade para julgar, tem o dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 65, grifo nosso).

<sup>613</sup> Marinoni, mais uma vez, aponta que “a lógica e a racionalidade do sistema estruturado sobre juiz e tribunal exigem, inevitavelmente, a formação de jurisprudência estável e, ainda, o seu respeito por parte dos juízes inferiores. O respeito aos precedentes, nesta dimensão, fundamenta-se apenas na lógica do próprio sistema judicial. Se a premissa aceita fosse a de que os juízes inferiores podem decidir questões de direito sem considerar os tribunais, haveria grande disparate lógico em ter o tribunal como ponto final do processo, obrigando as partes a necessariamente nele chegar, com todas as mazelas daí decorrentes (...) Não há sistema que, estruturado em níveis, possa desprezar o respeito à hierarquia” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 167-168, p. 211).

<sup>614</sup> Como alerta Marinoni: “no direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 134).

<sup>615</sup> Ver: TAVARES, André Ramos. O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante. In: *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, especialmente o item 4.4.

para tais hipóteses, gerando algumas consequências diferenciadas, notadamente no processo de aplicação da tese e da fundamentação da decisão dos casos futuros<sup>616</sup>.

A aplicação da tese aos casos pendentes “seria decorrente da técnica de litígios agregados”<sup>617</sup>, e não seguiria a mesma técnica referente à aplicação de precedentes, assemelhando-se mais à incorporação da tese como uma premissa no julgamento<sup>618</sup>.

Segundo esse entendimento, seria dispensado o dever de fundamentação específico para o “discurso do precedente”, contido no art. 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil<sup>619</sup> para os casos pendentes, sendo exigido apenas para os casos futuros, em que haveria propriamente aplicação de precedente<sup>620</sup>.

---

<sup>616</sup> Há notícia, até o presente momento, de dois autores de renome que vêm adotando tal posicionamento: Hermes Zaneti Jr. (ZANETI JR., Hermes. *Comentários aos arts. 926 a 928*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.321 e 1.322) e Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1414-1454). Embora ambos adotem o entendimento de que há eficácias distintas para casos pendentes e futuros, parece haver algumas peculiaridades nos pensamentos de cada um dos autores, como detalharemos.

<sup>617</sup> Para Hermes Zaneti Jr., as técnicas de resolução dos casos repetitivos são “técnicas diversificadas *opt-in* (ou seja, beneficiam apenas aqueles que ajuizaram a respectiva ação), voltadas para a solução de litígios agregados, mas, ao mesmo tempo, formando precedentes em relação à tese jurídica analisada, *que irá vincular os casos futuros*. Assim, a decisão que fixa a tese jurídica aplica-se a todos os processos em tramitação atingidos pelo sobrestamento, sendo esta eficácia decorrente da técnica de litígios agregados. Fixa-se uma mesma tese jurídica que se aplica para todos os casos repetitivos em tramitação (*casos atuais*). Outra, no entanto, é a eficácia da tese jurídica fixada como precedente. Neste segundo caso, a tese jurídica fixada forma um precedente vinculante para todos os casos futuros. Analiticamente, como já referimos, são duas eficácias distintas e o art. 927, III, refere-se, principalmente, a segunda – discurso do precedente” (ZANETI JR., Hermes. *Comentários aos arts. 926 a 928*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.321-1.322, grifos nossos)

<sup>618</sup> Antonio do Passo Cabral entende que “em relação aos processos atuais, a aplicação da tese definida no incidente dar-se-á pela simples incorporação da conclusão do tribunal julgador como premissa no processo originário. Ocorre algo similar em outros incidentes do processo civil brasileiro, como o incidente de inconstitucionalidade (art.948 do novo CPC) ou o incidente de uniformização de jurisprudência (art.14 da Lei 10.259/2001; art.476 do CPC de 1973). O juízo de origem incorpora a questão como questão prévia em relação a outras questões daquele processo” (CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.446).

<sup>619</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>620</sup> Hermes Zaneti Jr. explica: “a primeira eficácia, aplicação da decisão aos casos repetitivos em tramitação, não atrai a incidência do §1º do art. 489 porque ele já terá incidido por ocasião do julgamento do caso paradigma. A segunda eficácia, aplicação da tese jurídica como precedente, implicará a incidência de todos os deveres de fundamentação adequada do art. 489, §1º, bem como incidirá a vedação de ‘decisão surpresa’ (art. 10, nos termos do art. 927, §1º)” (ZANETI JR., Hermes. *Comentários aos arts. 926 a 928*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.322). Antonio do Passo Cabral adota raciocínio similar, afirmando que “Já em relação aos processos futuros, ainda não ajuizados (e portanto, para os quais não há litispendência), também se prevê uma eficácia da decisão do IRDR (art.985, II). Mas em relação a estes, não só na fundamentação mas também na técnica, verificam-se diferenças. (...) Por outro lado, a fundamentação da decisão de aplicação do precedente será diversa nos

Tais posicionamentos doutrinários despertaram a nossa reflexão sobre essa possível distinção, notadamente no que se refere à caracterização da força da decisão e de sua eficácia para as demandas repetitivas.

É que eventual *bifurcação* da eficácia da decisão do IRDR poderia resultar em consequências muito significativas para esse microssistema, exigindo, por exemplo, uma análise particularizada de cada uma das consequências da fixação da tese (como, por exemplo, improcedência liminar), para verificar se se aplicaria aos casos pendentes, futuros ou ambos. A situação é muito complexa, e exigiria, segundo pensamos, o desenvolvimento de um regime dos casos pendentes e um regime dos casos futuros.

Apesar de arriscado dado o momento de amadurecimento em relação aos novos institutos processuais, pensamos que não parece haver, até então, motivos para distinguir a eficácia da decisão firmada no IRDR para casos pendentes e futuros, sobretudo sob a perspectiva do dever de fundamentação.

Embora concordemos que haja, em algumas das espécies de decisões citadas no art. 927, o *discurso do caso* e o *discurso do precedente*, cada qual gerando eficácias distintas, não parece que isso ocorra em relação a casos pendentes *versus* casos futuros no IRDR.

Porque não haverá, no incidente, o julgamento dos casos concretos veiculados nos processos classificados como *demandas repetitivas*, não parece que há, em relação a estes, o “discurso do caso” e sua eficácia correspondente. Isso poderia ocorrer apenas em relação às “causas-piloto”, caso se entendesse que no IRDR há o julgamento da caso concreto que lhe deu origem, mas não em relação a todos os processos pendentes na época da prolação do acórdão do incidente.

Depois da fixação da tese no incidente haverá a necessidade de julgamento do objeto litigioso em cada processo repetitivo e apenas nesse momento é que haverá a análise de cada caso. Não se trata de um agrupamento dos processos no incidente para apreciação das demandas pendentes conjuntamente, de modo que não há o que os diferencie, sob esta perspectiva, dos casos futuros.

Em ambas as hipóteses o julgador deverá analisar, interpretar e aplicar a tese jurídica para julgamento da demanda. Esse processo de interpretação e aplicação não será distinto para

---

processos futuros. Como o caso não estava pendente na época em que proferida a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, ao aplicar a ratio do IRDR ao caso, o juízo deve observar o dever de motivação próprio da aplicação de precedentes (art.489 §1º, V e VI). Isto é, para aplicá-lo, deve fundamentar a adequação do precedente do IRDR às circunstâncias casuísticas; e para não o fazer deve justificar a superação do precedente ou distinção que o torne inaplicável ao caso” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.446)

casos pendentes ou futuros e deverá observar o art. 489, §1º, aplicável a todas as decisões judiciais.

O juiz, ao julgar o caso pendente, deverá aplicar a tese, mas não poderá fazê-lo “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, §1º, V) e, tampouco poderá dispensar a fundamentação sobre a distinção, se for o caso (inciso VI). O juiz deverá – assim como nos casos futuros – analisar os fatos do caso concreto e verificar se estes se enquadram na categoria fática em relação à qual a questão de direito foi apreciada e deverá conceder às partes as mesmas oportunidades de manifestação sobre a aplicação ou não da tese.

O que pode ocorrer é que a parte já tenha se manifestado sobre o enquadramento do seu caso por ocasião da suspensão da sua *demanda repetitiva* – em razão da admissão do incidente. Com efeito, intimada sobre a suspensão, a parte pode ter se insurgido, tentando demonstrar a distinção de seu caso em relação à categoria fática “modelo” e, diante disso, pode ser que o juiz já tenha prolatado decisão sobre tais questões. Nesta situação, sim, o julgador não precisará *re-fundamentar* ou *re-decidir* acerca do enquadramento do caso à situação *tipo* do IRDR, mas apenas porque já terá se manifestado sobre o tema, não porque estará dispensado de fazê-lo de modo fundamentado.

Por fim, não se descarta a possibilidade de serem estabelecidas algumas distinções específicas em relação aos casos pendentes e futuros, até porque apenas em relação aos primeiros há pretensão processual. Mas eventuais diferenças não decorrerão do fato de serem distintas as eficácias da decisão judicial e não dispensarão o dever de fundamentação, salvo melhor juízo.

#### 4.3.2.6 Ainda: a estabilidade e a eficácia vinculativa da tese jurídica não se confundem com a extensão da coisa julgada

Destacados os elementos e a eficácia da decisão proferida no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, resta fazer algumas observações pontuais para demonstrar

que essa eficácia não é assimilável com a coisa julgada<sup>621</sup>, seja a típica do processo individual, seja a que ocorre no processo coletivo brasileiro<sup>622</sup>.

A compreensão da coisa julgada está vinculada à decisão sobre o objeto litigioso de um conflito específico. A eficácia do precedente, por sua vez, apesar de pressupor uma estabilidade, não tem trabalho com a mesma lógica de contornos objetivos ou subjetivos próprios da coisa julgada.

A coisa julgada incide apenas sobre a porção da decisão de mérito (art. 502<sup>623</sup>) que julga a questão principal ou prejudicial (art. 503<sup>624</sup>). O juiz individualiza a norma jurídica ao caso específico, norma esta que se torna imutável e indiscutível naqueles limites objetivos e subjetivos, definidos pela demanda e relacionados à relação jurídica de direito material objeto do processo<sup>625</sup>.

Apenas em algumas hipóteses o sistema admite a extensão subjetiva da coisa julgada<sup>626</sup> e, mesmo nestes casos, o entendimento majoritário é que a extensão fica limitada aos sujeitos da mesma relação jurídica<sup>627-628</sup>.

---

<sup>621</sup> O tema relativo à coisa julgada não será abordado nesse estudo, senão nos limites dos comentários que seguem. Para uma abordagem ampla do tema, com uma proposta de reestruturação do regime de estabilidades no direito brasileiro, ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

<sup>622</sup> Sobre coisa julgada no processo coletivo, ver, amplamente: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

<sup>623</sup> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

<sup>624</sup> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

<sup>625</sup> Leonardo Greco aponta que a coisa julgada é “a imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida. Por esse conceito, a coisa julgada somente atinge as sentenças de mérito, porque são elas que dispõem sobre o direito material das partes” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 314, grifo nosso). Para Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, “a coisa julgada torna indiscutível a norma jurídica concreta definida na decisão judicial” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 516).

<sup>626</sup> Sobre o tema, ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. *Temas de Direito Processual*. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221-234; DIDIER JR., Fredie. Litisconsórcio necessário ativo (?), disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>, acesso em 23.04.2015.

<sup>627</sup> Comentando sobre a mudança do art. 473 do CPC/73 para o art. 506 do CPC/2015, que admite a extensão “benéfica” a terceiros, Medina aponta que “a coisa julgada pode beneficiar terceiros, em hipótese em que incidam os princípios pertinentes ao litisconsórcio unitário – ou, ao menos, a solução de unitariedade em relação

O instituto da coisa julgada não foi desenvolvido para estender uma decisão judicial em abstrato, em tutela dessubjetivizada, para demandas repetitivas referentes a relações jurídicas substanciais semelhantes<sup>629</sup>.

Tampouco a coisa julgada que ocorre no processo coletivo é assimilável com a eficácia da tese jurídica fixada no incidente. Muito embora o conceito de coisa julgada aplicável ao processo coletivo tenha sofrido algumas adaptações em relação à coisa julgada no processo individual<sup>630</sup>, o que se observa é que igualmente este regime se distancia da eficácia do precedente, na medida em que a coisa julgada coletiva também incide em relação à(s) relação(ões) jurídica(s) concretas que compreendiam o objeto litigioso do processo coletivo<sup>631</sup>.

A coisa julgada no processo coletivo brasileiro tem eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, porque não fica limitada às partes presentes no processo judicial, mas atinge os sujeitos participantes da relação jurídica objeto do processo. É a solução de uma situação conflituosa (ou várias), sob o ponto de vista do direito substancial, que se projeta para atingir todos os seus integrantes ou titulares<sup>632</sup>. Ainda que se adotem categorias específicas, como vinculação *secundum eventum*

a uma determinada questão. (...) *A coisa julgada não beneficia terceiro que esteja em situação jurídica apenas similar*” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: RT, 2015).

<sup>628</sup> Todavia, há algumas interpretações em sentido diverso, relacionando a extensão da coisa julgada a terceiros como uma forma de aproveitamento da decisão em demandas de massa, em um paralelo com o sistema dos Estados Unidos. Ver, sobre a questão: GIDI, Antonio; TESHEINER, José; PRATTES, Marília. Limites objetivos da coisa julgada no projeto do novo Código de Processo Civil. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, vol. 194, abr/2011.

<sup>629</sup> Marinoni explicita que “os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 278).

<sup>630</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes afirma, com razão, que “o processamento e o julgamento de demandas coletivas impõem a revisitação de vários institutos processuais, para adequá-los aos princípios, às finalidades e às características da proteção judicial metaindividual. Dentro desse contexto, a litispendência e a coisa julgada merecem posição de destaque (...) Não haveria, ainda, sentido em se falar de proteção coletiva, com o escopo de ampliar o acesso à Justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 259-260).

<sup>631</sup> Nesse sentido: “o trânsito em julgado abarca o efeito declaratório da sentença, que se torna imutável *em face da relação jurídica exposta* no pedido formulado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 296).

