

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

LUCAS CAVINA MUSSI MORTATI

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

São Paulo

2016

Lucas Cavina Mussi Mortati

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Trabalho de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do certificado de especialização em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Patrícia Miranda Pizzol

São Paulo
2016

Lucas Cavina Mussi Mortati

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Trabalho de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do certificado de especialização em Direito Processual Civil.

Aos meus pais que se sempre me orientaram nesta jornada e me dão forças para continuar, Jorge Eduardo M. Mortati e Maria Aparecida Cavina Mortati.

RESUMO

A morosidade na prestação jurisdicional e a insatisfação oriunda dos diferentes provimentos jurisdicionais para idênticas crises de direito não podem ter mais espaço atualmente. Na tentativa de solucionar estas chagas que transcendem o Poder Judiciário, houve uma série de inovações legislativas, não só no Brasil, que agitaram a comunidade jurídica. Uma delas foi a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Dentro dessa realidade este estudo procura analisar o mencionado instituto. É apresentada uma interpretação sistemática e finalística das normas que se correlacionam com este mecanismo, resultado de uma análise minuciosa frente ao ordenamento jurídico, de modo que torna possível vislumbrar-se a legitimidade e efetividade na realização de seu propósito maior – segurança jurídica e igualdade no provimento jurisdicional –. Além disso, o presente trabalho analisa a compatibilidade do IRDR com os princípios processuais constitucionais.

Palavras-Chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Ações repetitivas. Análise sistemática. Segurança Jurídica. Isonomia. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The delay in adjudication and dissatisfaction arising from different jurisdictional provisions for identical rights crises can not have more space now. In an attempt to solve these wounds that transcend the judiciary, a number of legislative innovations, not only in Brazil, which shook the legal community. One of them was the creation of Repetitive demands Resolution Incident. Within this reality this study seeks to analyze the mentioned institute. It presented a systematic and teleological interpretation of the rules that correlate with this mechanism, the result of a thorough front analysis to the legal system, so that makes it possible to envision the legitimacy and effectiveness in achieving its main purpose - legal certainty and equal jurisdictional provision -. In addition, this paper analyzes the IRDR compatibility with constitutional procedural principles.

Keywords: Incident Repetitive Claims Resolution - IRDR. Repetitive actions Systematic analysis. Legal Security. Equality. Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
<i>Caput</i>	“Cabeça”, parte superior, o início do artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
Ed.	Edição ou Editor
Et al.	E outros (autores)
GLO	Group Litigation Order
g.n.	Grifos nosso
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
N.	Número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
p.	Página

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
<i>v.g.</i>	<i>Verbi gratia</i> , significa por exemplo
Vol. ou v.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – ORIGEM DOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	14
1.1 Técnicas de resolução de demandas repetitivas	14
1.2 O Procedimento-Modelo (Musterverfahren) no Direito Alemão	16
1.3 A Ordem de Litígio em Grupo (Group Litigation Order – GLO) no Direito Inglês	19
CAPÍTULO 2 – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	23
2.1 Conceito, Natureza Jurídica e Objetivos	23
2.2 Pressupostos de Admissibilidade	24
2.2.1 Caráter repressivo	25
2.2.2 Questão unicamente de direito	27
2.2.3 Pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente	28
2.3 Legitimação	30
2.4 Momento, Forma de Instauração e Distribuição	31
2.5 Competência	33
2.6 Desistência ou Abandono de Causa Pendente no Tribunal	34
2.7 Procedimento	35
2.8 Pedido de Distinção	37
2.9 Prazo para Julgamento	38
2.10 Instrução	40
2.11 Sessão de Julgamento	41

