

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS AND THE RATIONALIZATION OF THE PROVISIONS OF THE JUDICIAL PROTECTION.

Luiz Rodrigues Wambier

Professor no Programa de Mestrado

Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina

Advogado

RESUMO: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi introduzido em nosso sistema jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015, visando a racionalizar o tratamento da litigiosidade massificada no segundo grau de jurisdição. Neste texto, o autor, dialogando com as críticas doutrinárias referentes ao instituto, faz uma reflexão a respeito dos impactos da implementação do incidente para o alcance da isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual na prestação da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Novo Código de Processo Civil. Litigiosidade de massa. Garantias Constitucionais do Processo.

ABSTRACT: *The Incident of Resolution of Repetitive Demands was introduced in our justice system under the Civil Procedure Code of 2015, aiming to rationalize mass tort litigation at a second instance court. In this text, the author, dialoguing in the midst of critical thinking about the legal institute, performs a scrutiny about the impacts of the implementation of the incident for achieving equality of arms, judicial safety, foreseeability, and procedural economy, in the course of the provisions of the judicial protection.*

Key-words: *Incident of Resolution of Repetitive Demands. New Code of Civil Procedure. Mass tort litigation. Constitutional Procedural Provisions.*

1. INTRODUÇÃO

O grande volume de processos em trâmite no Judiciário é um problema que preocupa toda a sociedade, porque afeta a segurança e a estabilidade na prestação jurisdicional, elementos intrínsecos à democracia, que é da essência do Estado de Direito.

Consciente da limitação da estrutura do Poder Judiciário para lidar com a litigiosidade de massa, ainda na vigência do CPC/73, o legislador, por meio das Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, que acrescentaram ao antigo Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C, respectivamente, introduziu no sistema processual os procedimentos para julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. Portanto, embora já estivesse presente na sistemática do código anterior, o julgamento por amostragem era possível apenas para recursos especiais e extraordinários, cujas hipóteses de cabimento são bastante restritas e específicas.

Então, o que fez o legislador do CPC/2015, com inspiração no procedimento-modelo do Direito Alemão (*Musterverfahren*), foi conferir ainda maior racionalidade ao tratamento da litigiosidade de massa, estabelecendo um “microsistema de solução de casos repetitivos”, formado pelo julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos e pelo IRDR, cujas normas de regência, segundo orientação do Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *complementam-se e devem ser interpretadas conjuntamente*.

O microsistema dos repetitivos visa a solucionar um problema recorrente na prática forense, que é a prolação de decisões absolutamente diferentes para casos que guardam semelhança quanto à questão jurídica discutida. Objetiva a prestação de tutela justa e efetiva e em igualdade de condições. Assim, uma vez fixado o entendimento, ele deverá ser aplicado a todos os casos versando idêntica questão de direito que forem julgados posteriormente.

Porém, como já se afirmou em outro espaço, com Eduardo Talamini (2016, v. 2, p. 726), os instrumentos de julgamento de casos repetitivos não devem ser utilizados com o escopo de reduzir o volume de trabalho nos Tribunais. O propósito é outro: busca-se isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual, mas sem que se percam de vista as garantias constitucionais do processo. A redução da quantidade de ações em trâmite perante os órgãos judiciários será, então, efeito colateral benéfico, mas jamais poderá ser o centro das discussões em torno desse novo instituto.

2. O MICROSSISTEMA DOS REPETITIVOS E AS AÇÕES COLETIVAS

É preciso distinguir aquilo que a doutrina designa *coletivização das demandas individuais*¹ das ações coletivas propriamente ditas. Nas demandas repetitivas, há multiplicidade de ações individuais. Cada sujeito postula direito singular, distinto das outras demandas, mas em todas elas há um ponto de convergência, que é a questão de direito a ser enfrentada. As causas, embora repetitivas, não perdem sua natureza individual, muito embora nada impeça que o tribunal selecione, como representativo da controvérsia, recurso interposto em ação coletiva em que se discuta a questão jurídica repetitiva. O critério, no microsistema dos repetitivos, é precipuamente quantitativo, diferentemente das ações coletivas, em que há uma série de outras restrições quanto às hipóteses de seu cabimento.²

Outra importante diferença que merece referência: nas ações coletivas, a coisa julgada se estende àqueles que do processo não participaram. No julgamento dos casos repetitivos, o que há não é a extensão da coisa julgada, mas a aplicação da tese adotada àqueles que submeteram e que ainda submeterão ao Poder Judiciário a resolução de conflito envolvendo idêntica questão jurídica.

3. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A lei impõe duas condições para o cabimento do incidente, que devem estar presentes simultaneamente: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de Direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976). Esse risco se configura a partir da existência de decisões dando diferentes soluções para situações semelhantes³.

1 Acerca do tema, cf. NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 255, mai. 2016, p. 291 – 308.

2 Sobre as diferenças entre o processo coletivo e o julgamento dos casos repetitivos, v. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 583-587. Ver também, de Leonardo Carneiro da Cunha: Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 193, mar. 2011, p. 255 – 280.

3 No sentir de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, exige-se “para o IRDR que a multiplicação, nas várias demandas, da mesma questão de direito gere risco à isonomia e à segurança jurídica. Exige-se risco a ambos os valores. Não se exige, porém, efetiva violação à isonomia ou à segurança jurídica, bastando o risco a que esses interesses sejam afetados por decisões diferentes a respeito da mesma questão de direito em processos distintos. Em regra, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito ofendem a isonomia. Porém, isso não basta para admitir o incidente. Para o incidente, é necessário

Para o julgamento do IRDR, podem ser selecionados como *amostra* recurso, remessa necessária ou até mesmo processo de competência originária. Devem ser considerados, dentro do possível, aqueles que melhor representem a questão de direito sob debate.

Mas algumas limitações temporais se colocam à instauração do incidente.

Considerando-se que o risco à isonomia e à segurança jurídica, para fins de submissão de instauração do IRDR, somente existe quando a mesma questão jurídica é decidida de modo absolutamente distinto num caso e noutro, é necessário que já exista decisão prolatada em primeiro grau.

Ainda, conforme o art. 978, parágrafo único, do CPC, ao próprio órgão colegiado que decide o incidente compete também o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária selecionado como “amostra”. Ou seja, o tribunal local (*i.e.*, do Estado, Distrito Federal ou Região Federal) deve ter competência para o julgamento não apenas do incidente, mas também do recurso, remessa necessária ou processo de onde ele se originou. É impensável, portanto, a instauração do incidente enquanto não houver recurso, remessa ou processo a ser julgado pelo Tribunal.

Por outro lado, também não faz sentido instaurar-se o incidente tardiamente, quando esse excessivo volume de casos versando a mesma questão de direito já estiver sendo submetido à apreciação pelos tribunais superiores.

O que se espera que ocorra, nessa situação, é a afetação para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos, se a questão envolver lei federal infraconstitucional, ou dos recursos extraordinários repetitivos, se de questão constitucional se tratar, aplicando-se a orientação jurisprudencial firmada a todo o território nacional.

O pedido de instauração do incidente deve ser direcionado ao Presidente do Tribunal, que determinará o encaminhamento para exame de admissibilidade pelo órgão colegiado competente para julgá-lo. Segundo dispõe o art. 978 do CPC/2015, cada Tribunal deve indicar, em seu regimento interno, o órgão, dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência, ao qual competirá o julgamento do IRDR.

Apesar do silêncio do Código a respeito, a composição do órgão que julgará o incidente, como já afirmamos em outra oportunidade (2016, v.2, p. 729), deve contar, prioritariamente, com julgadores integrantes de órgãos

que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1.052).

especializados na matéria sobre a qual se funda a questão jurídica repetitiva. Mesmo nos casos em que essa orientação não seja possível de se concretizar, no plano empírico, é preciso guardar certa coerência entre a matéria a ser discutida e aquela de atuação do julgador que participará do julgamento do incidente.

No que diz respeito à legitimidade para formulação do pedido de instauração do incidente, o Código a confere ao juiz, ao relator, às partes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

No caso de juiz de primeiro grau que constar a pluralidade de processos em que se discute a mesma questão jurídica, seu pedido poderá ser formulado mediante ofício, ao encaminhar algum recurso ou reexame necessário ao tribunal.