<sup>632</sup> Andrea Barbosa e Diego Cantoario apontam a distinção: “nas ações coletivas, diversamente, há, além da resolução conjunta das questões jurídicas pertinentes às diversas lides aglutinadas, exame do contexto fático litigioso. Ademais, conforme for, a própria coisa julgada coletiva (e não apenas a razão de decidir) irá vincular a universalidade substituída em juízo. Em suma, *a solução da própria lide e não apenas da questão jurídica é*

*probationis, secundum eventum litis* ou *pro et contra*<sup>633</sup>, a extensão ou limitação da extensão da coisa julgada está relacionada com a relação jurídica decidida. Por isso, esse instituto se distancia do regime de estabilidade e eficácia da tese jurídica.

Por outro lado, outra distinção essencial diz respeito ao fato de que, no sistema brasileiro, a coisa julgada não incide sobre os fundamentos da decisão (art. 504, I, CPC/2015<sup>634</sup>), mas apenas em relação à conclusão<sup>635-636</sup>.

Para o sistema tradicional de precedentes (extraídos a partir do julgamento de casos), a lógica é inversa. A eficácia vinculativa dos precedentes incide em relação aos motivos ou fundamentos da decisão que sejam determinantes para a conclusão da decisão, porque é deles

*passível de projetar-se em caráter geral, para além dos lindes subjetivos do processo*” (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 505, grifos nossos).

<sup>633</sup> A doutrina vem fazendo um paralelo em eficácia *secundum eventum litis* da ação coletiva com eficácia que seria *pro et contra* da decisão do IRDR: “No que se refere à extensão dos efeitos da decisão proferida, também há nítida diferença entre o incidente contido no Projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) e as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos. Com efeito, se nestas ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada para alcançar os membros do grupo substituídos somente nas hipóteses de procedência (*secundum eventum litis*), a solução adotada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas é diversa, e consideravelmente mais contundente, na medida em que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações isomórficas produzirá eficácia *pro et contra*” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, set/2012, versão digital). Ainda, “a decisão oriunda do julgamento do IRDR é bem mais violenta do que a coisa julgada proveniente das ações coletivas. A tese jurídica fixada, na verdade, configura precedente judicial com eficácia vinculante *pro et contra*, isto é, atinge os processos repetitivos (individuais e coletivos; pendentes e futuros) qualquer que seja seu resultado, *favorável* ou *desfavorável*” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 577). Pensamos que essa comparação faz sentido quanto à “força” ou “intensidade” da eficácia, sem desconsiderar que num caso é extensão da coisa julgada e noutro não.

<sup>634</sup> Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

<sup>635</sup> À luz do CPC/73 se defende que apenas em relação ao dispositivo é que incide a coisa julgada. Com o novo CPC e o regime da coisa julgada aplicável à prejudicial (art. 503, §1º), como há quem defenda que esta não precisará constar do dispositivo, alguns autores vem defendendo que a coisa julgada não necessariamente ficará limitada ao dispositivo. Nesse sentido: “a coisa julgada comum é aquela que recai sobre o preceito contido no dispositivo da decisão judicial; a coisa julgada especial, vamos chama-la assim – é aquela que pode recair sobre a solução dada, na fundamentação, à questão prejudicial incidental” (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 489. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 719).

<sup>636</sup> Por isso, Marinoni aponta que os fundamentos, no Brasil, não tinham tanta relevância, já que, cabendo ao juiz apenas aplicar a lei, “não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 822).

que se extrai a norma aplicável aos casos análogos<sup>637</sup>. São os motivos da decisão e não o seu dispositivo que se projetam para “fora”, para serem aplicados posteriormente<sup>638</sup>, nos casos pendentes e futuros<sup>639</sup>.

É possível concluir, então, que a aplicação da tese aos casos pendentes e futuros não decorre de uma suposta *extensão* da coisa julgada firmada no IRDR, mas da eficácia vinculativa atribuída por lei à tese jurídica que se extrai da decisão proferida no incidente<sup>640</sup>,

---

<sup>637</sup> Marinoni ressalta que “a ideia de que a eficácia vinculante deve ficar restrita ao dispositivo não faz ver outra coisa que não a própria coisa julgada material. Para se ter precedente ou se pensar em *ratio decidendi*, assim, é necessário extrair as razões de decidir da fundamentação da decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 260).

<sup>638</sup> Fredie Didier Jr. destaca que “a coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos *precedentes judiciais* (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por *indução*, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes” (DIDIER JR., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: <https://ufba.academia.edu/frediedidier>, acesso em 03/09/2015).

<sup>639</sup> A aplicação da tese aos casos futuros é mais um dos elementos que diferencia o IRDR do procedimento-modelo alemão. Em relação ao *Musterverfahren*, também houve discussão a respeito da eficácia da decisão proferida, mas afastou-se o efeito vinculante porque lá a decisão apenas afeta casos pendentes, adotando-se majoritariamente o entendimento que a eficácia assemelha-se à coisa julgada: “Diante da imprecisão da lei, a doutrina alemã vem debatendo se, em verdade, a lei trouxe previsão do efeito vinculante (*Bindungswirkung*), da coisa julgada (*Rechtskraft*), da chamada eficácia da intervenção (*Interventionswirkung*) ou outros institutos assemelhados. (...) *Estaríamos diante do efeito vinculante? A resposta parece inclinar-se pela negativa. Isso porque, caso se tratasse do Bindungswirkung, os fundamentos determinantes da decisão no Procedimento-Modelo seriam vinculantes para quaisquer futuros processos*. Porém, isso não ocorre: os autores futuros não são atingidos pela decisão coletiva, porque o § 16 (1), ao afirmar que o julgado atinge os processos que dependam das questões resolvidas no incidente coletivo, exige litispendência dos processos individuais *no momento da decisão do Tribunal* (...) “certas vozes vêm identificando a vinculação às partes principais (*Musterkläger* e *Musterbeklagte*) e aos intervenientes dentro da sistemática da coisa julgada. Para as partes, o modelo seria semelhante à coisa julgada formal: decisão das questões no incidente coletivo torna-se imutável no processo, devendo ser tomada como vinculante para a solução subsequente das pretensões individuais em cada processo. Isso seria parecido ao que ocorre na Alemanha com as sentenças incidentais (*Zwischenurteile*), que decidem partes da pretensão ou dos fundamentos de defesa, e vinculam o juízo, no mesmo processo, ao anteriormente decidido. Para os intervenientes, tenham ou não participado efetivamente, a lei teria trazido extensão da coisa julgada. Com efeito, no procedimento-padrão, os interesses da parte principal e dos intervenientes são paralelos (e não contrapostos), o mostra que o instituto adotado é a extensão da coisa julgada e não a eficácia de intervenção, esta protetiva dos terceiros em relação à parte (instituto utilizado quando os interesses de uns e outros são conflitantes). No entanto, como visto, trata-se de uma extensão da coisa julgada limitada pela litispendência individual (tramitação de processos individuais no momento da decisão coletiva), e abrangente também daqueles que não requereram a tratativa coletiva ou participaram ativamente no incidente-modelo. (...) Por conseguinte, tanto em relação às partes no incidente, como em relação aos intervenientes, a doutrina tem se inclinado pela aplicação do instituto da coisa julgada, seja coisa julgada formal ou a técnica da extensão da coisa julgada, afastando interpretações pela adoção do efeito vinculante ou qualquer outro instituto” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 137-142). No *Musterverfahren*, contudo, parece haver coletivização/agrupamento, como visto.

<sup>640</sup> É preciso destacar que “decisões que não são sequer aptas a produzir coisa julgada material são capazes de conter eficácia vinculante” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 323), o que seria o caso da decisão no IRDR, que, por não julgar conflito subjetivo concreto, não estará sujeita à coisa julgada.

que deverá ser observada pelos juízes e tribunais quando julgarem demandas repetitivas<sup>641</sup>. Apenas haverá coisa julgada nos casos concretos, relativamente às decisões que julgarem as demandas repetitivas<sup>642</sup>.

Ainda, destaca-se que as funções que a coisa julgada e a eficácia do precedente exercem no sistema jurídico são bastante diversas<sup>643</sup>. Aquela garante estabilidade às partes, em relação a um comando judicial em concreto sobre uma relação jurídica particularizada; esta, a estabilidade e segurança na aplicação do direito, sob uma perspectiva abrangente.

Por fim, enquanto a coisa julgada pode ser rescindida, o precedente pode ser revisado ou superado, com base em outros requisitos, como abordaremos em seguida.

#### 4.3.2.6.1 Inadequação dos institutos do *opt-in* e *opt-out*

Não incidindo sobre a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas a coisa julgada e não sendo a eficácia vinculativa aos casos repetitivos justificada por uma suposta extensão subjetiva, também parece não ser a melhor solução empregar, para esta técnica processual, os critérios de vinculação *opt-in* e *opt-out*<sup>644</sup>, típicos do processo coletivo e de métodos de coletivização incidental.

---

<sup>641</sup> Sérgio Arenhart, comentando sobre estabilidade de decisões coletivas acerca de interesses individuais, afirma que a aplicação da decisão não decorre de uma suposta extensão da coisa julgada, porque qualquer tentativa de ampliar seus limites (objetivos e subjetivos) seria falha. Para o autor, o que impõe a observância e aplicação das decisões é a *isonomia*, que implicará “o dever de todos os integrantes do Poder Judiciário de tratar de forma idêntica os casos idênticos. Reconhecido, em determinado processo (seja de coletivização ativa, seja de coletivização passiva, seja ainda de coletivização de questões), por decisão irrecorrível, que alguma questão de fato ou de direito teve certa solução, a garantia da igualdade deve impor que todos os magistrados nacionais interpretem a mesma questão no mesmo sentido” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 401). Embora o IRDR não seja técnica processual coletiva, o raciocínio pode se aplicar.

<sup>642</sup> José de Albuquerque Rocha, comentando sobre a tese fixada no procedimento de uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC/73), destacou: “o órgão competente para julgar o caso concreto tem, também, de interpretar a norma posta pelo tribunal, isto é, a ‘tese jurídica’. Ao realizar a interpretação da ‘tese jurídica’ cria a norma individualizada, ou seja, a norma do caso concreto, e que é aquela sob a qual vai incidir a imutabilidade e a conseqüente proibição de sua aplicação a outros casos, no que consiste a coisa julgada (...) Logo, não é a ‘tese jurídica’ que disciplina, diretamente, o caso concreto, pelo que não cabe cogitar, em relação a ela, de efeito de coisa julgada, muito menos de sua extensão a situações idênticas” (ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977, p. 87)

<sup>643</sup> Marinoni aponta que “as funções da coisa julgada e do precedente vinculante à luz da tutela da segurança jurídica e da confiança são distintas. O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão judicial estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 138).

<sup>644</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta que há sistemas distintos de vinculação em relação às ações coletivas. O autor explicita que “a proteção dos interesses pluriindividuais encontra-se dividida em dois sistemas de vinculação. O de inclusão, no qual a pessoa interessada precisa manifestar expressamente sua vontade de ser atingida pelos efeitos do pronunciamento judicial coletivo, é também conhecido pela expressão inglesa *opt-in*,

Os modelos de *opt-in* e *opt-out* estão vinculados à ideia de participação como consentimento, da qual se distancia o sistema do IRDR, como vimos nas premissas relativas aos sujeitos processuais.

Assim, não há conduta da parte da demanda repetitiva em relação à inclusão ou exclusão<sup>645</sup>, porque não há esse agrupamento que ocorre nas ações coletivas. A eficácia que incide em relação ao processo individual não decorre do fato de a parte ter “agregado” sua demanda a outras, porque sua demanda será inteiramente decidida pelo juízo em que estiver tramitando<sup>646</sup>.

A eficácia decorre da uniformização do tribunal sobre uma controvérsia jurídica, decidida em abstrato, a qual é depois aplicável aos casos que se encontrem dentro da moldura

diante da necessidade de opção pelo ingresso no grupo atrelado à decisão. (...) O sistema de exclusão, por sua, está baseado na exigência da representação adequada e da comunicação prévia aos interessados que, em geral, dentro do prazo fixado pelo órgão judicial, deverão requerer a sua exclusão (*opt-out*) em relação à eficácia dos provimentos proferidos no processo metaindividual” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 186-187).

<sup>645</sup> A doutrina destaca que é “desnecessária qualquer conduta da parte do processo originário, seja para excluir-se da aplicação da tese fixada no incidente (*opt-out*), seja para incluir-se nessa esfera (*opt-in*)” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1445). No mesmo sentido: “Não existe qualquer necessidade de aderir ao incidente (*opt-in*), tampouco possibilidade de pedir sua exclusão (*opt-out* das class actions norte-americanas), pois, nas duas versões do projeto (Senado e Câmara), todos estão vinculados ao resultado do incidente. Vale dizer, todos os titulares do direito individual homogêneo objeto do incidente ficam vinculados ao que foi decidido” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 305). Pode-se afirmar que o ajuizamento da ação é uma forma de *opt-in*, mas, por não ter equivalência com a “inclusão” ou “exclusão” típicas do processo coletivo, optamos por não empregar este termo ao IRDR.

<sup>646</sup> Por isso, discordamos da crítica formulada por Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, quando sustentam que o IRDR é inconstitucional, por violar o direito de ação, já que não prevê o *opt-out*. Para os autores, a vinculação à decisão do IRDR é “praticamente absoluta. O novo sistema não adota o sistema de *opt-in*, de modo que todos os processos repetitivos serão alcançados pela decisão de mérito, independentemente de requerimento nesse sentido. Do mesmo modo, o NCPC não segue o sistema de *opt-out*, uma vez que não aceita o exercício do direito de autoexclusão, com a possibilidade de o litigante prosseguir com sua demanda isoladamente (...) Essa forma de vinculação absoluta fere o direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988). Não há como o NCPC impedir o direito de parte prosseguir com sua demanda isoladamente, ou seja, fora do regime jurídico do IRDR. O sistema processual deve sempre assegurar ao litigante o direito de opção” (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, vol. 240, fev/2015, versão digital). Pensamos que a previsão de vinculação dos órgãos jurisdicionais ao seu entendimento prévio (à tese, portanto) é uma exigência constitucional que se funda no direito à isonomia, à segurança jurídica e a coerência e unidade do direito. A parte não tem o direito de autoexclusão para obter decisão que desrespeite essa uniformização, como não tem direito a se auto-excluir de decisões em controle de constitucionalidade e de súmulas vinculantes. Em sentido similar, Sérgio Arenhart defende que “sob o prisma da isonomia, nada justifica que se possa fracionar o julgamento de questão idêntica, permitindo que cada qual tente a sua sorte na roleta jurisdicional. Se a questão é uma só, não há nenhum sentido em se permitir ao sujeito evitar a incidência da decisão judicial já prolatada – salvo razões específicas, muito bem determinadas – com a exclusiva justificativa de que o direito de ação é pessoal e de que o indivíduo não tem que se sujeitar à decisão tomada em processo que não contou com a sua participação” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57).

da categoria fática relevante por ocasião do julgamento. Os órgãos jurisdicionais ficam obrigados a decidir de acordo com a tese jurídica quando da apreciação de demandas fundadas na questão apreciada.