2.12 Decisão de Mérito	42
2.13 Recursos no IRDR	43
2.14 Divulgação e Registro Eletrônico no CNJ	45
2.15 Revisão de Tese	46
2.16 Isenção de Custas	48
2.17 Reexame Necessário nos Processos Repetitivos	49
2.18 Recursos nos Processos Repetitivos	49
2.19 Reclamação nos Processos Repetitivos	49
 CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E PONTOS DE CONSTITUCIONALIDADE CONTROVERTIDA	 51
3.1 Devido Processo Legal	53
3.2 Contraditório e Ampla Defesa	56
3.3 Inafastabilidade do Controle Jurisdicional	61
3.4 Isonomia	66
3.5 Duração Razoável do Processo	70
3.6 Separação Funcional de Poderes	71
3.7 Violação ao sistema de competências da Constituição	76
 CONCLUSÃO	 79
 BIBLIOGRAFIA	 82

INTRODUÇÃO

Há um bom tempo vivemos um momento de verdadeira crise não só numérica, como também qualitativa, do Poder Judiciário, fruto principalmente do crescimento exponencial do volume de demandas judiciais, que tem como alguns de seus fatores a cultura litigiosa brasileira, a constitucionalização de toda a ordem jurídica e da garantia do amplo acesso à justiça.

Diante da falsa crença existente no sentido de que os defeitos da legislação processual são os maiores responsáveis pela duração excessiva dos processos judiciais e pela disparidade nos provimentos jurisdicionais acerca de idênticas crises de direito, adotou-se, no Brasil, a nomocracia, que é a forma de responder aos problemas jurídicos com nova legislação.

Mesmo ante a crise numérica de processos judiciais, é indispensável ter sempre em mente que o processo rápido não necessariamente significa que ele é Justo. A tão almejada celeridade processual, não pode prevalecer sobre a segurança jurídica das decisões. Sabe-se que nem sempre “justiça” rápida é a melhor “justiça”.

Para a superação da crise, uma das principais medidas adotadas foi no sentido de ampliar e de fortalecer a tutela jurisdicional coletiva. No entanto, essas ações coletivas não têm conseguido resolver com eficiência todo esse volume de processos individuais.

Sob essa perspectiva foi criado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que é mais um mecanismo de resolução de demandas repetitivas, também como forma de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, uma vez que visa a sua estabilização, em prestígio ao princípio constitucional da segurança jurídica e da isonomia.

Trata-se, em síntese, da possibilidade de afetação de determinada matéria repetitiva de direito por meio de um incidente processual, cujo julgamento fixa tese jurídica para ser aplicada nos demais casos semelhantes.

É um instituto para o julgamento de “ações repetitivas”, que visa estimular a estabilização da jurisprudência. Este novo mecanismo quer resolver a questão da quantidade, desigualdade e racionalização dos custos, garantindo isonomia e segurança jurídica.

Ele encontra precedentes no direito comparado, como o *Musterverfahren* alemão, a *Group Litigation Order* inglesa e o *Pilot-Judgment Procedure* da Corte Europeia de Direitos Humanos.

De acordo com a própria exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, a idéia da criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas teve inspiração no procedimento-modelo do Direito Alemão, onde o instituto é chamado de *Musterverfahren* (*Muster* = decisão que serve de modelo). Apesar disso, desde logo é bom salientar que o processo legislativo atribuiu um regramento próprio ao IRDR, o qual é diferente e não tem praticamente qualquer relação com o instituto alemão.

Tecidas as considerações iniciais, válido dizer que o enfoque deste trabalho é analisar sistematicamente o IRDR, revelar quais são os seus objetivos, passando-se pela possível afronta aos princípios constitucionais. Tudo com o humilde intuito de esclarecer esta novidade que é uma realidade no atual sistema processual civil brasileiro.

Para tanto, inicialmente, demonstrar-se-á a origem do instituto, importado do direito europeu, e as diferenças para com o modelo nacional.

Em um segundo momento, será constituído o núcleo deste trabalho, onde serão analisados sistematicamente os dispositivos que tratam deste mecanismo, demonstrando-se os motivos da sua criação e as suas principais características.

Em seguida, serão estudados os princípios constitucionais do processo que se relacionam com o instituto, oportunidade em que será demonstrada a divergência sobre a sua constitucionalidade.