Do mesmo modo, o relator, verificando o preenchimento dos pressupostos para o incidente em recurso, reexame necessário ou ação de competência originária do tribunal, encaminhará, também por ofício, o pedido de instauração do incidente ao Presidente do Tribunal.

No projeto do CPC/2015, quando ainda tramitava na Câmara dos Deputados, havia regra expressa conferindo ao órgão colegiado legitimidade para postular a instauração do IRDR. Essa regra não foi recepcionada pelo Senado Federal, na versão final do Código. Mas, apesar do silêncio da lei, não há razão para não se admitir que o órgão colegiado suscite a instauração do incidente.⁴

Quanto às partes de processo em que se discuta a questão jurídica repetitiva, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, nos processos em que atuar, o pedido deve ser formulado por petição (art. 977, II e III, CPC). A legitimidade conferida ao Ministério Público não se restringe aos processos em que atuar como parte. Também terá legitimidade para postular a instauração do incidente naqueles casos em que atuar como fiscal da lei.

De qualquer modo, ainda que o pedido de instauração do incidente não seja apresentado pelo Ministério Público, deve ser oportunizada a sua participação no julgamento do IRDR, cabendo ao relator intimá-lo para que a respeito do incidente se manifeste.⁵

4 A respeito, remete-se a: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 729.

5 A respeito do regramento da instauração do IRDR, conferir também Eduardo Talamini. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

4. EFICÁCIA SUSPENSIVA LOCAL E NACIONAL

Se for positivo o juízo de admissibilidade, suspendem-se todos os processos pendentes que versem a questão jurídica repetitiva no Estado, Distrito Federal ou na Região Federal, a depender de onde tenha sido o incidente instaurado.

Mas o art. 982, §3.º, do CPC, autoriza a que os legitimados, para o pedido de instauração do incidente, requeiram junto ao tribunal superior competente para apreciar a questão (*i.e.*, ao STF, se se tratar de questão de Direito Constitucional, ou ao STJ, quando envolver Direito Federal infraconstitucional) a extensão da suspensão a todo território nacional.⁶ E o § 4.º do mesmo artigo estende essa possibilidade às partes de processos, que não aqueles selecionados como amostra, que contenham a questão afetada, independentemente dos limites da competência territorial. Assim sendo, excetuadas, é claro, as hipóteses em que a questão a ser decidida no incidente verse exclusivamente direito local, aquele que for parte em processo em trâmite em outro Estado ou Região Federal em que não tenha sido instaurado o incidente, mas que envolva idêntica questão de direito, poderá postular ao Tribunal Superior a extensão da suspensão.

Observado o dever imposto pelo Código (art. 979) de ampla e específica divulgação e publicidade à instauração (e também ao julgamento) do incidente por meio de registro eletrônico no CNJ, estima-se que a informação a respeito da existência de incidente tramitando em um determinado Estado (ou Distrito Federal) ou Região Federal seja de fácil acesso aos jurisdicionados de outro Estado ou Região, tornando a regra do § 4.º do art. 982 concretizável.

Em virtude da eficácia suspensiva do IRDR, seu julgamento tem prioridade sobre os demais feitos, com exceção dos *habeas corpus* e processos envolvendo réu preso, e deve ser concluído no prazo de um ano. O Código estabeleceu um prazo máximo para o julgamento do IRDR porque os processos não podem ficar suspensos indefinidamente, sob pena de se causar excessivos danos às partes.

6 Os requerimentos de extensão da suspensão a todo território nacional dos processos envolvendo a questão jurídica submetida a julgamento pelo IRDR já começaram a chegar no STJ. O primeiro (SIRDR n. 2016/0320182-5), protocolado em dezembro de 2016, origina-se de IRDR em trâmite no TJDF. A questão jurídica nele discutida é a possibilidade de inversão da cláusula penal moratória em desfavor da construtora, na hipótese de atraso na entrega do imóvel, bem como a possibilidade de se acumular indenização por lucros cessantes e cláusula penal, em caso de inadimplemento da construtora (PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ analisa primeira suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas**. Brasília, 07 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-analisa-primeira-suspens%C3%A3o-em-incidente-de-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 21 mar. 2017).