#### 4.3.3 Recorribilidade da decisão que julga o mérito do IRDR

Tratamos, no item anterior, dos elementos e da eficácia da decisão de mérito no incidente, que fixa a tese jurídica. A decisão proferida pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais está sujeita a recursos, nos termos do art. 987 do CPC/2015. Assim, tudo que foi dito no tópico anterior, notadamente o que se refere à eficácia da decisão, deve ser compreendido como relativo à decisão não mais sujeita à recurso. Ou seja, decisões proferidas pelos tribunais locais, quando não recorridas, e decisões proferidas pelas cortes superiores, quando reformarem ou confirmarem a tese jurídica. Por uma questão metodológica, optamos por tratar da recorribilidade da decisão à parte, o que passamos a fazer neste item.

Pois bem. O art. 987 prevê o cabimento de recurso extraordinário ou especial, conforme a questão de direito seja referente à matéria constitucional ou infraconstitucional. São cabíveis, ainda embargos de declaração, caso presentes os vícios do art. 1.022.

O cabimento dos recursos especial e extraordinário é absolutamente relevante, por permitir a reavaliação da tese fixada pela corte superior e, assim, para viabilizar a uniformização em nível nacional, ampliando a esfera de aplicação da tese, antes restrita ao âmbito do tribunal em que fixada.

O Código incentiva e reconhece a importância de levar a discussão aos tribunais superiores, determinando a presunção de repercussão geral da questão constitucional e garantindo efeito suspensivo a tais recursos (art. 987, §1º)<sup>647</sup>. Não obstante, algumas controvérsias vêm surgindo sobre os recursos no IRDR, as quais serão abordadas a seguir.

##### 4.3.3.1 Causas decididas, decisões definitivas e recursos excepcionais: o enunciado de súmula nº 513 do STF e o IRDR

---

<sup>647</sup> “O legislador facilitou, a nosso ver de forma acertada, a devolução da questão jurídica que dá ensejo às demandas repetitivas aos tribunais superiores” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *RePro*, vol. 211, p. 191, set/2012, p. 191).

Os recursos especial e extraordinário são recursos excepcionais, cuja previsão e requisitos de cabimento constam da Constituição da República, nos arts. 102, III<sup>648</sup> e 105, III<sup>649</sup>. Destas disposições constitucionais, a doutrina e a jurisprudência extraíram que tais recursos apenas poderiam ser manejados contra *causas definitivamente decididas*.

Ao longo do tempo, o requisito da “causa decidida” foi compreendido de forma elástica pela doutrina e pela jurisprudência, para significar “questão” sobre a qual tenha havido pronunciamento judicial definitivo<sup>650</sup>, admitindo-se recursos excepcionais contra decisões de natureza variada<sup>651</sup>.

Todavia, no debate sobre a recorribilidade da decisão do IRDR, esse requisito vem sendo adotado com uma concepção restritiva, que vem acarretando no entendimento pelo descabimento de tais recursos, em algumas hipóteses.

É que, para parte da doutrina, apenas se o incidente julgar a “causa-piloto” serão cabíveis os recursos especial e extraordinário, porque apenas assim haverá “causa decidida”. Se o incidente limitar-se a fixar a tese jurídica, como entendemos, não haverá julgamento da causa que viabilize a via recursal excepcional<sup>652</sup>.

---

<sup>648</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

<sup>649</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>650</sup> Nesse sentido, Pedro Miranda de Oliveira destaca que “O termo *causa* não sofre qualquer limitação quanto à natureza do processo (cognitivo, execução, cautelar ou procedimentos especiais), nem quanto à qualidade da decisão (terminativa, definitiva ou interlocutória), nem quanto ao tipo de jurisdição em que foi proferida (contenciosa ou voluntária). O sentido de *causa* é o mais amplo possível. (...) Enfim, no texto constitucional o vocábulo *causa* tem o sentido de *questão*, de *controvérsia*” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial*. In: Isabel Gallotti; Bruno Dantas; Alexandre Freire; Fernando da Fonseca Gajardoni; José Miguel Garcia Medina. (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. 1ed. São Paulo: RT, 2014, p. 779).

<sup>651</sup> Destacando uma concepção ampla do termo, Athon Gusmão Carneiro aponta que o conceito de causa decidida “abrange a totalidade dos processos em que tenha sido proferida decisão jurisdicional, tanto em jurisdição contenciosa como na denominada jurisdição voluntária” (In: Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial, RF 347/31, jul/set 1999, apud OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013, p. 169). Também Bernardo Pimentel Souza aponta que “ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a expressão constitucional ‘causas decididas’ abrange os processos com julgamento de mérito, sem julgamento do *meritum causae* e até as questões incidentais decididas na causa” (Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638).

<sup>652</sup> Antonio do Passo Cabral, por exemplo, afirma que, quando o incidente assumir caráter objetivo, o que, para o autor, ocorrerá na hipótese de desistência da “causa-piloto”, “não cabe recurso especial ou recurso extraordinário do art. 987 porque a Constituição da República, ao estabelecer o cabimento destes recursos, fala em ‘causas decididas’ em única ou última instância nos tribunais. Ora, não havendo julgamento da causa (porque houve desistência desta), mas apenas resolução da questão comum nos moldes de uma jurisdição ‘objetiva’, não são cabíveis os recursos especial ou extraordinário”. Perceba, contudo, que o autor assume este posicionamento mas

Parte deste entendimento está ancorado no enunciado de súmula nº 513, do Supremo Tribunal Federal, editado em 03/12/1969. O enunciado dispõe que “a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. Esse enunciado vem sendo invocado para fundamentar a interpretação restritiva do requisito “causa decidida” para o IRDR<sup>653</sup>. Ou seja, se no incidente não houver julgamento da demanda, da causa, não haverá possibilidade de manejar recurso especial ou extraordinário, como não há no incidente de inconstitucionalidade.

Pensamos, contudo, que tal enunciado não deve ter a extensão que lhe vem sendo atribuída. Para tanto, analisaremos os precedentes que ensejaram a edição do enunciado. São indicados, no *site* do STF, três julgados: RMS 15.212/SP, RMS 14.710/SP e RE 59.250/BA.

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.212/SP, julgado pelo Pleno do STF em 23/08/1967, DJ de 24/5/1968, a questão acerca do cabimento ou não de recurso extraordinário contra a decisão plenária surgiu a partir da discussão levantada pelo Min. Aducto Cardoso, que aventou a intempestividade do recurso ordinário, sob o fundamento de que a parte deveria ter interposto recurso extraordinário contra a decisão do plenário acerca da matéria constitucional, invocando, para tanto, diversos precedentes anteriores do STF neste sentido.

A discussão que passou a se desenvolver a partir da preliminar aventada, então, foi sobre a necessidade ou não de a parte interpor recurso contra a decisão plenária, nos seguintes termos: “a preliminar é esta: se da decisão do plenário *era obrigatório o recurso extraordinário* para que o Supremo Tribunal Federal conhecesse agora do indeferimento do mandado de segurança, porque, da decisão denegatória em mandado de segurança, como determina a Constituição, cabe recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal” (p. 167, grifo nosso). Tratava-se de decidir, em realidade, se a parte que não manejou o recurso extraordinário contra a decisão que apreciou a constitucionalidade, poderia interpor recurso ordinário contra a decisão que denegou a segurança.

O problema surgiu pela constatação de que a questão constitucional é decidida definitivamente pelo plenário, e apenas por ele, não sendo senão meramente incorporada na

---

não descarta a necessidade de outras reflexões posteriores, ressaltando que “o tema merece reflexão, sobretudo à luz do impacto que o IRDR terá no conceito de jurisdição (e também na definição do que é causa para estes fins)” (CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1453).

<sup>653</sup> Por exemplo, em: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1453).

decisão posterior. Nesse caso, quanto à questão constitucional não caberia o recurso ordinário “porque quanto a ela a Câmara não tem competência, por força da Constituição” (voto do Min. Victor Nunes, p.169), de modo que a parte deveria recorrer mediante o recurso próprio, o extraordinário, da decisão que julga definitivamente a questão constitucional, ou seja, a do plenário<sup>654</sup>.

Apesar dos argumentos em favor do acolhimento da preliminar – e dos precedentes do STF neste sentido – a preliminar foi rejeitada, por 9 a 4, possibilitando o conhecimento do recurso. Mas a análise dos votos proferidos em julgamento demonstra que foi rejeitada, em realidade, não porque incabível o recurso extraordinário da decisão do plenário, mas “porque da decisão da Turma que indeferiu a segurança, a parte pode interpor em tempo o recurso previsto na Constituição, que é o recurso ordinário, das decisões denegatórias de mandado de segurança” (voto do Min. Gonçalves de Oliveira, p. 170).

Com efeito, parece que o STF decidiu pelo conhecimento do recurso, para evitar a conclusão de “obrigar-se o postulante (que tem, pela Constituição, o uso de um recurso expedito e direto) a interpor de ato intercorrente (só por haver versado tese jurídica) recurso extraordinário, realmente excepcional na sistemática judiciária” (voto do Min. Prado Kelly, p. 174).

Não é possível extrair do acórdão qualquer discussão mais aprofundada sobre o conceito de “causa decidida” e tampouco é possível concluir que a decisão do plenário não seria “decisão que julga causa” para fins de inadmissibilidade do recurso extraordinário. Tais fundamentos não são, em realidade, determinantes para a conclusão adotada no referido julgamento, porque sequer foram profundamente debatidos.

Por outro lado, no Recurso em Mandado de Segurança nº 14.710/SP, julgado em 30/05/1968, DJ 23/5/1969, embora tenha havido uma discussão mais aprofundada sob o tema em questão, novamente os fundamentos favoráveis à admissão do recurso ordinário centravam-se na dispensabilidade do recurso extraordinário, como pode se extrair da ementa, que enuncia: “Não há necessidade de interposição do recurso extraordinário dessa decisão se os autos vão voltar à Câmara e o mandado é, então, julgado em definitivo. Cabe, aqui, então, o recurso ordinário, quando denegatória, como no caso, a decisão. *Não são, pois, necessários*

---

<sup>654</sup> O Min. Victor Nunes destacou que a recorribilidade imediata seria fundamentada na “conveniência pública de serem as questões constitucionais dirimidas quanto antes”. Por isso, criticou a solução, afirmando que ela “protela o julgamento da questão constitucional por esta corte. Ela já estará decidida por outro Tribunal, em Plenário, mas só virá ao Supremo depois que a Turma ou Câmara proferir outra decisão, que de resto será absolutamente inócua quanto à questão constitucional”. Por isso, defendeu que “a parte deve recorrer de imediato. Nosso pronunciamento, que é o definitivo, deve ser antecipado” (p. 187, 188).

*dois recursos*, um o extraordinário da decisão do Plenário, outro, o recurso ordinário, da decisão da Câmara denegando a segurança. Somente este último é de ser interposto” (p. 61).

Foi destacado, também nesse julgamento que “a questão está em saber se são *necessários*, neste caso, dois recursos, a saber, um recurso da decisão do plenário, quando a questão constitucional fora julgada, e um outro recurso, quando o mandado de segurança seja denegado, após a volta dos autos à turma” (voto do Min. Gonçalves de Oliveira, p. 80).

De fato, neste julgamento, ao contrário do anterior, discutiu-se se a decisão que julga a constitucionalidade é decisão recorrível ou se seria apenas uma decisão parcial que dependeria, para se completar, da decisão sobre o caso concreto do mandado de segurança. Neste caso, apenas a decisão final é que seria objeto de recurso.

Ao final, decidiu-se pela viabilidade da interposição do recurso ordinário, também por maioria, destacando-se que “*a lide estabelece relação processual entre as partes. O litígio só é julgado pela Câmara. O problema da constitucionalidade é como uma prejudicial, que só pode ser decidida, por força da Constituição, por quórum qualificado do Tribunal (...) O julgamento só se integra, só termina, só se torna definitivo, com a sua complementação pela Câmara*” (voto do Min. Evandro Lins e Silva, p. 112, grifo nosso).

Ainda, também nesse sentido, o Ministro Carlos Thompson Flores, que proferiu voto vencedor, afirmou que a decisão do plenário, “porque apreciou apenas a tese, não julgou a questão, não faz coisa julgada que pressupõe espécie concreta: o caso. E porque a lide ficou suspensa, aguardando o desfecho da tese que apreciada, autorizará o prosseguimento a ser proferido no caso concreto, só este e não aquele é que há de proporcionar o recurso”.

Da análise do acórdão, é possível concluir que o principal fundamento para dispensar o cabimento de recurso extraordinário foi: ausência de julgamento da *lide* pela decisão do plenário, que é apenas uma prejudicial para o julgamento do caso concreto, do *litígio*, que será julgado pela Câmara, em decisão que será acobertada pela coisa julgada.

Por fim, na terceira decisão referida como precedente da súmula 513, Recurso Extraordinário nº 59.250/BA, julgado em 10/04/1969, apenas consta, quanto à questão em análise, o seguinte trecho, do voto do relator, Min. Carlos Thompson Flores: “tenho ponto de vista firmado e já aqui sustentado, de que o recurso cabível é do veredito que apreciou os recursos interpostos, não daquele que apreciou o incidente, limitado à tese da inconstitucionalidade, por infração constitucional. Sou, entanto (sic), vencido, razão pela qual registro apenas a questão, sem suscitar prefacial de não conhecimento, com esse embasamento” (p. 579).

O recurso não foi conhecido, mas não por este motivo, que sequer foi debatido. A razão do não conhecimento, como consta do acórdão, foi a aplicação da Súmula 285 ao caso<sup>655</sup>. Não há, desse modo, quaisquer fundamentos que possam ser extraídos para compreensão da súmula ora analisada, porque sequer foi matéria debatida no recurso.

Pois bem, destacados os fundamentos constantes das decisões referidas como precedentes do enunciado de súmula nº 513 do STF, passaremos a discorrer sobre os motivos pelos quais entendemos pela sua inadequação e inaplicabilidade como fundamento para obstar o cabimento de recursos excepcionais no IRDR.