Oportuno dizer que ante a polêmica na diversidade do tratamento sobre o assunto dentre os mais renomados doutrinadores processualistas, fica complicado o esgotamento analítico do tema, que não é o objetivo dado a esta monografia. O que se procura é possibilitar o esclarecimento do instituto de forma imparcial, sopesando as mais diversas argumentações.

Extraí-se da breve apresentação do tema e das questões que adiante serão aduzidas, que o estudo das demandas repetitivas se mostra extremamente rico e complexo, tendo em vista a sua atemporalidade, o interesse público na fixação de determinada tese, bem como o fato de causarem grande impacto no Poder Judiciário e, conseqüentemente, na sociedade como um todo.

CAPÍTULO 1 – ORIGEM DOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

1.1 Técnicas de resolução de demandas repetitivas

Hodiernamente os conflitos jurídicos deixaram de ser somente sobre as relações individuais e se expandiram para compreender relações plurilaterais. Diante disso, surgiram diversos tipos de tutela jurisdicional coletiva.

Como alternativa às ações coletivas, tendo em vista alguns problemas práticos e/ou teóricos, alguns ordenamentos jurídicos criaram novas técnicas processuais de processamento e de julgamento de demandas repetitivas¹.

Fazendo uma crítica construtiva sobre a criação dessas novas técnicas processuais no Brasil, Marcelo Abelha Rodrigues² aponta que:

Este modelo de “criação de precedentes abstratos”, vinculantes para o futuro deve ser visto cum grano salis, pelo só fato de que se apresenta muito mais como uma técnica para tratar os efeitos do problema da enorme litigiosidade no Brasil, e, não propriamente para sanar as suas causas. Problema este que não foi debelado pelas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, talvez porque tal técnica não interessasse aos grandes e poderosos litigantes, ou porque, realmente, nela tinha (e tem) uma preocupação com a preservação dos direitos processuais fundamentais do cidadão.

Em uma série de ordenamentos jurídicos como, por exemplo, no inglês e no alemão, é possível verificar a existência de técnicas de resolução coletiva de demandas repetitivas, por meio das quais se

¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas/ Marcos de Araújo Cavalcanti. – Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 325.

² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. Revista de Processo | vol. 259/2016 | p. 307 - 329 | Set / 2016 | DTR\2016\22779, p. 326/14.

instaura um incidente processual coletivo, escolhendo-se uma ou mais causas como representativas da controvérsia, com a suspensão do processamento das demais causas repetitivas, até que o mérito do incidente seja julgado por meio de decisão que resolve os casos específicos e, também, serve como referência para a resolução coletiva de várias demandas repetitivas suspensas³.

Em países como a Inglaterra e a Alemanha que, pelos mais variados motivos, as ações coletivas não alcançaram seus objetivos, surgiram novas técnicas processuais de processamento e de julgamento de demandas repetitivas. Na Inglaterra foi criado a *Group Litigation Order (GLO)* e na Alemanha o chamado *Musterverfahren*⁴.

No Brasil, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que introduziu o IRDR no ordenamento jurídico nacional, já existiam outras técnicas de resolução coletiva de demandas repetitivas, como, por exemplo, aquelas previstas nos artigos 543-A a 543-C do antigo código processual, introduzidas pelas Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008, que tornaram possível o julgamento conjunto de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, através da escolha de um ou mais processos paradigmas (*causas pilotos*), com a suspensão dos demais que versam sobre a mesma questão. São os institutos da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos, relativos aos recursos extraordinário e especial respectivamente.

Outros exemplos de técnicas processuais que buscam resolver, em bloco, demandas repetitivas, existentes no direito processual brasileiro antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, são: o pedido de uniformização de interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais; a suspensão de liminares para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas; e o pedido de uniformização da interpretação de lei nos Juizados Especiais da

³ STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 193, 2011, p. 176.

⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 317 a 367.

Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios⁵.

Na mesma linha e, seguindo a tendência internacional no sentido de uma única decisão ser aproveitada para vários processos de igual objeto, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um novo incidente processual, o chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), inspirado principalmente no direito alemão.