Evidentemente que essa regra deve ser relativizada a depender das circunstâncias de cada caso. Existem situações de extrema complexidade em que o prazo de um ano para o julgamento do incidente se mostra, de fato, insuficiente. Além disso, há casos em que os prejuízos que possam vir a decorrer do restabelecimento do curso dos processos justificam a manutenção da suspensão. De todo modo, se for o caso, cabe ao relator, em decisão fundamentada, estender o prazo, atestando os motivos que legitimam a continuidade da suspensão.

Esse prazo limite de um ano aplica-se apenas ao julgamento do IRDR pelo órgão colegiado no Tribunal de segundo grau. Vale dizer, havendo interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, a suspensão se estenderá até o término do julgamento do recurso, aplicando-se a tese jurídica firmada pelo tribunal superior a todo o território nacional (art. 987, § 2.º, CPC). Aliás, no caso de recurso extraordinário interposto contra o acórdão lavrado em decorrência do julgamento do IRDR, a repercussão geral da questão constitucional é presumida, dispensando-se a sua demonstração (art. 987, § 1.º, CPC).

Na versão original do Código de Processo Civil, havia a previsão do prazo máximo de um ano, sob pena de cessação da suspensão dos processos, também ao julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. O § 10 do art. 1.035 do CPC, que continha essa previsão, foi revogado pela Lei 13.256/16, antes mesmo do início da vigência do Código. A recomendação para que o julgamento se encerre no prazo de um ano, com preferência sobre os demais feitos, com exceção de *habeas corpus* e processos com réu preso, permanece no § 9.º do art. 1.035. Porém, a consequência que se punha ao descumprimento dessa orientação foi revogada. Vale a regra do bom senso, cabendo aos operadores do direito o dever de trabalhar para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa e no menor tempo possível.

5. UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*)

De outro lado, ocorrendo a suspensão, aqueles que entenderem não haver relação entre a questão afetada e o objeto de seu processo podem fazer uso da técnica da distinção, prevista no art. 1.037, §§ 9.º a 12. Trata-se de importantíssimo instrumento a ser utilizado contra a suspensão equivocada nos recursos especiais e extraordinários repetitivos, mas que é perfeitamente aplicável ao IRDR.

Por essa e outras razões, é primordial a precisão da delimitação da questão afetada. Embora a suspensão seja determinada pelo relator do IRDR, ela é concretizada caso a caso pelo juiz ou relator nos processos que versarem

aquela mesma matéria. Logo, se a questão estiver delimitada a partir de parâmetros claros, será menor a incidência de situações em que o objeto do processo sobrestado não guarde semelhança com a questão jurídica repetitiva. E se, ainda assim, houver suspensões equivocadas, facilita-se o uso da técnica da distinção.

Grosso modo, a distinção funciona da seguinte forma: a parte postula o restabelecimento do curso processual junto ao juízo no qual o seu processo esteja sobrestado, demonstrando que não há identidade entre a questão nele tratada e aquela afetada no IRDR. Oportuniza-se à parte contrária a manifestação no prazo de cinco dias, ao término do qual o órgão jurisdicional competente julgará. Reconhecida a distinção, o processo retoma seu curso normalmente. Se negada, o processo continuará sobrestado. Da decisão que resolve a distinção, reconhecendo-a ou não, caberá agravo (de instrumento, em primeiro grau, ou interno, se a decisão provier de relator).⁷

6. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

No julgamento do incidente, retira-se o exame da questão de direito repetitiva da estrita esfera subjetiva das partes. Tanto é assim que a desistência, pela parte, da ação ou do recurso selecionado como *amostra* não afeta o julgamento do incidente. Na sistemática do Código revogado, o STJ havia firmado o entendimento no sentido de não se admitir a desistência de recurso especial representativo de controvérsia tendo em vista a prevalência do interesse da coletividade em face do interesse individual.⁸ Mas o CPC/2015 deu a esse impasse solução mais coerente com a realidade jurídica, permitindo, no julgamento dos casos repetitivos, que a parte desista do recurso ou da ação de competência originária representativos da controvérsia, sem que essa desistência afete o incidente. A desistência da parte, no plano individual, portanto, não impede a concretização do interesse coletivo na fixação do entendimento do tribunal a respeito da questão jurídica repetitiva.

7 Sobre o tema, v. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-333.

8 Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1063343/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 jun. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845190&num_registro=200801289049&data=20090604&formato=PDF>. Acesso em: 22 mar. 2017.

7. PLURALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO MICROSSISTEMA DOS REPETITIVOS

O contraditório como garantia de sede constitucional, prevista no inciso LV do art. 5.º, CF, é dotado daquilo que a doutrina intitula *eficácia plena*. E o novo código, ao tratar dessa garantia, não se ateve à mera repetição da norma constitucional. Ele reitera, especifica e aprofunda a regulação dos princípios constitucionais, a partir de um amplo conjunto de normas que dão maior concreção ao contraditório.⁹ Vale dizer que o legislador do CPC/2015 “desenhou” os contornos infraconstitucionais das garantias estampadas na Constituição Federal.

A garantia do contraditório, aliás, é um dos pontos que gera maior polêmica entre os estudiosos do Direito quando se trata da constitucionalidade do IRDR. Há quem afirme que, sendo a tese firmada no incidente dotada de eficácia vinculante, seria necessário que o tribunal fizesse o prévio controle das partes dos processos selecionados como *amostra* e de seus respectivos advogados para se certificar de que eles têm condições de defender adequadamente os interesses de todos os lados.¹⁰

Mas o que ocorre no contexto do microssistema dos casos repetitivos é a *pluralização do contraditório*, concretizando-se a garantia, em parte, por meio do espaço que se abre para o debate abrangente e participativo. O código determina que o relator do incidente conceda aos interessados oportunidade de manifestação. São *interessados*, de acordo com a letra da lei, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Com isso, aqueles que não forem partes nos processos selecionados podem influenciar na formação do convencimento do órgão colegiado competente para o julgamento do incidente.

Há, todavia, ressalva que merece ser feita. Não se pode permitir que todo aquele que seja parte em outro processo em que se discuta idêntica questão de direito seja admitido como *amicus curiae* no IRDR, sob pena de o excesso de participantes inviabilizar o julgamento do incidente dentro daquele prazo máximo de um ano previsto no art. 980 do CPC. O critério, portanto, deve ser a capacidade do interessado de fornecer subsídios para a fixação da tese referente à questão repetitiva. Para Eduardo Talamini (2016, p. 491), por não se tratar de representação ou substituição processual, mas de qualificação, a expressão “representatividade adequada”, utilizada pela lei, não parece ser a mais apropriada. Mais acertado seria, segundo afirma,

9 Conferir, a respeito: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, a. XXI, n. 2, jul./dez. 2016, p. 2-12.

10 Sobre o tema, v. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 372-385.

falar-se em *contributividade adequada*, no sentido de capacidade do terceiro interessado para contribuir para a discussão da tese, trazendo subsídios que auxiliem no julgamento por amostragem.¹¹

O Código autoriza também a convocação de audiências públicas para a ouvida do depoimento de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983, § 1.º, CPC).

Além disso, na sessão de julgamento do incidente, admite-se a sustentação oral tanto das partes do caso representativo da controvérsia, quanto do Ministério Público e dos demais interessados.

Há um interessante estudo do professor estadunidense Marc Galanter (1974) a respeito das vantagens, na atuação em processos judiciais, dos litigantes habituais (*repeat players*) em relação aos litigantes ocasionais (*one-shotters*).¹² No contexto nacional, essa habitualidade se deve, em certa medida, à captação de clientes em massa promovida por escritórios de advocacia, que incitam o ajuizamento de demandas, sempre contra os mesmos sujeitos.

O julgamento sob o rito dos repetitivos são capazes tanto de reprimir essa “industrialização” das ações judiciais quanto minimizar eventuais desvantagens que possam existir entre litigantes habituais e ocasionais.

Primeiro, porque o Código explicita a necessidade de que sejam selecionados como amostra casos em que a questão jurídica seja amplamente discutida, de ambos os lados. Segundo, porque a pluralização do contraditório proporciona maior amparo às partes. Vale dizer: ao autorizar a participação de interessados, especialistas e Ministério Público, o Código confere ao julgamento por amostragem maior equilíbrio na defesa dos interesses envolvidos. E a tese adotada nesse ambiente de ampla e valorosa discussão aplica-se a todos os processos, em trâmite e futuros, envolvendo a mesma questão, indistintamente.