Primeiramente, é importante pontuar que os dois julgados que originaram a súmula – já que o terceiro sequer versa sobre a matéria – tratam de uma situação peculiar, que não pode ser ignorada. Ambos são recursos ordinários em mandado de segurança, o que já gera particularidades que merecem ser analisadas.

Com efeito, o recurso ordinário tem devolutividade distinta do recurso extraordinário, atuando o tribunal como instância revisora ordinária, e não como corte de uniformização. Nos casos analisados, essa circunstância permeou o julgamento, pois discutiu-se a todo tempo a ofensa ao direito da parte de valer-se de tal recurso ordinário caso fosse exigida a interposição de recurso extraordinário, como se observa do voto do Min. Prado Kelly no RMS 15.212/SP.

Ainda, tais julgamentos deram-se sob a égide da Constituição de 1967, que concentrava no Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento dos recursos extraordinários e dos recursos ordinários em mandado de segurança julgados pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão (art. 114, II, a, da Constituição de 1967). A corte constitucional julgaria, então, ambos os recursos, o que certamente reduz a complexidade de tal problemática em relação ao desenho constitucional atual, que atribui a competência para julgamento de tais recursos ordinários ao Superior Tribunal de Justiça (art.105, II, b, CRFB/1988).

Tais motivos, contudo, até perdem relevância quando se observa de uma perspectiva mais ampla os cenários constitucional e institucional do período em que editada tal súmula e do período contemporâneo. As modificações e evoluções no conceito de direito, de jurisdição e das eficácias das decisões judiciais são gritantes e ensejam revisitação desta súmula.

A jurisdição, antes compreendida como atividade de aplicação da lei ao caso concreto para resolução de um conflito subjetivo, vem abandonando essa feição há décadas, e

---

<sup>655</sup> O enunciado de súmula nº 285 do STF dispõe que: “não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra ‘c’ do art. 101, III, da Constituição Federal”.

hoje assume espaços muito mais amplos, sobretudo no que diz respeito à eficácia das decisões judiciais, as quais se revestem cada vez mais de força normativa<sup>656</sup>.

É possível ilustrar estas mudanças com uma breve passagem de uma das decisões que originaram a súmula em análise, que demonstram a concepção tradicional, hoje em revolução, da existência de *lide* como elemento obrigatório do processo. Trata-se do voto do Min. Evandro Lins e Silva, proferido no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 14.710/SP (o segundo julgado referido como precedente acima), que justificou a dispensabilidade do recurso extraordinário da decisão do plenário, já que a *lide* apenas seria julgada pela câmara, destacando o seguinte: “imagine-se que a parte desista do pedido, entre o julgamento do Plenário e o julgamento da Câmara. *Neste caso, deixa de haver qualquer razão para recurso*” (p.113). Para o STF de 1969, “deixa de haver qualquer razão para recurso”, porque, como destacamos, o único motivo do juízo sobre a constitucionalidade era possibilitar o julgamento do *litígio*, da *lide*, do *caso concreto*. A decisão cognitiva, com a remessa do julgamento para o plenário, era justificada apenas pelo fato de haver exigência constitucional de um *quórum* especial. A questão constitucional era debatida apenas e tão somente para dar solução ao caso específico<sup>657</sup>.

Essa não é, claramente, a realidade atual. As decisões proferidas em sede de incidente de constitucionalidade, de incidentes de uniformização de jurisprudência, de repercussão geral, de recursos repetitivos e do incidente ora analisado, dentre outros institutos assemelhados, não visam precipuamente ao julgamento de um caso concreto, de um litígio particular. Antes o transcendem.

Tais mecanismos existem justamente para que ultrapassem casos concretos e são justificados pela sua eficácia que atinge outros casos. O espectro subjetivo alargado é premissa de tais institutos.

---

<sup>656</sup> Como bem pontua Aluisio Mendes, “o estudo do precedente, no âmbito do *common law*, vem propiciando profundas reflexões na teoria da decisão judicial, vista tradicionalmente, na nossa realidade do *civil law*, como pronunciamento capaz de encerrar um conflito, caracterizado pela pretensão resistida, mas não como formuladora de um ponto de referência normativo para o sistema, com capacidade de vinculação vertical e horizontal, a partir de uma tese jurídica (*ratio decidendi* ou *holding*), que precisa ser abstraída do julgado” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 15). Tratamos desta questão no tópico sobre a decisão no IRDR.

<sup>657</sup> Hermes Zaneti Jr. pontua que “a tradição brasileira, até bem pouco tempo atrás, negava a vinculação das decisões judiciais tomadas em casos concretos; a negativa do *stare decisis* e dos precedentes vinculantes, mesmo em relação aos recursos extraordinários que decretassem a inconstitucionalidade de uma norma em face da Constituição era a regra (...) Estamos em outro momento histórico” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.308).

Para estes mecanismos – em especial para o IRDR –, a desistência do recurso ou da “causa”, ao contrário do que ocorria em 1969, não interfere na “razão do recurso” (no caso, do incidente), que tem autonomia e tramita regularmente, como já enunciaram o STJ e o STF deste século<sup>658</sup>, e como adotado pelo legislador deste ano<sup>659</sup>. A “razão” de tais técnicas processuais não é, em absoluto, o julgamento de um caso concreto específico, como era a do incidente de arguição de inconstitucionalidade na época, o que se comprova pelo fato de ficarem suspensas as (milhares) de demandas repetitivas, aguardando a definição da tese comum.

A jurisdição, hoje, não se exerce apenas para pacificação de uma lide<sup>660</sup>.

Há motivos consistentes, pensamos, para que seja superado o enunciado de súmula nº 513 do STF de 1969, ou, ainda, para que seja feita a indispensável distinção em relação ao cabimento de recursos excepcionais contra a decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas. O cenário de hoje não é o mesmo de 1969, sobretudo no que se refere à atividade jurisdicional e aos efeitos das decisões de constitucionalidade proferidas em casos específicos.

É verdade que há decisões recentes do STF que continuam aplicando a súmula analisada, como forma de vedar o recurso extraordinário. Pensamos, contudo, que isso decorre mais de uma equivocada aplicação das súmulas<sup>661</sup>, do que verdadeiramente concordância com os fundamentos determinantes para essa tomada de decisão. Por isso, a

---

<sup>658</sup> Conforme se observa dos julgados: STJ, Questão de Ordem no REsp 1.063.343, julgado pela Corte Especial, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, em 17/12/2008; STF, RE 693.456, Rel. Min. Dias Toffoli, 02/09/2015.,

<sup>659</sup> Conforme previsões dos arts. 976, §1º e 998, parágrafo único, do CPC/2015.

<sup>660</sup> Flávio Yarshell trata do conceito de jurisdição, demonstrando que, embora a visão tradicional reserve à legislação a edição de regras gerais e abstratas e à jurisdição a atuação em concreto de tais determinações, essa distinção merece revisão crítica, notadamente diante de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Também alerta o autor que “já não parece mais possível dizer que a jurisdição se limita à edição de normas em casos concretos quando é sabido que o sistema brasileiro, cada vez mais, prestigia a força dos precedentes judiciais” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 144). O autor propõe, então, que os elementos conceituais da jurisdição contemporânea são: “(a) atividade pela qual um (b) terceiro se substitui aos sujeitos de uma dada controvérsia, (c) de forma imperativa, com o (d) escopo de eliminá-la (a controvérsia) mediante a atuação do direito objetivo” (p. 146). E sendo assim, o autor conclui que não é correto associar o conceito de jurisdição ao conceito de lide, conceito este que “pode ser proveitosamente substituído pelo de controvérsia; que, conquanto mais genérico (e, portanto, mais abrangente), pode inclusive ser visto de forma objetiva, como a oposição de uma dada situação fática ao ordenamento jurídico” (p. 149).

<sup>661</sup> Afinal, é inegável que na realidade brasileira há uma aplicação irrefletida dos enunciados de súmula, que parecem normas abstratas e universais, sem que haja a consideração sobre os motivos que levaram àquela conclusão e, principalmente, sobre a conveniência de permanecer atrelado a tais motivos. Nesse sentido: “esqueceu-se, como está claro, que as súmulas só têm sentido quando configuram o retrato da realidade do direito jurisprudencial de determinado momento histórico e que, assim, não se podem deixar de lado apenas os precedentes que as fizeram nascer, mas também os fundamentos e valores que os explicam num certo ambiente político e social (...). Nestas condições, torna-se difícil constatar se os precedentes que a elegeram estão superados, há que, para tanto, deveria o intérprete mergulhar no ambiente que lhes era próprio” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 484).

reiteração recente da súmula não é, pensamos, justificativa forte o suficiente para validá-la, em termos substanciais.

Ademais, não se justifica, agora, a adoção de uma concepção limitada para o termo “causa decidida”, porque a doutrina e a jurisprudência sempre admitiram o amplo cabimento de recursos excepcionais, que são a todo momento manejados contra decisões das mais diversas, como destacado no início deste tópico.

A restritiva interpretação do termo burla o desígnio constitucional de atribuir ao STF e ao STJ a uniformização da constitucional e da lei infraconstitucional<sup>662</sup>, o que vai de encontro aos próprios fundamentos da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por fim, há questões pragmáticas que depõem contra a restrição do cabimento dos recursos excepcionais. Impedir a devolução da questão para os tribunais superiores diretamente irá retardar a uniformização em nível nacional, o que não é adequado para o sistema judicial.

Ainda, não parece recomendável vincular o cabimento do recurso excepcional ao julgamento da causa porque o resultado do julgamento da demanda, com o acolhimento ou não do pedido, pode não ser no mesmo sentido da tese jurídica fixada. Afinal, para julgar o pedido, o tribunal pode considerar outros fatores individuais que sejam suficientes para, por exemplo, julgá-lo improcedente, mesmo que a tese fosse favorável. Neste caso, é intuitivo que a parte sucumbente recorrerá sobre estes fundamentos que levaram à improcedência, mas não sobre o acerto ou não da tese jurídica, que, em tese lhe favoreceria. Assim, não devolverá essa matéria aos tribunais superiores, limitando o objeto recursal. De outro lado, a parte adversa, apesar de “perder” na tese jurídica, terá julgamento favorável no pedido do caso concreto e, assim, também não terá interesse recursal para reformar a tese<sup>663</sup>. Quem será o sujeito a levar a matéria para julgamento nos tribunais superiores?

---

<sup>662</sup> Nesse sentido, sobre recurso especial: “Para a precisa conceituação da expressão “causas decididas” não se deve olvidar a intenção constitucional da criação do recurso especial: assegurar a incolumidade das leis federais, as quais podem, evidentemente, ser violadas tanto por decisões de mérito quanto incidentais ou terminativas, porquanto encerrem uma questão federal (...) Frustra os desígnios constitucionais a interpretação restrita do que sejam “causas decididas”, nelas só incluindo decisões definitivas e terminativas. Aliás, seria de constitucionalidade duvidosa lei que porventura viesse a dizer que naquela expressão só se compreenderiam decisões que pusessem fim ao processo com ou sem julgamento de mérito, excluindo as que incidentemente infringissem o Direito objetivo federal” (SILVA FILHO, Derly Barreto e. Recurso especial e conceito de ‘causas decididas’. *Revista dos Tribunais*, vol. 698, dez/1993, versão digital).

<sup>663</sup> A não ser na possibilidade de interposição de recurso a partir da ressignificação do conceito de interesse recursal, que passa a existir também de forma desvinculada ao resultado do pedido principal, o que pode ocorrer tanto na hipótese de extensão da coisa julgada às prejudiciais (art. 503, §1º), como no próprio regime dos precedentes, em que “o interesse recursal deve passar a abranger, além do interesse na alteração do quanto decidido relativamente ao caso concreto, ou seja, da norma individualizada que constitui o dispositivo, o

Não bastasse, o entendimento restritivo cria uma consequência indesejável, pois causa uma diferenciação substancial em relação aos limites da eficácia da decisão proferida no IRDR. Se prevalecer o entendimento restritivo, em caso de desistência da “causa-piloto” não haverá possibilidade de interposição de recursos excepcionais e, por consequência, de uniformização em nível nacional.

Nessa situação, teríamos que reconhecer o seguinte: na hipótese de desistência da “causa-piloto”, se tiver sido concedida previamente a suspensão nacional, com fulcro no art. 982, §§ 3º e 4º, deverá haver a cessação automática do sobrestamento, eis que a questão não será apreciada pelo STF ou STJ e a tese não alcançará abrangência nacional. Parece que este não é o escopo do instituto e tal interpretação não é coerente, sob o ponto de vista da sistemática processual.

Por fim, mas não menos importante, não pode ser desconsiderada a expressa previsão legal de cabimento de recursos especial e extraordinário no IRDR, que, inclusive, receberam tratamento privilegiado, com presunção de repercussão geral e efeito suspensivo (art. 987, §1º)<sup>664</sup>. Ainda que se considere que o incidente também julgará a causa, há que se destacar que o CPC/2015, art. 976, § 1º, prevê o prosseguimento a despeito de sua desistência e não limita nesse caso, o cabimento dos recursos excepcionais, não fazendo qualquer distinção, em realidade. Por isso, também, entende-se não ser cabível a restrição ao cabimento dos recursos excepcionais.

#### 4.3.3.2 Interesse e legitimidade recursal

---

interesse na definição do precedente, ou melhor, da norma jurídica geral do caso concreto, independentemente de discussão da conclusão a que se chegou na decisão judicial” (LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, mai-ago/2014). Apesar da relevância destas possibilidades, há receio de que, no caso concreto, a parte opte por interpor recurso apenas quando houver “sucumbência”, restringindo a devolução da matéria às cortes superiores.

<sup>664</sup> O fato de o legislador infraconstitucional ter previsto expressamente o cabimento de recursos excepcionais contra decisões do IRDR pode ser compreendido como uma conformação do requisito de “causa decidida”, presumindo-se sua existência na hipótese. Aliás, há diversos outros casos em que o legislador conforma conceitos constitucionais e faz opções claras, que não podem ser ignoradas. Ticiano Alves e Silva fala, por exemplo, na conformação de conceitos e na adoção de presunção pelo legislador infraconstitucional em relação à causa decidida, prequestionamento e embargos de declaração: “Penso, contudo, que causa decidida é conceito que pode ser conformado pelo legislador infraconstitucional, como fez o NCPC. Além disso, o prequestionamento ficto, agora previsto com um único sentido tanto para o STF como para o STJ, traz segurança jurídica, eliminando antiga divergência que existe entre estas Cortes. Não fosse suficiente, o NCPC estabelece uma presunção legal, como o faz, aliás, o CPC/73 e o NCPC (art.1.035, § 3o), ao presumir em determinadas hipóteses a repercussão geral” (SILVA, Ticiano Alves e. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 661-684).