A seguir, serão feitas breves considerações a respeito do *Musterverfahren*, instituto expressamente mencionado na exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil em vigor, e da *Group Litigation Order*, diante da proximidade de sua regulamentação com a do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

1.2 O Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) no Direito Alemão

O procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*) do direito alemão é a instauração do processamento de um incidente processual coletivo, que tem como objetivo resolver expressiva quantidade de demandas em que as partes estejam na mesma situação, por meio da obtenção de uma decisão-modelo⁶.

Nele há uma única resolução coletiva de inúmeras demandas individuais que versam sobre a mesma matéria de fato ou de direito.

Na Alemanha o Poder Judiciário é dividido conforme a matéria e, inicialmente, o procedimento-modelo era disciplinado apenas no âmbito da Justiça Administrativa, criado no ano de 1991 e introduzido no Código de Justiça Administrativa (VwGo).

Posteriormente, no ano de 2005, o instituto ganhou maior repercussão no cenário jurídico mundial, quando a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais

⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 326.

⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 328 a 352.

(*KapMug*), editada em decorrência de milhares de ações ajuizadas por investidores contra a empresa Deutsche Telekom⁷, previu o cabimento do procedimento-modelo no âmbito das controvérsias do mercado mobiliário.

Por fim, em 2008, a legislação alemã introduziu o instrumento do *Musterverfahren* também no âmbito da Justiça Previdenciária ou Social, por meio da inserção do §114a à Lei dos Tribunais Sociais (SGG), que tem a mesma redação do §93a do Código da Justiça Administrativa (VwGO)⁸.

Note-se que o *Musterverfahren* não é uma norma geral do ordenamento jurídico alemão, mas específica para determinadas matérias, sendo certo que, até os dias de hoje, não há, no direito alemão, a possibilidade do ajuizamento de ação coletiva voltada para as providências condenatórias em relação às obrigações de pagar.

Cada um dos três procedimentos-modelo existentes no direito alemão tem regimes próprios, com regras bem diferentes um dos outros, embora todos tenham o mesmo objetivo, conforme será resumidamente demonstrado ao mesmo tempo em que será traçado um paralelo com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR):

A *KapMug*, que é específica ao tratamento dos investidores no mercado de capitais, possui regime próprio para o *Musterverfahren*, diferenciando-se bastante daquele previsto na Justiça Administrativa e na Justiça Previdenciária, além de ser mais completo e complexo do que esses⁹.

Para a instauração de qualquer um dos três procedimentos há a exigência de um número mínimo de processos semelhantes. No SGG e no VwGO são necessários mais de 20 (vinte) casos semelhantes para a instauração do incidente. Enquanto que na *KapMug* são necessários no mínimo 10 (dez) requerimentos de instauração de procedimento-

⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *As Ações Coletivas e meios de resolução coletivas de conflitos no Direito Comparado e Nacional*. 3 ed. rev., atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme. BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2012, v. 4, p. 121.

⁸ Idem.

⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Op. Cit.*, p. 334.

modelo sobre uma mesma controvérsia. Tanto neste, quanto naqueles, se não preenchidos este requisito, ou qualquer outro para a admissibilidade do incidente, o processo individual continuará a tramitar regulamente.

Já no IRDR não há exigência de um número específico de casos semelhantes como condição para instauração do incidente. O critério é subjetivo, fala-se apenas em “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*”.

Por outro lado, as decisões-modelo proferidas no SGG e no VwGO são irrecuráveis, sendo possível apenas a demonstração de peculiaridades que justifiquem a sua não aplicação. Igual possibilidade foi reproduzida no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, onde é permitida a realização do pedido de distinção, desde que demonstrada hipótese fática distinta ou questão jurídica não abrangida pelo objeto do IRDR. No entanto, as decisões oriundas do IRDR são recorríveis.

Na *KapMug* a decisão-modelo é recorrível e tal decisão só é vinculante aqueles processos suspensos, ou seja, tal efeito não atinge os processos individuais futuros (aqueles propostos após o julgamento do incidente coletivo). Em outras palavras, são submetidas à decisão-modelo tão-somente as ações ajuizadas antes ou durante a instauração do procedimento-modelo. Ponto que difere do incidente brasileiro, cuja decisão é vinculante inclusive para os processos individuais futuros, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil.