Discordamos, portanto, do posicionamento daqueles que afirmam haver violação ao contraditório pela ausência do prévio *controle judicial da adequação da representatividade*. A escolha do *caso amostra* não é aleatória. As mesmas regras relativas ao *pinçamento* dos recursos especiais e extraordinários repetitivos também se aplicam ao IRDR. Exige-se, a teor do que dispõe o art. 1.036, § 6.º, do CPC, que o caso selecionado contenha *abrangente argumentação e discussão* sobre a questão a ser decidida,

11 Sobre o *amicus curiae*, v. também: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

12 A respeito, cf. também: ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, jan. 2017, p. 233 – 255.

averiguando-se, para tanto, a qualidade das peças processuais¹³.

O CPC/2015 dá à garantia do contraditório novos e fortes contornos, esclarecendo seu sentido a partir da Constituição Federal, e dando concretude ao seu exercício.

Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório desvincula-se da noção de mera *ciência* e *reação* e passa a representar também a oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação do convencimento do julgador, observando-se, ainda, a paridade de armas. Ou seja, deve-se dar às partes, substancialmente, as mesmas condições para que possam influenciar na formação da convicção judicial.

Reforçando o dever constitucional de fundamentação previsto no art. 93, IX, da CF, o CPC estabelece que o dever de diálogo com quem vá decidir não se encerra com a concessão da oportunidade de influência na tomada da decisão. Garantir o contraditório, no julgamento por amostragem, não é apenas ouvir o que partes, Ministério Público e terceiros interessados têm a dizer, mas também considerar, na decisão, tudo aquilo que foi dito.

Seria inócuo conceder-se a oportunidade de participação e de influência na formação da convicção judicial se ao julgador não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo. Por essa razão, o § 2.º do art. 984 dispõe que o acórdão do incidente abrangerá a análise de todos os fundamentos relevantes à questão de direito repetitiva suscitados pelas partes, Ministério Público e demais interessados, sejam argumentos favoráveis ou contrários à decisão do órgão colegiado. E há, também, o § 1.º do art. 489, que dispõe sobre a metodologia de fundamentação que deve ser observada pelo julgador em qualquer decisão, sob pena de nulidade. O escopo da norma é que não haja apenas aumento da produtividade do Judiciário, mas efetivo acréscimo de qualidade nas decisões, fator que desestimula a recorribilidade e satisfaz ao jurisdicionado.

Uma vez que se abre espaço à ampla participação social, é preciso se ter em mente que existe efetivo diálogo entre o órgão julgador, partes, Ministério Público e terceiros interessados; que existem critérios legalmente estabelecidos para a escolha do *caso amostra* e que o colegiado, ao decidir o incidente, tem o dever de considerar todos os argumentos que forem relevantes para a fixação do entendimento acerca da questão de direito repetitiva; não há razão para se pensar em violação à garantia constitucional do contraditório pela ausência de controle prévio de representatividade.

13 Ver WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 642.

8. ASPECTOS POLÊMICOS DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A *DECISÃO-QUADRO*

Havendo resignação de todos os legitimados para recorrer quanto ao resultado do julgamento do IRDR, a tese jurídica fixada aplica-se imediatamente aos casos idênticos, atuais e futuros, em toda área de jurisdição do tribunal que julgou o incidente. A tese fixada no incidente é dotada de *força obrigatória*, o que significa dizer que cabe reclamação contra decisão que deixar de aplicá-la a caso envolvendo a mesma questão jurídica.

De outro lado, se após o julgamento do incidente houver interposição de recurso especial ou extraordinário, tais recursos serão julgados pelos tribunais superiores sob o rito dos recursos repetitivos, aplicando-se a tese jurídica a todos os processos em trâmite ou futuros – ressalvada a hipótese de revisão da tese, de que adiante se tratará – que versarem idêntica questão de direito em todo o território nacional.

Na doutrina,¹⁴ há quem defenda a incorreção do cabimento, contra o acórdão do IRDR, de recursos para os tribunais superiores. Sustentam, os que assim entendem, ser inconstitucional a previsão legal que admite a interposição de recursos especial e extraordinário contra julgamento *em abstrato*, como seria o caso do incidente. Não se decide, segundo afirmam, a causa em concreto, mas tão somente a tese jurídica.