Outro aspecto que se refere ao tema dos recursos no IRDR e que é de especial relevância é a aferição dos pressupostos do interesse e da legitimidade para atuação em nível recursal. Embora houvesse previsão, na versão inicial do projeto de lei aprovado pelo Senado (PLS 166/2010), de cabimento de recursos por “terceiros interessados”, essa disposição não foi mantida na versão final da Lei, que silencia a respeito do tema.

Parece não haver dissenso acerca da legitimidade recursal dos sujeitos condutores, que são inclusive denominados como “partes” no texto legal, e tampouco sobre a legitimação do *amicus curiae*, porque, neste caso, há disposição legal expressa admitindo a interposição (art. 138, §3º, CPC/2015).

Também a legitimação recursal do Ministério Público parece incontroversa, considerando não só a sua ampla possibilidade de participação, já que atuará na condição de “fiscal da ordem jurídica”, mas pela previsão específica do art. 996 do CPC/2015, que dispõe que o recurso pode ser interposto pelo órgão ministerial “como parte ou como fiscal da ordem jurídica”.

A situação mais problemática refere-se, então, à legitimação e interesse dos sujeitos sobrestados. Boa parte da doutrina vem defendendo a possibilidade de tais sujeitos interporem recursos contra a decisão do IRDR<sup>665</sup>, notadamente os que defendem a intervenção para participação no debate<sup>666</sup>, inclusive por força de uma nova concepção de interesse recursal<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> Essa é a posição de Antonio Adonias: “Qualquer um dos legitimados a suscitar o incidente de resolução de causas repetitivas pode interpor recursos de decisões nele proferidas pelo tribunal. Com efeito, qualquer das partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública podem interpor recursos no referido incidente. Quem atuou – ou quem poderia atuar – como interveniente no incidente também pode interpor recursos no mencionado incidente” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 190). No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: [https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015. Também é a posição de Marcos Cavalcanti: “Não apenas a parte no IRDR tem legitimidade recursal. Além do Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei, as partes que tiveram os processos suspensos e nos quais será aplicada a tese jurídica possuem legitimidade para interposição de recurso na condição de terceiros prejudicados” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 466).

<sup>666</sup> Até porque, como bem aponta Fredie Didier Jr., “não há como afirmar, ao mesmo tempo, que cabe a intervenção de terceiro e são permitidos determinados recursos, mas não cabe a interposição destes recursos por aqueles terceiros cuja intervenção é permitida” (DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 96).

<sup>667</sup> Já tratamos do tema anteriormente, quando abordamos os sujeitos processuais. Ver: LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, mai-ago/2014, p. 45-72.

A legitimidade recursal foi reconhecida, ademais, pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que editou enunciado a este respeito<sup>668</sup>.

Pelos mesmos motivos que defendemos a possibilidade de os sujeitos sobrestados intervirem no debate que precede a fixação da tese, entendemos possível a interposição de recursos por estes sujeitos<sup>669-670</sup>.

Assim, além dos sujeitos condutores, dos *amici curiae* e do Ministério Público, também os sujeitos sobrestados podem recorrer da decisão que julga o incidente<sup>671</sup>.

Novamente, parece que o filtro para admissibilidade dos recursos deve ser a apresentação de novos elementos recursais. Assim, quanto mais completo e abrangente for o recurso do sujeito condutor, menos espaço haverá para os sujeitos sobrestados atuarem. Do contrário, na ausência de recurso do sujeito condutor, os sujeitos sobrestados atuarão de forma mais ampla.

---

<sup>668</sup> FPPC 94. (art. 982, § 4º; art. 987) A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>669</sup> Veja, então, que a legitimidade e o interesse são analisados partindo das mesmas premissas apresentadas quanto à atuação dos sujeitos antes da fixação da tese. Tais requisitos não são apreciados considerando-se os direitos subjetivos dos sujeitos, mas considerando o que foi apresentado como “interesse na formação do precedente”. É por isso, então, que não cabe aqui vedar a interposição de recursos com fundamento análogo ao que se usa para obstar recursos de indivíduos em controle abstrato de constitucionalidade (sob o argumento de que não há “prejuízo direto”) e tampouco é possível obstar-se a atuação com base na exigência de demonstração do vínculo entre a relação jurídica do sobrestado com uma suposta relação jurídica objeto do recurso.

<sup>670</sup> A legitimidade dos sobrestados poderia ser defendida com base no disposto no art. 996, que assegura o recurso de terceiro “prejudicado”: “Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”. Ocorre que, como este instituto está ligado tradicionalmente ao processo subjetivo, exigindo-se a vinculação entre o direito de terceiro e a “relação jurídica submetida à apreciação judicial” (o que fica claro do parágrafo único do art. 996), incorreríamos no mesmo problema que nos fez afastar o instituto da assistência do âmbito do IRDR. Desse modo, pensamos que o art. 996 pode ser empregado como reforço argumentativo, mas que o interesse recursal do sobrestado decorre mais do interesse na formação do precedente, o qual abordamos anteriormente.

<sup>671</sup> Também é a posição de Antonio do Passo Cabral, que afirma que a legitimidade recursal “é tanto das partes dos processos afetados, como dos litigantes que são partes em processos nos quais a tese deverá ser aplicada. Estes, como visto, são interessados na formação do precedente (...) De outro lado, mesmo os *amici curiae*, embora não necessariamente ‘interessados’ na disputa, serão legitimados para recorrer e embargar por expressa previsão legal (art. 138, §§1º e 3º)” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1454). Já havíamos defendido que a legitimação recursal do *amicus curiae* não suplanta a legitimação dos sobrestados, porque “o amigo da corte, embora salutar para o debate, não possui o interesse próprio da parte afetada, não sendo, portanto, capaz de substituí-la” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 323). Aliás, o fato de a lei ter previsto expressamente a legitimidade recursal do *amicus curiae* é fundamento que corrobora a legitimidade recursal dos sujeitos sobrestados, porque pressupõe uma abertura ao debate na esfera recursal, necessário para amadurecer e “testar” a tese fixada, mas também para conferir-lhe abrangência nacional.

Essa problemática desperta, inclusive, um debate interessante sobre a possibilidade de ser admitida uma nova decisão de afetação para a fase recursal, com a escolha de novos sujeitos condutores para o debate nas instâncias especiais.

Afinal, não havendo defesa direta de direito subjetivo, o critério que deve nortear a escolha dos líderes deve ser objetivo: aqueles que melhor conduzam o debate, apresentando tantas *perspectivas argumentativas* quantas forem possível. Se for constatado que o até então líder não teve a melhor atuação ou, ainda, que há, para a fase recursal, outros sujeitos que atendam os requisitos já apresentados (quando tratamos da escolha dos líderes), não há óbice para que o tribunal faça nova afetação e escolha novos sujeitos condutores para os recursos<sup>672</sup>. Também não vemos óbice para que o órgão julgador, constatando a existência de muitos recursos contra a decisão, selecione apenas alguns, com o objetivo de formar o melhor conjunto para a fase recursal, com nova fase de escolha e afetação, à semelhança, inclusive, com o que ocorre com os recursos repetitivos (arts. 1.036 e seguintes)<sup>673</sup>.

Por fim, é importante pontuar que não se aplica, como fundamento para evitar o recurso dos sujeitos sobrestados, a vedação de cabimento de recurso pela pessoa natural que é assistente litisconsorcial nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. Não se aplica tal fundamento como óbice, além do fato de serem intervenções com pressupostos e características distintas, pelo fato de que, na ação coletiva, o assistente não pode recorrer porque é um regime que se baseia na legitimação extraordinária exclusiva. Para a doutrina especializada, como a pessoa natural não tem legitimação para exercer direito de ação coletiva, também lhe falta para exercer o direito ao recurso<sup>674</sup>.

No IRDR, a situação é distinta. Não há substituição processual e os sujeitos sobrestados não são substituídos pelo sujeito condutor. Aqueles têm interesse e legitimidade para atuar no incidente, especialmente nos espaços não preenchidos por este, como já demonstramos no capítulo sobre sujeitos processuais.

---

<sup>672</sup> É interessante notar que no *Musterverfahren* há a possibilidade de nomeação de novos líderes para a fase recursal, como aponta Antonio Cabral: “Os intervenientes também podem recorrer ou aderir a recursos de outrem. A lei disciplina ainda a nomeação de outros líderes para as partes caso o *Musterkläger* ou o *Musterbeklagte* não recorram ou desistam dos recursos interpostos.” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 142).

<sup>673</sup> Defendemos essa possibilidade em: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 323-324.

<sup>674</sup> Com efeito, partindo da premissa que o recurso é uma manifestação do direito de ação, a doutrina destaca que “se admitíssemos o recurso do interveniente, a partir deste momento a ação estaria sendo conduzida por iniciativa exclusiva do cidadão, mesmo lhe faltando poderes processuais para tanto” (SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, vol. 116, jul-ago/2004).

#### 4.3.3.2.1 “Recurso” para estender a tese para âmbito nacional: nova concepção de interesse e legitimidade?

Há outro aspecto de especial relevância quanto ao tema dos recursos no incidente de resolução de demandas repetitivas, que diz respeito à criação de uma potencial hipótese diferenciada de interesse e legitimidade recursais. Trata-se do recurso (ou seria mero requerimento?) cujo único objetivo é estender a eficácia da tese jurídica para âmbito nacional. Explica-se.

O Código prevê que a tese jurídica deverá ser observada, a princípio, pelo tribunal (estadual ou regional) que a fixou, além dos juízos inferiores a ele vinculados. Não obstante, uma vez interposto recurso contra a decisão e analisada a questão pelo STF ou STJ, a tese ganha abrangência nacional, passando a ser obrigatória para todos os juízes e tribunais.

Considerando esta potencial abrangência nacional (decorrente da interposição de recurso aos tribunais superiores), a lei autoriza que partes de processos repetitivos tramitando em outros estados ou regiões, além do Ministério Público e Defensoria Pública, solicitem aos tribunais superiores a suspensão em nível nacional, antes mesmo da fixação em nível estadual ou regional (art. 982, §§3º e 4º<sup>675</sup>). Objetiva-se, com isso, evitar atividade jurisdicional inútil nos outros Estados e regiões, bem como decisões conflitantes, já que, se levada a matéria para apreciação do STF ou STJ, a tese (que foi inicialmente fixada com abrangência restrita ao tribunal originário) passa a ter abrangência para todo o território nacional.

Assim, considerando este cenário, é possível perceber que, fixada a tese em um Estado (p. ex. São Paulo), a parte de processo repetitivo tramitando em outro Estado (como o Rio de Janeiro) pode ter interesse em que a discussão atinja os tribunais superiores, para que possa aproveitar a tese para sua demanda. Neste caso, ainda que a tese tenha sido fixada em sentido que seja totalmente “favorável” à parte, ela terá interesse e legitimidade para

---

<sup>675</sup> Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

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

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

“recorrer”, com o único objetivo de que o STJ ou STF confirmem a decisão e que seja possível, assim, aplicar a tese por ocasião do julgamento de sua demanda<sup>676</sup>.

Nestes casos, o recurso aos tribunais superiores – que talvez possa ser considerado como mero requerimento (ou, quem sabe, outro instituto) – nada tem a ver com sucumbência e não exige qualquer demonstração da tentativa de “melhorar” a tese, considerando, de fundo, a pretensão subjetiva do recorrente.

O “recurso”, nesta hipótese, tem o único objetivo de acarretar no espraiamento da tese para âmbito nacional<sup>677</sup>. É situação que gera, então, interesse e legitimidade recursal muito peculiares<sup>678</sup>, que se distanciam da concepção tradicional que liga a intenção de interpor recurso com a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de uma decisão judicial. Os pressupostos para atuação, neste caso, decorrem de outro fundamento, que é a autorização da abrangência da tese em nível nacional. Trata-se, em realidade, de uma provocação dos tribunais superiores para que confirmem (ou não) a tese, o que trará, automaticamente, a aplicação a nível nacional.

Esta problemática, longe de estar resolvida, é mais um elemento que demonstra a necessidade de que os pressupostos de atuação e que os institutos do incidente sejam estruturados a partir de uma dogmática que lhe seja específica. É mais uma comprovação de que os institutos “tradicionais” não conseguem explicar inteiramente os fenômenos abrangidos e as consequências desta técnica processual diferenciada.

---

<sup>676</sup> A princípio, parece tranquilo reconhecer a legitimidade das partes dos processos em outros estados quando já tenha sido reconhecida a suspensão previamente, porque estes já serão *sujeitos sobrestados*. Não obstante, pensamos que nada impede que a possibilidade de interpor recurso seja estendida mesmo quando não tenha ocorrido a suspensão prévia, porque interesse haverá, já que a tese será aplicada nacionalmente, após o julgamento do recurso. Neste caso, pode-se afirmar que a parte que pretenda recorrer terá outro ônus: comprovar que é parte de processo que contenha tal questão, já que não terá a presunção (operada pela suspensão) a seu favor.

<sup>677</sup> E, caso não tenha sido deferida a suspensão nacional previamente, a tão só interposição do recurso significará a ampliação da estrutura subjetiva do processo, que passará a ter, como *sujeitos sobrestados*, não só as partes dos processos na área de determinado tribunal, mas em âmbito nacional, o que completa a observação que fizemos na nota de rodapé anterior. Sobre a “inclusão” de sujeitos no incidente por força da interposição de recurso, Antonio Adonias aponta que: “sujeitos que não figuravam como parte no incidente, poderão passar a integrá-lo. É o que acontece com os autores e réus de processos que tramitam sob a jurisdição de outro tribunal inferior que não aquele onde tramitou o incidente originariamente” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 04/04/2012, p. 179). Todavia, o autor parte da premissa de que os sujeitos serão litisconsortes, com o que não concordamos.

<sup>678</sup> Esta circunstância foi constatada por Sérgio Arenhart, no que se refere à abrangência territorial da sentença proferida em ação coletiva. O autor comenta que “ao atrelar a dimensão da eficácia da sentença ao grau de jurisdição que examina (ou reexamina) a causa, o STJ cria, forçosamente, uma hipótese de interesse recursal mesmo para aquele que venceu a demanda” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 76). Esse raciocínio é plenamente aplicável para o IRDR e demonstra claramente que a concepção tradicional de interesse (também recursal) não se aplica para este sistema.