Sob outra perspectiva, na *KapMug*, diferente dos outros dois procedimentos do direito alemão, bem como do IRDR, exige-se que a instauração do incidente decorra de expresse requerimento formulado por algumas das partes, ou seja, não pode ser *ex officio*.

Na Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMug*), o juízo de origem processa e realiza a admissibilidade do incidente coletivo, definindo a amplitude do mérito. E o Tribunal de segunda instância é quem tem competência para julgá-lo. Diferente dos outros dois onde tudo ocorre no Tribunal de primeira instância, e do IRDR onde tanto a análise de

admissibilidade quanto o julgamento do mérito ocorrem em segunda instância.

No mais, diferentemente do que ocorre no Direito Norte-Americano (*opt-out*), na *KapMug*, a única forma de não ser alcançado pela decisão de mérito proferida nos autos do procedimento coletivo é por meio da desistência do processo individual ajuizado. Nesse ponto, assemelha-se ao IRDR. Nela, verifica-se, ainda, que não se adotou o *opt-in*, pois ocorre a publicização da instauração do procedimento e, em seguida, todos os processos que tratam das questões discutidas no processo modelo são suspensos de ofício em decisão irrecurável.

Em consonância com a GLO inglesa, que a seguir será tratada, na *KapMug*, todos os litigantes têm participação proporcional nos custos do procedimento-modelo, o que se justifica à luz do fato de que estes são considerados partes, ao contrário do que ocorre no incidente brasileiro.

1.3 A Ordem de Litígio em Grupo (Group Litigation Order – GLO) no Direito Inglês

A Ordem de Litígio em Grupo (*Group Litigation Order – GLO*) do direito inglês se trata de decisão judicial que instaura uma espécie de incidente de resolução coletiva de conflitos de massa.

A GLO é um instituto de gerenciamento e de administração de demandas com questões comuns ou simplesmente relacionadas, de fato ou de direito. Tem como objetivo permitir que uma estrutura mínima do Judiciário possa gerenciar e julgar, em bloco, grande quantidade de demandas repetitivas.

Nas palavras de Marcos de Araújo Cavalcanti¹⁰:

De acordo com esse instituto, o Tribunal, quando identificar a real ou a potencial multiplicidade de demandas, de ofício ou a requerimento da parte, deve conceder uma ordem de litígio em

¹⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 325 e 326.

grupo, determinando a coletivização do processamento e do julgamento de ações individuais que apresentem questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito.

Este instituto foi introduzido no ano 2000 por meio de uma emenda às *Civil Procedure Rules*¹¹, sendo que, desde o princípio, há orientação no sentido de haver um número mínimo de 10 (dez) casos para configurar a questão como potencial situação de conflito coletivo. Frise-se que se trata apenas de uma orientação, pois, na verdade, diferentemente do modelo alemão, o critério é subjetivo, devendo ser verificado, no caso concreto, a real ou a potencial multiplicidade de demandas.

Sobre este ponto, cumpre destacar que o legislador brasileiro também adotou critério subjetivo para viabilizar a instauração do IRDR, ao deduzir que é necessária “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*”. Mas, até então, não há uma orientação estabelecendo um número mínimo de casos para a configuração da *efetiva repetição de processos*.

Na GLO inglesa é definida uma tese para julgar a ação-teste (*test-claim*) e, em seguida, essa tese é aplicada a todas as ações cujas partes aderiram ao procedimento. Ou seja, para que as partes de uma demanda individual possam participar do julgamento na sua forma coletivizada, o autor e/ou o réu devem optar expressamente pela sua inclusão no cadastro coletivo (*opt-in*).

O contrário acontece com as *representative actions* inglesas e com as *class actions* norte-americanas, nas quais impera a regra do *opt-out*, ou seja, do direito à auto-exclusão, onde aquele indivíduo que não quer que seu direito seja tutelado no âmbito coletivo tem que renunciar expressamente à jurisdição coletiva¹².