Conforme dispõem os arts. 102, III, e 105, III, da CF, cabem RE e REsp, respectivamente, contra *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Estaduais (ou do DF).

O sentido de *causa decidida*, para os autores que defendem a inconstitucionalidade do IRDR, seria a exigência de que a decisão contra a qual se manejam RE e REsp tenha resolvido o caso concreto. A inconstitucionalidade decorreria, portanto, do fato de que o CPC não pode instituir novas hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais. Somente a Constituição Federal poderia prever a recorribilidade de decisões em abstrato por meio desses recursos.

De outro lado, os que afirmam que não há inconstitucionalidade na regra que autoriza a interposição RE e REsp contra decisão do IRDR, o fazem por entender que a expressão “*causas decididas*” é imprecisa, e por isso não

¹⁴ A respeito, cf. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. Coleção Liebman. São Paulo: RT, 2016, p. 395-397. Do mesmo autor, em coautoria com Georges Abboud: Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, fev. 2015, p. 221 – 242. V. ainda: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2123.

pode ser interpretada em padrões excessivamente rígidos. Para essa parte da doutrina, é imprescindível que a norma constitucional seja contextualizada aos dias atuais.

Bruno Dantas (2016, p. 2442-2443) assevera que atribuir aos tribunais superiores a competência para o julgamento do recurso interposto contra o acórdão do IRDR “foi uma escolha adequada, tanto do ponto de vista da finalidade principal do incidente, como também sob o ângulo dos efeitos práticos almejados com a aplicação do incidente”. E acrescenta:

[...] a escolha em conferir ao STF e ao STJ a possibilidade de análise do julgamento em sede de IRDR, além de evidenciar um caráter paradigmático ao resultado final do incidente, resolve tanto as demandas veiculadas nos processos idênticos, como desestimula o manejo do recurso extraordinário e recurso especial para discutir algo sobre o qual aquelas cortes de cúpula já fixaram interpretação.

Entendemos ser essa segunda posição a mais adequada e consentânea com a realidade de hoje. Basta pensar na enxurrada de recursos extraordinários e especiais interpostos contra cada decisão que aplicasse ao caso concreto a tese jurídica adotada no incidente.

Além disso, conforme dispõe o parágrafo único do art. 978 do CPC, o órgão colegiado que julgar o incidente terá de julgar também o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Portanto, ao final do julgamento do IRDR, tem-se não somente a fixação da tese, como também o julgamento da causa, com a aplicação do entendimento adotado pelo órgão colegiado.

9. ENTIDADES SUJEITAS À REGULAÇÃO

Se o IRDR versar questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, a *decisão-quadro* deve ser comunicada ao órgão, ente ou agência reguladora competente para fiscalização da sua aplicação pelos entes sujeitos à regulação. Já tratamos, em outro espaço, novamente com Eduardo Talamini (2016, v. 2, p. 648), do alcance dessa regra prevista tanto para o IRDR quanto no âmbito dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 985, § 2.º, e 1.040, IV).

Se a tese jurídica adotada no incidente vincular todos os entes sujeitos à regulação, mesmo que indiretamente, é forçoso reconhecer a eles, ainda que não sejam partes em processos judiciais versando a questão jurídica discutida,

o direito de participar do julgamento do incidente como *amici curiae*. Outra interpretação possível seria que a tese alcançaria apenas as entidades que forem parte em processos judiciais, em trâmite ou futuros.

10. REVISÃO DA TESE JURÍDICA

O Código possibilita que a tese jurídica seja revisada por duas vias: pelos tribunais superiores (quando interposto recurso especial ou extraordinário) ou pelo próprio tribunal que a fixou (art. 986, CPC).

A revisão pelo próprio tribunal pode ser feita de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

O Código exclui da lista de legitimados as partes dos processos envolvendo a questão jurídica objeto do incidente. Já afirmamos em outra oportunidade (2016, v. 2, p. 737), a necessidade de se permitir que as partes de processos subsequentes ao julgamento do incidente postulem junto ao órgão colegiado que julgou o incidente a instauração do procedimento de revisão. Embora não estejam elas autorizadas a requerer diretamente a revisão, pois não eram partes em processos ao tempo do julgamento do incidente e que sequer tinham interesse para intervir como *amicus curiae*, é de se admitir que a postulem, mesmo que indiretamente, quando for o caso.