#### 4.4 Atos posteriores à conclusão do julgamento do incidente: aplicação e revisão da tese

O julgamento do incidente se encerra após o decurso do prazo para interposição de recursos. Não há propriamente “trânsito em julgado”, mas há a estabilidade da tese fixada. Após a conclusão do incidente, a tese será aplicada às demandas repetitivas e poderá, eventualmente, ser superada ou revisada. Trataremos brevemente de tais questões nos tópicos que seguem.

##### 4.4.1 Aplicação da tese: principais consequências no processamento e julgamento das demandas repetitivas

A tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser aplicada, nos termos do art. 985, aos processos que versem sobre a questão de direito, pendentes ao tempo da decisão (inciso I) e ajuizados futuramente (inciso II), na área de jurisdição do respectivo tribunal ou, ainda, em âmbito nacional, se uniformizada a questão pelo STF ou STJ. A tese terá, como visto, eficácia vinculativa.

O novo CPC disciplina, em dispositivos esparsos, diversos efeitos da fixação da tese na tramitação e julgamento das demandas repetitivas. São eles<sup>679</sup>:

- a) concessão de tutela provisória de evidência (art. 311<sup>680</sup>);
- b) julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332<sup>681</sup>);
- c) julgamento unipessoal de recursos e conflitos de competência (arts. 932<sup>682</sup> e 955<sup>683</sup>);

---

<sup>679</sup> Tratamos destas consequências em: TEMER, Sofia Orberg. O microsistema de julgamento de casos repetitivos e os impactos para a advocacia. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Impactos do novo CPC na advocacia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, 279-294. Houve algumas modificações em decorrência da alteração do CPC/2015 pela lei resultante do PLC 168/2015.

<sup>680</sup> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

<sup>681</sup> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

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;

<sup>682</sup> Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- d) cabimento de embargos de declaração contra decisão que silencia sobre tese firmada em casos repetitivos, criando uma hipótese de omissão típica (art. 1022<sup>684</sup>);
- e) nulidade da decisão por ausência de fundamentação quanto ao precedente obrigatório (art. 489, § 1º, V e VI<sup>685</sup>);
- f) dispensa de remessa necessária (art. 496, §4º<sup>686</sup>);
- g) dispensa de caução no cumprimento provisório da sentença, salvo quando houver risco de dano (art. 521<sup>687</sup>);
- h) exceção à ordem cronológica de julgamento (art. 12, §2º, III<sup>688</sup>);
- i) possibilidade de desistência sem consentimento da parte adversa e dispensa de custas e honorários antes da contestação (art. 1.040, §§1º a 3º<sup>689</sup>);

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:

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;  
<sup>683</sup> Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em:

II - tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

<sup>684</sup> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

<sup>685</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>686</sup> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...) § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

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;

<sup>687</sup> Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

<sup>688</sup> Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (...)

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

j) cabimento de reclamação (art. 988, IV<sup>690</sup>).

O direito positivo estabelece, então, algumas consequências práticas que alteram o procedimento das demandas repetitivas, como consequência da eficácia vinculativa da decisão proferida no incidente<sup>691</sup>. A lei adequa os procedimentos das demandas sujeitas à incidência da tese, incentivando o respeito pelos precedentes, através do abreviamento de fases procedimentais, mediante, por exemplo, a concessão de tutela de evidência; assim como sancionando pretensões que lhes contrariem, impondo consequências mais rígidas, como a improcedência liminar.

#### 4.4.2 Revisão e superação da tese

A tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas, apesar de adquirir estabilidade, não é imutável ou insuperável. Com efeito, apesar de desejada, a segurança jurídica decorrente da fixação da tese não pode ser um óbice intransponível para sua superação ou revisão, caso tal tese se torne inadequada ou inefetiva, o que pode ocorrer pela evolução natural da sociedade, do sistema jurídico, das condições políticas, culturais, dentre outros fatores<sup>692</sup>, como, inclusive, o erro da tese jurídica<sup>693</sup>.

---

<sup>689</sup> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

<sup>690</sup> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

<sup>691</sup> Há quem identifique essas consequências com eficácias específicas, que são desdobramentos da eficácia vinculante prevista no novo CPC. Ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454-461.

<sup>692</sup> Aluisio Mendes aponta que “os precedentes podem ser superados pela alteração das condições em que foram proferidos, como, por exemplo, pela mutação constitucional ou legal superveniente (...) bem como pelo reconhecimento de erro anteriormente cometido (...), ou, ainda por não se enquadrar mais dentro dos valores supervenientemente assumidos pela sociedade” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo*. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 24).

<sup>693</sup> Não obstante, Marinoni leciona que “o chamado ‘erro’ ou ‘equivoco’ hábil a justificar a revogação de um precedente no direito estadunidense, também deve ser evidenciado no ambiente acadêmico e, muito mais, nos tribunais. O erro que justifica o *overruling* deve ser claro, evidente, de modo a dar a Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 402). Pensamos que a ocorrência de erro pode ser mais comum em sistemas em que o precedente ocorre de modo difuso, e não nos meios processuais destinados especificamente a tal fim, como o IRDR, os quais pressupõem ampla abertura ao debate antes da fixação da tese.

Por isso, apesar de estável<sup>694</sup>, a decisão pode ser revisada ou superada<sup>695</sup>, sempre que houver mudança substancial nas condições determinantes para a fixação da tese jurídica<sup>696</sup>.

A superação ou revisão da tese jurídica podem ocorrer por iniciativa dos mesmos legitimados a requerer a instauração do IRDR (art. 977 e 986). Embora a versão final tenha, através de uma equivocada remissão legal, suprimido a autorização para as partes<sup>697</sup>, entendemos plenamente possível que estas possam provocar a rediscussão sobre a questão jurídica<sup>698</sup>.

Embora o Código preveja a revisão da tese firmada no incidente, não dispõe sobre o procedimento, de modo que é preciso buscar subsídios no art. 927 do CPC/2015 e, ainda, nas disposições relativas à súmula vinculante, regulada pelo art. 103-A da Constituição da

---

<sup>694</sup> Como visto, a estabilidade da decisão não se confunde com a coisa julgada, categoria inadequada à espécie, mormente diante de seu caráter objetivo. Ainda que entenda que a natureza do IRDR é objetiva apenas no caso em que haja desistência da “causa-piloto”, Antonio do Passo Cabral destaca tal circunstância, ao afirmar que “o IRDR é um incidente que por vezes pode assumir natureza objetiva, o que remete a outra lógica em termos de estabilidades processuais (note-se a diferença, p. ex., da disciplina da coisa julgada para aquela das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, como p. ex., o chamado ‘efeito vinculante’)”. O autor afirma que “a estabilidade das decisões que encerram o IRDR, tanto da que inadmite o incidente quanto da que aprecia seu mérito, têm natureza de preclusão extraprocessual *ceteris paribus*. Isto é, mantidas as mesmas circunstâncias fáticas e o status interpretativo e aplicativo das questões jurídicas envolvidas, não podem ser modificadas as decisões: não pode ser renovada a provocação do incidente (no caso de inadmissibilidade); e não pode ser revista a tese (em caso de decisão de mérito)” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1449).

<sup>695</sup> Porque não se trata de coisa julgada, também não é correto falar em “rescisão”, sendo inaplicáveis as disposições relativas à ação rescisória à espécie. Nesse sentido: “não se pode confundir a rescindibilidade da decisão transitada em julgado com a revisão da tese jurídica firmada. Na ocorrência da primeira, supera-se o óbice da coisa julgada para que a decisão seja anulada ou revogada pelo juízo rescindendo (...). Na revisão da tese jurídica, a decisão de mérito do IRDR anteriormente proferida não é anulada ou revogada, mas apenas superada por uma nova decisão que passa o entendimento aplicável aos processos repetitivos pendentes ou futuros, isto é, aqueles ainda não julgados definitivamente” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 587).

<sup>696</sup> Nesse sentido é o enunciado nº 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

<sup>697</sup> Destacamos essa questão em estudo anterior: “Quanto à iniciativa para requerer a revisão da tese, observa-se que houve mudança na redação final aprovada do Código, que acaba por restringir a legitimidade para o requerimento. Isso porque a versão aprovada pela Câmara (SCD ao PLS 166/2010) previa que a iniciativa cabia a quaisquer dos legitimados no então art. 988, §3º, II, ou seja, os legitimados para requerer a instauração do incidente: partes, Ministério Público, Defensoria, associações. Após, a versão aprovada pelo Senado e promulgada separou nos incisos do art. 977 os legitimados para requerer a instauração, tratando das partes no inciso II e do Ministério Público e Defensoria Pública no inciso III. Ocorre que, quando trata da revisão da tese, o art. 986, além de mencionar a revisão de ofício, apenas refere-se ao inciso III do art. 977. Em uma interpretação literal, poder-se-ia defender que apenas os órgãos Ministério Público e Defensoria podem requerer a revisão da tese, já que o art. 986 não remete ao inciso II, que trata das partes” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 327-328).

<sup>698</sup> Se o tribunal pode iniciar o procedimento de revisão, entende-se que a parte pode provoca-lo mediante requerimento. Nesse sentido é o enunciado nº 473 do FPPC: “A possibilidade de o tribunal revisar de ofício a tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas autoriza as partes a requerê-la”.

República e pela Lei 11.417/2006. Ainda, caberá a cada tribunal regular como deverá ocorrer tal procedimento.

O art. 927, §§2º a 4º, estabelece alguns pilares para os procedimentos de revisão e superação da tese jurídica: o amplo debate e participação; a fundamentação exaustiva; a modulação de efeitos<sup>699</sup>. Tais disposições decorrem de exigências constitucionais e também constam do regramento da súmula vinculante<sup>700</sup>, devendo necessariamente ser observadas pelos tribunais.

Quanto ao procedimento propriamente dito, entendemos que, na ausência de previsão expressa do Código, deve ser seguido aquele estabelecido para a instauração de IRDR para fixação da tese, instaurando-se um *incidente-revisor*. Todas as garantias estabelecidas para definição da tese devem ser seguidas para que haja novo juízo sobre sua permanência, notadamente os que dizem respeito à publicidade e participação dos envolvidos.

Haverá, certamente, um requisito adicional de cabimento, que dirá respeito à comprovação das alterações políticas, econômicas, sociais, normativas, dentre outras, que justifiquem a revisão da tese. Tais elementos devem ser suficientes para provocar uma nova reflexão do tribunal sobre o tema e, por isso, devem ser relevantes e significativos.

Embora seja recomendável a instauração de um novo incidente (*incidente-revisor*), por preservar as garantias de amplo debate, publicidade e fundamentação específica, é preciso indagar se o sistema veda a possibilidade de revisão ou superação incidental, pelo próprio tribunal ou pelo juízo inferior, por ocasião do julgamento da demanda repetitiva para a qual haveria de ocorrer a aplicação da tese jurídica. Seria possível, então, a revisão ou superação incidental?

---

<sup>699</sup> Art. 927. (...) § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

<sup>700</sup> A participação e a possibilidade de modulação de efeitos constam do art. 3º, §2º, e do art. 4º da Lei 11.417/06: “art. 3º. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. A motivação e a referência aos debates que precedem a edição de súmula constam do art. 354-F do Regimento Interno do STF: “Art. 354-F. O teor da proposta de súmula aprovada, que deve constar do acórdão, conterá cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no Diário da Justiça Eletrônico”.

A questão surge sobretudo à luz do art. 489, parágrafo único, inciso VI, dispõe que não será considerada fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento *ou a superação do entendimento*” (grifo nosso). Seria esse dispositivo uma autorização para que os juízes procedessem incidentalmente à revisão ou superação da tese?<sup>701</sup>

Há entendimentos doutrinários no sentido de que apenas o próprio tribunal ou os tribunais a ele superiores poderão revisar ou superar a tese jurídica fixada, diante do que consta do art. 986 e do que decorre da estruturação hierárquica do sistema<sup>702</sup>. Assim, poder-se-ia admitir a dispensa de um procedimento-revisor, desde que a superação incidental (em julgamento de recurso, remessa ou causa de competência originária) ocorra pelo próprio tribunal que fixou a tese<sup>703</sup> e, para nós, desde que seja facultada a participação dos interessados, de *amici curiae* e do Ministério Público.

Assim, adotando-se este entendimento, caso os juízos inferiores constatem que há alterações substanciais que ensejem a revisão ou superação da tese, deverão provocar o tribunal para que o faça, apontando os motivos que seriam adequados para desencadear esse novo julgamento. Como o juiz é legitimado para instaurar o IRDR (art. 977, I), nada obsta que que ele o faça nesta hipótese de incidente-revisor.

Mas, por outro lado, há o receio de que vedar a superação ou revisão incidental possa engessar a interpretação do direito e impedir a oxigenação e a renovação sobre as questões já decididas<sup>704</sup>. Por isso, há quem defenda que, mesmo não sendo o ideal, o juiz poderá se

---

<sup>701</sup> A revisão ou superação da tese é diferente da distinção. A distinção pressupõe uma atividade realizada por cada julgador, porque depende das peculiaridades do caso concreto sob sua apreciação. Nesse sentido é o enunciado nº 174 do FPPC: 174. (art. 1.037, § 9º) A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado, porque este é um problema de incidência.

<sup>702</sup> Nesse sentido, Lucas Buriel afirma que “No que toca à competência para a superação do precedente, nada obstante o dispositivo utilizar a ideia de *preferência* do órgão que fixou a *ratio decidendi*, deve-se entender que só é possível que outro órgão realize a superação caso se encontre em posição superior na pirâmide judiciária. Caso contrário, quando a decisão em sentido contrário ao estabelecido é de órgão inferior, não se trata de *superação*, mas apenas de decisão em *error in iudicando* ou *in procedendo*” (MACEDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014, versão digital).

<sup>703</sup> Vide, sobre o tema, o enunciado nº 321 do FPPC: “(art. 927, § 4º). A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal”.

<sup>704</sup> Barbosa Moreira, por exemplo, alerta para o fato de que “bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência (...) Os mecanismos previstos para a revisão dos paradigmas, a nosso ver, não exorcizam suficientemente o risco [de imobilismo jurisprudencial], dada a notória relutância dos tribunais em recuar de posições consolidadas”

recusar a seguir o precedente, superando-o expressamente, mas terá um ônus argumentativo muito maior, o que estará sujeito à impugnação pela via recursal ou pela reclamação<sup>705</sup>.