Enquanto que, no IRDR, não há o direito de opção, nele não há possibilidade de a parte do processo pendente prosseguir com sua

¹¹ LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil examado à luz da Group Litigation Order britânica. Revista de Processo, São Paulo, v. 196, p. 165-205, jun./2011.

¹² GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007, p. 300.

demanda individual e optar por não ser atingida pela decisão de mérito que será proferida no incidente.

Por imperar a regra do *opt-in* na GLO, a publicização é primordial, na medida em que é por meio dela que os interessados poderão ter ciência da existência da demanda e, conseqüentemente, caso queiram, poderão aderir ao julgamento, sendo submetidos ao seu resultado.

O objeto da GLO é bastante amplo, assim como o do IRDR, não havendo restrição quanto a matéria discutida, ao contrário da *Musterverfahren* que só foi disciplinada em determinadas matérias, como já visto.

O ponto principal da GLO é o gerenciamento dos processos¹³, por tratar-se de um mecanismo que possibilita ao Poder Judiciário a gestão de um grande número de demandas, ficando a cargo do tribunal a administração do caso e a instrução.

A GLO pode ser instaurada pelo requerimento das partes ou *ex officio* e a decisão proferida pelo Tribunal Gestor, quanto a uma questão comum, tem efeito vinculante e alcança todas as demandas que, no momento do julgamento (não alcança as demandas futuras), estavam registradas no cadastro coletivo, salvo se o Tribunal decidir diferentemente. Isso porque, cabe ao Tribunal Gestor estabelecer em qual extensão os efeitos vinculantes da decisão alcançarão as demandas registradas no cadastro coletivo após o julgamento.

Conforme será melhor demonstrado no próximo capítulo, o IRDR, apesar de também poder ser instaurado por meio do requerimento das partes e *ex officio*, tem efeito vinculante que se projeta inclusive para demandas futuras, diferentemente da GLO, a qual o efeito vinculante alcança tão somente as demandas registradas em cadastro coletivo no momento do julgamento.

Ainda, importante dizer que na GLO os membros do grupo compartilham a responsabilidade pelas custas que decorrem das

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 577.

questões comuns. Se o grupo sucumbe, cada membro é responsável pelo pagamento ao vencedor das cotas de custas processuais e de eventual custo individual havido na sua respectiva ação. Na hipótese de o grupo vencer, a parte contrária é que é condenada pelo pagamento das custas.

Por fim, consigne-se que as mencionadas técnicas processuais de processamento e de julgamento de demandas repetitivas, especialmente o IRDR, não podem ser confundidas com as ações coletivas. Estas reúnem num mesmo processo várias ações propostas por um único substituto processual em busca de um provimento de mérito único que tutele os direitos subjetivos individuais homogêneos de todos os interessados substituídos. O IRDR não reúne ações singulares, ele estabelece a tese de direito a ser aplicada em outros processos que terão sentenças próprias¹⁴.

Ou seja, nas ações coletivas os litígios são solucionados simultaneamente e no IRDR apenas se delibera sobre idêntica questão de direito presente em várias ações, as quais continuam a se desenvolver com independência entre si¹⁵.

¹⁴ HEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III, 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1141.

¹⁵ Idem.

CAPÍTULO 2 – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

2.1 Conceito, Natureza Jurídica e Objetivos

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um mecanismo processual destinado a produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios, mediante o estabelecimento de tese jurídica que deve ser aplicada em todos os processos de igual objeto¹⁶.

Por meio deste instrumento processual se busca, acima de tudo, assegurar e dar efetividade a garantia fundamental da democracia, qual seja, a de que todos são iguais perante a lei, pois a igualdade em direitos abrange a igualdade no provimento jurisdicional de crises de direito idênticas.

Trata-se, como o próprio nome diz, de incidente processual de caráter coletivo, uma que não corre dentro do processo que legitimou sua instauração, processando-se separadamente da causa originária, e sob a competência de órgão judicial diverso.