Na versão do projeto do CPC, ainda quando tramitava na Câmara dos Deputados, havia previsão expressa acerca das situações que davam azo à rediscussão da tese: revogação ou modificação da norma que lhe deu fundamento ou alteração do quadro econômico, político ou social com impacto na matéria decidida. Mas esse elenco não era exaustivo. O projeto abria espaço para que a modificação do entendimento se fundasse em “outras alegações”. Talvez por isso, tal disposição não foi reproduzida no Código promulgado. Optou-se por deixar em aberto as hipóteses de admissão da rediscussão da tese. Caberá aos operadores do direito analisarem, em cada caso, as situações em que a revisão se mostre necessária.

Segundo dispõe o § 2º do art. 927, para revisão de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, poderão convocar-se audiências públicas, abrindo-se espaço para ampla participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Havendo modificação da tese jurídica adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas, pode ser necessária a modulação dos efeitos dessa alteração, observando-se o interesse social e a segurança jurídica.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da atividade desenvolvida no processo é meta imposta pela Constituição Federal, ao assegurar a todos o amplo acesso à justiça. Significa que às partes deve ser prestada efetiva tutela jurisdicional, assim entendida a resposta do sistema jurídico que seja justa, adequada, rápida e eficiente.

Se, por um lado, não se pode atribuir exclusivamente à litigiosidade massificada a responsabilidade pela morosidade do Judiciário – pois, como já afirmamos em diversas oportunidades, há outras questões estruturais e culturais como, por exemplo, a burocracia ou os “tempos mortos”, que efetivamente dão causa à morosidade –, por outro, os números indicam que o assoberbamento do Poder Judiciário é real e muito grave. A experiência mostra que inúmeros outros problemas podem decorrer da litigiosidade massificada, como a prolação de decisões absolutamente diversas para casos em que se discute questão de direito verdadeiramente idêntica; a violação à garantia da segurança jurídica; a prestação da tutela jurisdicional em linha de produção etc.

A implementação de algum instrumento para auxiliar na gestão da litigiosidade brasileira já no segundo grau de jurisdição era, portanto, emergencial. Os benefícios da implementação do IRDR em nosso sistema processual são muitos. Não é mais necessário aguardar que a enxurrada de demandas repetitivas chegue aos tribunais superiores para racionalizar o tratamento judicial desses casos.

Por essas razões, permitimo-nos dizer que as inconstitucionalidades que alguns imputaram ao IRDR decorreram de uma leitura descontextualizada do texto constitucional. Havendo boa vontade e ponderação por parte daqueles que pensam e que operam o Direito, os instrumentos implementados pelo CPC/2015 são excepcionais ferramentas para auxiliar no tratamento dos problemas decorrentes da litigiosidade massificada, sem que se percam de vista as garantias constitucionais do processo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, fev. 2015, p. 221 – 242.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 196, jun. 2011, p. 237 – 274.

ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, jan. 2017, p. 233 – 255.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 20160020134714. Relator: Desembargador José Divino. Brasília, 23 jan. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=94A154BFC665C51B25415D5AD1C73B2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1063343/RS. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, 04 jun. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845190&num_registro=200801289049&data=20090604&formato=PDF>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 372-385.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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**. São Paulo, v. 193, mar. 2011, p. 255 – 280.

DANTAS, Bruno. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: RT, p. 2425-2444.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a, v. 3, p. 583-587.

_____; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, ago. 2016b, p. 257 – 278.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. **Law & Society Review**, v. 9, n.º 1, 1974, p. 95-160.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2123.

NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 255, mai. 2016, p. 291 – 308.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-333.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ analisa primeira suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas**. Brasília,

07 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-analisa-primeira-suspens%C3%A3o-em-incidente-de-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 21 mar. 2017

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, set. 2016, p. 307 – 329.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, jul. 2016, p. 269 – 281.

TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: RT, p. 491.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016, p. 359 – 387.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinard. Direito Jurisprudencial. In: _____. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 283-341.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-457.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, a. XXI, n. 2, jul./dez. 2016a, p. 2-12.

_____; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016b, v. 2, p. 726.

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 882, abr. 2009, p. 25.