O tema é complexo, por envolver questões que exigem maior reflexão, como a que diz respeito à “superação” da tese em razão da superveniência de legislação que a contrarie ou que seja com ela incompatível. Neste caso, há parcela considerável da doutrina que considera que, havendo lei nova incompatível com o precedente, será possível a sua não aplicação por qualquer juiz ou tribunal, incidentalmente, independentemente de um procedimento formal de superação da tese<sup>706</sup>.

Há quem considere que a lei é fato novo que autoriza o afastamento do precedente<sup>707</sup>, e há quem entenda que a revogação não é feita propriamente pelo juiz, mas pelo legislador<sup>708</sup>.

A problemática se intensifica ao se constatar que a própria definição de “compatibilidade” da lei nova com o precedente pode gerar opiniões bastante diversas<sup>709</sup>, o que gerará zonas de penumbra que exigirão atividade interpretativa quase tão complexa como a da própria fixação da tese.

Desse modo, também por isso, entende-se que a questão deva ser analisada por órgão colegiado do tribunal, em procedimento que admita um debate plural. Superada ou revisada a

(BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual*. 9ª série. Saraiva: 2007, p. 303).

<sup>705</sup> É o caso de Hermes Zaneti Jr., que afirma que, embora a alteração do precedente deva ser feita pela própria corte que o fixou ou pela corte superior, é possível que o juiz assuma o risco de não segui-lo, caso entenda que este está ultrapassado. O autor afirma que o juiz “deixará de aplicar um precedente vinculante, alegando expressamente sua convicção de que a Corte hierarquicamente superior irá rever o posicionamento, quando o caso for novamente apresentado, pois estará, nessa situação, prevendo que o precedente irá sofrer alteração. Isso irá ocorrer de forma infrequente, pois é a negativa do modelo de precedentes vinculantes (...) Justamente por ser excepcional a decisão do juiz contrária ao precedente, o sistema prevê várias formas de impugnação” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.331-1.322).

<sup>706</sup> Nesse sentido, cita-se o enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

<sup>707</sup> Nesse sentido: “nova lei é considerada um fato novo e autoriza o juiz de primeiro grau a decidir em conformidade com ela, afastando o precedente vinculante com ela em contraste (enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.318).

<sup>708</sup> Sobre revogação do precedente, Lucas Buril afirma que “A revogação de um precedente pode se dar de duas formas. É possível que seja realizada pelo próprio Judiciário, mediante outra decisão, que afirme uma norma diferente da contida no precedente, superando-a. É também possível que se dê por meio de ato do legislador, ao dispor em sentido contrário ou mesmo promulgando lei que repita a norma enunciada em um precedente, quando passa a ser o novo referencial normativo” (MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014, versão digital)

<sup>709</sup> Ressalvamos os casos “simples”, em que a tese jurídica fixada no incidente for apenas a explicitação do significado de algum dispositivo legal específico, caso em que, revogado o dispositivo legal, pode se esvaziar a tese.

tese anterior<sup>710</sup>, será recomendável que o tribunal adote regras que permitam uma transição segura e confiável entre os entendimentos, em respeito à segurança jurídica e à integridade do sistema<sup>711-712</sup>.

## CONCLUSÕES

Este estudo pretendia apresentar uma proposta de sistematização para o incidente de resolução de demandas repetitivas, inserido no novo Código de Processo Civil como uma técnica processual destinada a solucionar questões de direito comuns, repetidas em diversos processos.

Para tanto, foram analisados os principais elementos do IRDR, com o objetivo de identificar sua função, seu objeto, sua natureza, suas fases procedimentais, seus contornos objetivos e subjetivos e os requisitos e eficácia de suas decisões. Esperamos ter dado alguns passos (ainda que tímidos) na direção da construção de uma dogmática específica para o instituto, que possibilite o bom emprego da técnica a favor da efetividade e adequação da tutela jurisdicional. Esse foi o nosso escopo ao refletir sobre o IRDR.

Apresentaremos algumas breves conclusões sobre as principais questões enfrentadas:

a) O fenômeno denominado de “litigiosidade repetitiva” ou “litigância de massa” compreende basicamente duas situações: *demandas* isomórficas, com causas de pedir e pedidos homogêneos, porque fundadas em relações substanciais análogas; e, *demandas* heterogêneas, em que, apesar de não haver similaridade entre as pretensões processuais, há discussão sobre uma ou algumas *questões comuns*;

---

<sup>710</sup> Sobre a problemática da superação do precedente e de sua eficácia temporal, indicamos: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>711</sup> Entende-se que a superação ou revisão da tese terá, em regra, efeitos prospectivos. Nesse sentido, cita-se o enunciado nº 55 do FPPC: 55. (art. 927, § 3º) Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.

<sup>712</sup> Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que: “quando a modificação de uma decisão processual estável demonstrar-se necessária, devem-se buscar mecanismos que construam ‘pontes de continuidade jurídica’ na passagem de uma posição estável para outra, eliminando ou reduzindo o impacto da alteração do precedente” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1451). O autor aponta diversas possibilidades além da conhecida modulação temporal de efeitos, como compensação financeira, cláusulas de exceção e opção, dentre outras. Ver, principalmente: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, vol. 221, jul/2013, versão digital). Também sobre a superação e a adoção de técnicas em virtude da modificação de entendimento, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 327-443. Ainda, o FPPC editou, a esse respeito, o enunciado nº 320, que dispõe: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

b) A criação de técnicas processuais diferenciadas para a litigiosidade repetitiva demonstrou-se necessária, ante a inadequação do processo civil tradicional, de bases individualistas, e do processo coletivo, que não se demonstrou cabível ou efetivo para tutelar todas as situações massificadas;

c) O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a tendência que se observou nas reformas ao CPC/73 e nas leis extravagantes, instituiu um microsistema de julgamento de casos repetitivos, do qual se destaca o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR);

d) São pilares do incidente, que justificam sua criação e norteiam sua aplicação: a isonomia, a segurança jurídica e a prestação jurisdicional em tempo razoável. O instituto visa, ainda à racionalização da atividade jurisdicional;

e) O incidente visa à resolução de questões de direito comuns a diversos processos, com o objetivo de, mediante debate qualificado e plural, fixar uma tese jurídica que uniformizará o entendimento e que será de aplicação obrigatória pelo próprio tribunal que a fixou e pelos juízos a ele vinculados, por ocasião do julgamento das demandas repetitivas;

f) Podem ser objeto do IRDR *questões* de direito material ou processual, surgidas em *demandas* homogêneas ou heterôneas. O relevante, para instauração do incidente, é a existência de controvérsia repetida sobre um ponto de direito, ainda que esta questão seja marginal à demanda propriamente dita;

g) Em razão desta constatação, não equiparamos as questões repetitivas sujeitas ao IRDR aos “direitos individuais homogêneos”. Reservamos a identificação desta categoria ao contexto do processo coletivo – o que é possível devido à sua classificação a partir de critérios processuais – a qual exige, para sua configuração, origem comum e *prevalência de questões homogêneas* em relação às heterogêneas;

h) O IRDR é meio processual objetivo: visa à resolução de questões que sejam *preponderantemente* de direito, a partir da descrição de *fatos-tipo*. Embora seja instaurado *a partir* de casos concretos, no incidente não há julgamento de “causas” ou “demandas” e não são resolvidos conflitos subjetivos. O IRDR não opera pelo sistema do julgamento de “causa-piloto”, o que se comprova também pela sua autonomia em caso de desistência;

i) O IRDR é técnica processual destinada a tutelar *predominantemente* o direito objetivo, mas há simultaneamente abstração e concretude na cognição e na decisão que resolve a questão, porque não há possibilidade de fixar teses descoladas de circunstâncias fáticas (que, no IRDR, são projetadas) e de elementos concretos de um determinado contexto histórico;

j) Embora haja uma dimensão coletiva no incidente, que se manifesta sobretudo na eficácia de sua decisão, o IRDR não é técnica equiparada ao processo coletivo, notadamente às ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. A natureza objetiva do incidente é também o que o afasta dos meios de agregação de demandas relativas a direitos subjetivos, como o litisconsórcio.

k) Ao adotar a lógica de dessubjetivação, desvinculada da ideia de “lide” e de conflito de interesses subjetivos, transparece a inadequação de muitos dos institutos processuais desenvolvidos e conformados para o processo individual subjetivo e para o processo coletivo, o que reforça a necessidade de desenvolvimento de uma dogmática específica e adequada para o IRDR;

l) O incidente pode ser segmentado em três fases principais: a fase de *instauração e admissão*, que compreende os atos preparatórios ao debate para fixação da tese; a fase de *afetação e instrução*, que compreende a delimitação do objeto do incidente, da sua estrutura subjetiva e os atos instrutórios; e a fase de *juízo*, que compreende a decisão e os recursos. Há, ainda, atos ou consequências posteriores à conclusão do incidente, que dizem respeito à aplicação da tese aos casos repetitivos e à potencial revisão ou superação do entendimento firmado.

m) Na primeira fase, ocorre o pedido ou ofício para instauração do IRDR, que deverá comprovar a existência de processos que contenham questão jurídica comum, que gere risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O pedido pode ser formulado pelo juiz ou relator, partes, Ministério Público e Defensoria Pública, e dispensa a existência de causa no tribunal;

n) Ato contínuo, o tribunal, caso entenda admissível o incidente, deverá delimitar o objeto provisório do incidente, suspendendo as demandas repetitivas que contenham tal controvérsia. É de especial importância a publicidade e divulgação da instauração;

o) Após a fase de instauração e admissão, ocorre a *fase de afetação*, em que haverá a delimitação definitiva do objeto do incidente. A decisão de afetação torna estável o objeto do IRDR, ou seja, a “questão de direito” a ser resolvida. São admitidos novos argumentos, dados e informações, desde que relativos à mesma questão;

p) Na fase de afetação também são identificados os sujeitos que atuarão no incidente, com o objetivo de pluralizar o diálogo e legitimar a decisão. A problemática relativa à definição dos sujeitos e sua possibilidade de atuação é de especial relevância, porque diretamente ligada com a exigência de amplitude de debate que é o que legitima, afinal, a eficácia da decisão.

q) Apresentamos, como premissas para estruturar a participação dos sujeitos no IRDR, as seguintes: i) não há possibilidade de participação direta e pessoal de todos os interessados, tampouco é adequado o regime de substituição processual, típico dos meios de tutela do direito subjetivo; ii) no IRDR, o contraditório se exerce pelo direito à influência e a participação é entendida como direito ao convencimento e não como exigência de consentimento; iii) os pressupostos processuais de atuação – interesse e legitimidade – não são extraídos de uma relação substancial litigiosa, mas são analisados sob a perspectiva dos atos ou conjuntos de atos do incidente, visando a atingir pluralidade argumentativa e excelência, sob a perspectiva racional, da decisão; iv) a estrutura subjetiva do incidente é multipolarizada;

r) Com base em tais premissas, foram identificados, no IRDR, os seguintes sujeitos: os condutores (ou líderes), os sobrestados intervenientes, os *amici curiae*, e o Ministério Público;

s) Para escolha dos *sujeitos condutores* o órgão julgador deverá analisar quais têm condições de apresentar o máximo de perspectivas argumentativas. Por isso, não é obrigatório que o sujeito líder seja o que teve a iniciativa para instauração do IRDR. Do mesmo modo, é possível a nomeação de diversos sujeitos, oriundos de processos distintos;

t) Os *sujeitos sobrestados* poderão atuar no incidente, com o objetivo de apresentar novos argumentos ou informações para a resolução da controvérsia. Sua atuação não ocorre na tradicional condição de assistente, porque não há vínculo entre relações jurídicas substanciais. Os *sobrestados* têm interesse na formação do precedente, o qual é justificado com base no direito ao contraditório como influência. Poderão atuar nos espaços não ocupados pelos líderes, no que se refere à apresentação de argumentos para fixação da tese;

u) O *amicus curiae*, embora não se equipare ao sujeito sobrestado, também pode intervir no incidente, ainda que na defesa de algum interesse (institucional, acadêmico, político, econômico), mas sua participação dependerá da demonstração do requisito da representatividade, entendido como capacidade e idoneidade do sujeito e como pertinência em relação ao objeto do incidente. Sua participação também deverá ser autorizada quando a manifestação for relevante, ou seja, quando trouxer novos argumentos e informações para o debate e sua participação, assim como a dos demais sujeitos, pode ser segmentada ou concentrada em apenas alguns atos;

v) A atuação do Ministério Público difere da atuação da Defensoria Pública. Embora ambos tenham legitimidade para o *ato* de instauração, aquele tem possibilidades mais

amplas de participação, pela própria condição de fiscal da ordem jurídica. A natureza objetiva do incidente faz com o que o Ministério Público deva atuar amplamente, tanto nos atos de instrução, como de eventual condução e, ainda, na fase recursal. A Defensoria terá sua atuação condicionada às suas atribuições constitucionais e, além do ato de instauração (para o qual lhe foi assegurada legitimação expressa), poderá assumir a condição de um dos outros sujeitos já analisados;

w) A instrução do incidente pressupõe a atuação de todos os sujeitos, visando à pluralidade argumentativa, sendo possível a designação de audiência pública para oitiva da sociedade e de especialistas, além da requisição de informações diretamente pelo órgão julgador;

x) Após a instrução, deve ocorrer o julgamento do IRDR. A decisão de mérito do incidente é uma decisão que não se assemelha com os demais pronunciamentos “tradicionais” do processo subjetivo, porque tem elementos e eficácias bastante distintas;

y) A decisão do incidente é um precedente criado “de propósito”, o que pressupõe uma abstração na definição da tese jurídica, de modo que possa ser aplicada aos casos repetitivos. Não obstante, o tribunal deve trabalhar com a descrição de uma situação fática padrão (fato-tipo), para possibilitar o enquadramento dos casos concretos posteriormente;

z) A tese firmada no incidente tem eficácia vinculativa. A “tese” não se assemelha ao “enunciado de súmula” (que deve ser evitado no IRDR). A correta compreensão e aplicação da tese pressupõe a identificação da categoria fática em relação à qual a questão de direito é apreciada, do raciocínio empreendido pelo tribunal na análise dos fundamentos aventados e da conclusão sobre a controvérsia jurídica. A “tese”, no IRDR, deve ser compreendida como o conjunto de *fundamentos apreciados à luz de uma determinada categoria fática + conclusão*;

aa) Ficam vinculados à tese fixada no IRDR os órgãos do Poder Judiciário: o tribunal que a fixou e os juízos inferiores. A eficácia é vertical e horizontal. A Administração Pública não fica subordinada diretamente, o que distingue a eficácia do IRDR da súmula vinculante. Não há inconstitucionalidade por suposta violação à separação de poderes e ou à independência funcional do magistrado;

bb) Não há eficácias distintas, em termos de vinculação e dever de fundamentação, entre casos pendentes e casos futuros. As consequências da aplicação da tese incidem sobre ambos os casos, especialmente o dever de enquadramento do caso concreto à situação fática projetada na decisão;

cc) A eficácia da decisão do IRDR e a sua estabilidade não se justificam em razão de uma suposta extensão da coisa julgada, seja a típica dos processos individuais, seja a das ações coletivas. Não se aplicam os critérios de *opt-in* e *opt-out*, porque não há direito de exclusão em relação à força normativa do precedente;

dd) A decisão do IRDR pode ser objeto de recursos excepcionais, além de embargos de declaração. O Código prevê e incentiva a recorribilidade aos tribunais superiores, criando presunção de repercussão geral à questão constitucional e conferindo efeito suspensivo, com o objetivo de que a uniformização da questão atinja abrangência nacional;

ee) Não se justifica a vedação à interposição de recursos especial e extraordinário sob o fundamento de que não há “causa decidida” ou pela aplicação do enunciado de súmula 513 do STF, porque são evidentes as distinções entre os cenários constitucional e institucional daquela época e de hoje; porque a jurisdição hoje tem feição muito mais abrangente e diversificada do que à época; porque a *lide* não é o núcleo obrigatório de toda a atividade jurisdicional; e porque o termo “causa decidida” não recebe, na doutrina e na jurisprudência, significado restritivo. A limitação à devolução da matéria aos tribunais superiores atenta contra a finalidade do instituto e poderá gerar consequências práticas graves;

ff) Todos os sujeitos que podem atuar no incidente podem recorrer na decisão de mérito, que fixará a tese. O interesse recursal não decorre da vinculação entre relações substanciais, mas do mesmo interesse que é exigido para apresentar elementos para o debate. Há, ademais, a possibilidade de interpor “recursos” excepcionais apenas para conferir abrangência nacional à tese, para a qual o interesse e legitimidade recursais são “atípicos”.

gg) Diversas consequências são previstas pelo Código para a aplicação da tese jurídica aos casos repetitivos, que vão desde a concessão de tutela de evidência à pretensão fundada na tese até a dispensa de remessa necessária quando a sentença estiver em conformidade com a tese. A lei adequa o procedimento das demandas repetitivas à eficácia dos precedentes, privilegiando sua observância e respeito;

hh) Embora a tese jurídica adquira estabilidade, é possível sua revisão ou superação, o que poderá ocorrer caso haja alteração nas condições em que foi fixada. Defendemos que haja, para a reanálise da tese, a instauração de um novo procedimento, em que sejam respeitadas as garantias exigidas para fixação: amplo debate, fundamentação exaustiva e possibilidade de modulação de efeitos.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, vol. 240, fev/2015, p. 221-242.

ACKERMAN, Bruce. The living Constitution. *Harvard Law Review*. 120: 1738, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: *Malheiros*, 2008.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato de litigiosidade coletiva. In: MACEDO, Lucas Buril *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-315.

ALMEIDA, João Batista. A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 34, abr-jun/2000, p. 88-97, versão digital.

ALVIM, Eduardo Arruda. O MP e a tutela dos direitos individuais homogêneos. In CHAVES, Cristiano; SAMPAIO, Aurisvaldo (Coords). *Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1966.

AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 2, n. 26, 2014.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buril *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 317-337.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: [https://www.academia.edu/214085/O\\_RECORSO\\_DE\\_TERCEIRO\\_PREJUDICADO\\_E\\_AS\\_DECIS%C3%95ES\\_VINCULANTES](https://www.academia.edu/214085/O_RECORSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES), acesso em 08/11/2015.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de *et al.* A possibilidade de o Ministério Público suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 3, jul-set/1976, versão digital.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. As demandas de massa e o projeto do novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 45-69.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 435-523.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan. 1991, p. 187 (versão digital).

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.

\_\_\_\_\_. Intervenção litisconsorcial voluntária. *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*. vol. 102, abr/jun. 2001

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 73-92.

\_\_\_\_\_. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. 4ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual*. 9ª série. Saraiva: 2007, p. 299-313.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, vol. 39, jul/1985, p. 55 (versão digital).

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *B. Cient. ESPMU*, Brasília, a.4, n. 16, jul/set 2005.

\_\_\_\_\_. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, IBDP, nº 9, mar/mai, 2007. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)> Acesso em 01/11/2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A necessidade de compatibilização do interesse público com os direitos processuais individuais no julgamento das demandas repetitivas. In DIDIER JR., Fredie et al (Orgs). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2ª série, 2012, p. 109-129.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal nas causas repetitivas. In: DIDIER JR. Fredie et al. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012.

\_\_\_\_\_. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 186, ago/2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, jan-mar/2000, versão digital.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Arguição paralela de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais*, vol. 917, mar/2012, versão digital.

BONILHA, Ivan Lelis. O processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 22, jan-mar/1998, versão digital.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *Class Actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 82, abr/jun 1996.

\_\_\_\_\_. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. Um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 333-362.

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

\_\_\_\_\_. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 35-79.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 2007, vol. 147, p. 123/146.

\_\_\_\_\_. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, vol. 221, jul/2013, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.415 a 1.454.

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais*. Entre publicismo e privatismo. 2015. 308p. Tese de Livre-Docência – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*. Vol. 149, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*. Vol. 117, set/2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014.

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

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 279-311.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, nº 17, p. 93-129.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coords). *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 339-353.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 61, vol. 438, abr/1972.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72, out/dez 2009, p. 9-40.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. Sobre a ação direta de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 2, n. 8, jul-set/1994, p. 28-47.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. A ‘objetivação’ no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo*, vol. 178, dez/2009, versão digital.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, vol. 244, jun/2015, p. 247-284.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ, José Raimundo Gomes da Cruz. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: RT, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil, São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *Revista Justitia*, 55 (163), jul-set/1993, p. 54-64.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 177, jan/mar 1995, p. 224, versão digital.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 193, março/2011, p. 255.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e competência*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 179, jan/2010 (versão digital).

CUNHA JR., Dirley. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações constitucionais*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2178-2198.

DELGADO, José Augusto. Sujeitos do Processo. *Revista de Processo*, vol. 30, abr. 1983.

\_\_\_\_\_. Aspectos controvertidos da substituição processual. *Revista de Processo*, vol. 47, jul-set/1987.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, vol. 187, set/2010, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: <https://ufba.academia.edu/frediedidier>, acesso em 03/09/2015.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Recurso de terceiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_ ; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_ ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 489. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 704-726.

\_\_\_\_\_ ; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, vol. 229, mar/2014, versão digital.

\_\_\_\_\_ ; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_ ; ZANETI JR., Hermes. Relações entre o processo coletivo e o processo individual. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coords). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 305.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, vol. 34, abr-jun/1984, versão digital.

DINAMARCO, Pedro. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001

ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

FONSECA, Vitor. *A legitimidade do Ministério Público para o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae*, repercussão geral e o projeto de código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 871-891.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-24.

GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, mar/2015, p. 223-257, versão digital.

GAIO JR., Antonio Pereira. Incidente de Resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – Breves apontamentos. *Revista de Processo*, vol. 199, set/2011, p. 247.

GAMA, Lidia Elizabeth Penalosa Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 789, jul.2001.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. n° 108, out/dez 2002.

\_\_\_\_\_; TESHEINER, José; PRATTES, Marília. Limites objetivos da coisa julgada no projeto do novo Código de Processo Civil. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, vol. 194, abr/2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. *Revista de Processo*, ano 30, n° 126, ago 2005.

\_\_\_\_\_. *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HENSLER, Deborah H. The globalization of class actions: an overview. *The annals of the American academy*. AAPSS, n. 622, mar/2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out/2010, p. 711-725.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014.

LAHAV, Alexandra D. Participation and procedure. *DePaul Law Review*, vol. 64, 2015, p. 513-536.

LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, v. 206, p. 167-189, 2012.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. A ação civil pública: controle de constitucionalidade em abstrato? *Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul)*, v. 36, 1995, p. 217-226.

LEVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da *group litigation order* britânica. *Revista de Processo*, vol. 196, junho/2011, p. 165.

LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, mai-ago/2014, p. 45-72.

MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 237, nov/2014, p. 369-401.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil – relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela plurindividual. *Revista de Processo*. Vol. 237, nov/2014, p. 307-334.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 809-870.

\_\_\_\_\_ ; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Vol. II. São Paulo: RT, 2015.

MATTOS, Luiz Norton Baptista. O projeto do novo CPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p.767-866.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Por uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 679-702.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

\_\_\_\_\_. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, vol. 209, jul/2012.

\_\_\_\_\_. *Competência cível da Justiça Federal*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 11-37.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, vol. 222, ago/2013.

\_\_\_\_\_; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, p. 191, set/2012.

\_\_\_\_\_; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 245, jul/2015, p. 275-309.

\_\_\_\_\_; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 283-332.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Os pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante o *Bundesverfassungsgericht*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 12, jul/1995, versão digital.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, abr-jun/2004, versão digital.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 245, jul/2015, versão digital.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações Coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre *et al*. *Novas tendências do processo civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 485-514.

NEVES, Antonio Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: \_\_\_\_\_. *Digesta*. Vol. I. Coimbra Editora, 1995, p. 480-530.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, p. 41-82, set/2011.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2320-2340.

\_\_\_\_\_; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 343-372.

NUNES, Rizzato. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: CHAVES, Cristiano *et al* (Coords). *Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei de Ação Civil Publica)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 663-670.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil por Danos aos Consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

OLIVEIRA, Claudio Azevedo da Cruz, *et al*. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie *et al*. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial. In: GALLOTTI, Isabel *et al* (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. 1ed. São Paulo: RT, 2014, v. , p. 777-790.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos Tribunais Superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 119, fev/2013.

\_\_\_\_\_. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir do universalismo. 2013. 179p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. As ações coletivas no Direito Brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias. *RDDP*, nº 11, fev. 2004.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios. Tendência de coletivização da tutela processual civil. *Revista de Processo*. Vol. 185, Jul/2010, versão digital.

PITERMAN, Marcel Tisser. As *class actions* e a tutela dos interesses coletivos frente ao “bug do milênio”. *Revista da Ajuris*. Ano XXVI, nº 76, dez. 1999.

ROCHA, José Albuquerque da. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2000.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.

ROLO, Rafael Felgueiras. *Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: A afirmação de um contraditório transcendente*. 2015. 272p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010*. Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP. São Paulo, 2010, mimeografado.

ROSSI, Júlio Cesar. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Vol. 208, jun/2012, versão digital.

ROSSONI, Igor. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?. Disponível em: [https://www.academia.edu/271495/O\\_incidente\\_de\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_demanda\\_repetitivas\\_e\\_a\\_introdu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_group\\_litigation\\_no\\_direito\\_brasileiro\\_ava\\_n%C3%A7o\\_ou\\_retrocesso](https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_ava_n%C3%A7o_ou_retrocesso), acesso em 31/08/2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *Revista de Processo*, vol. 154, dez/2007, p. 265-283.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*. 224: 95-116, abr/jun 2001.

\_\_\_\_\_. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão eletrônica,

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_; FALLEIROS, Carolina Teodoro. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (coords.). *O novo código*

de processo civil brasileiro - estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 405/435.

SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, São Paulo: RT, 2007.

SICA, Heitor. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. *Revista de Processo*, vol. 236, out/2014 (versão digital).

\_\_\_\_\_. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 200, out/2011.

SILVA, Bruno Freire e. Alguns breves comentários sobre a Lei 13.015/2014 e as novidades inseridas na sistemática recursal trabalhista. *Revista LTr*, vol 79, n. 1, jan/2015.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? *Revista SRJR*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, dez/2011, p. 93-114.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem, *Revista de Processo*, vol. 182, abr/2010, versão digital.

\_\_\_\_\_. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buriel *et al* (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 661-684

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Recurso especial e conceito de ‘causas decididas’. *Revista dos Tribunais*, vol. 698, dez/1993, versão digital.

SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da definição e objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – 2003.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Eduardo Francisco. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 9, n. 89, fev-mar/2008, p. 01-23.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, vol. 116, jul-ago/2004.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz *et al* (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 19-40.

\_\_\_\_\_. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 241/2015, p. 337-358.

\_\_\_\_\_. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou 'devagar com o andor que o santo é de barro'). In: WAMBIER, Teresa *et al* (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2011, p. 136-166.

TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, n. 5, jan/dez 2005, p. 33-54.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Processo objetivo como processo aberto ao concreto. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out/dez 2007, versão digital.

TEMER, Sofia Orberg. O microsistema de julgamento de casos repetitivos e os impactos para a advocacia. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Impactos do novo CPC na advocacia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, 279-294.

TESHEINER, José Maria; CUNHA, Rodrigo Azambuja da. Processos objetivos no direito brasileiro: ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out-dez/2009, p. 124-146.

\_\_\_\_\_. *Controle concentrado de constitucionalidade e processo subjetivo*. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1106, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/260-artigos-fev-2014/6393-controle-concentrado-de-constitucionalidade-e-processo-subjetivo>, acesso em 02/09/2015.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189, nov/2010.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva. In: GOZZOLI, Maria Clara *et al* (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 04, janeiro/abril de 1997, p. 16.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo musterverfahren e o incidente de resolução de demandas repetitivas no PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, vol. 217, março/2013, p. 257.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: TUCCI, J.R.C. et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis *et al* (Coords). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 323-329.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014,

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. Comentários aos artigos 930 a 941 do PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, vol. 206, abril/2012, p. 243.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ilegitimidade do Ministério Público para defesa de direitos individuais não homogêneos. *Pareceres – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, out/2012.

\_\_\_\_\_. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. Vol. 92, out-dez/1998, p. 52-70, versão digital.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. São Paulo, Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos*. Disponível em: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br).

\_\_\_\_\_. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico brasileiro. *Videre*, ano 2, n. 3, jan./jun. 2010, p. 101-116.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.302-1.338.

\_\_\_\_\_. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 235, set/2014, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANFERDINI, Flávia; GOMES, Alexandre. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*. Vol. 234, ago/2014, p. 181-207.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.