Disso, extraem-se dois objetivos que o incidente persegue: a) abreviar e simplificar a prestação jurisdicional, uma vez que, resolvida pelo tribunal a questão de direito presente em todos os múltiplos processos individuais, a solução destes se simplifica, podendo ser rapidamente definida, em prestígio à duração razoável do processo constitucionalmente assegurada e aos princípios de economia e efetividade da prestação jurisdicional; b) uniformizar a jurisprudência, deixando previsível a postura judicial diante da interpretação e

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1140.

aplicação da norma questionada, em observância à isonomia e segurança jurídica¹⁷.

2.2 Pressupostos de Admissibilidade

Da lei processual em vigor é possível vislumbrar os seguintes pressupostos de admissibilidade do IRDR:

a) a necessidade de já estar em tramitação diversos processos repetitivos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, também, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica;

b) a restrição do objeto do incidente à questão unicamente de direito; e

c) pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

Inadmitido o IRDR por ausência de qualquer dos pressupostos, nada impede que o incidente seja novamente suscitado desde que o pressuposto antes considerado não atendido esteja presente.

Não obstante os mencionados requisitos de admissibilidade legalmente previstos, que abaixo serão mais bem explicados, é bom lembrar que, diante da própria natureza unificadora do IRDR, não é possível a instauração de vários incidentes sobre a mesma tese de direito, no mesmo tribunal, hipótese em que deverão ser apensados e processados conjuntamente. Outrossim, não será cabível o IRDR quando outras técnicas processuais que buscam resolver, em bloco, demandas repetitivas já estiverem acionadas, como o incidente de

¹⁷ 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. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 287.

assunção de competência e os recursos especial e extraordinário repetitivos¹⁸.

Nesse sentido, segue o Enunciado n. 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “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”.

2.2.1 Caráter repressivo

Do primeiro pressuposto acima elencado, extrai-se o caráter não preventivo do IRDR. Entretanto, vale ressaltar que na redação do anteprojeto e do projeto de lei aprovado pelo Senado o IRDR seria cabível em caráter preventivo para *“sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito ...”*¹⁹.

Após diversas críticas doutrinárias em audiências públicas, assim como em trabalhos publicados pelos estudiosos do tema, principalmente no sentido de preservação do contraditório e as linhas fundamentais de um Estado democrático, bem como para que houvesse amadurecimento da discussão antes de sua solução; tal caráter não prevaleceu, como se observa do texto legal ora em vigor, que utilizou o termo “efetiva repetição de processos”.

De acordo com a doutrina de Humberto Theodoro Júnior²⁰:

Por outro lado, a mera discussão teórica sobre o sentido e alcance da norma não justifica a abertura do incidente.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 977

¹⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 416 a 426.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1142.

Tampouco é suficiente a perspectiva de multiplicidade futura de processos a respeito de sua aplicação. Exige o NCPC que seja atual a efetiva pluralidade de processos, com decisões díspares acerca da interpretação da mesma norma jurídica. O incidente, em outros termos, não foi concebido para exercer uma função preventiva, mas repressiva de controvérsias jurisprudenciais preexistentes.

Portanto, o instituto somente tem cabimento quando já estão em tramitação diversos processos repetitivos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, também, desde que presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Além disso, pelo menos uma dessas demandas repetitivas deve estar em tramitação perante o tribunal competente.

Ocorre que a expressão utilizada pelo legislador que caracteriza esse caráter repressivo, qual seja, “efetiva repetição de processos”, traz uma dúvida: quantos processos são necessários para cumprir este requisito de admissibilidade?

Para Humberto Theodoro Júnior²¹, a lei não exige o estabelecimento do caos interpretativo entre milhares de causas, basta que haja “repetição de processos” em número razoável para, diante da disparidade de entendimentos, ficar autorizado o juízo de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Melhor seria se o legislador tivesse fixado um critério objetivo, como, por exemplo, uma quantidade ‘x’ de processos em tramitação sobre uma mesma questão de direito. Da forma como está, abre-se uma discricionariedade/faculdade para o magistrado que não é benéfica.

Por oportuno, cabe mencionar que a efetiva repetição de processos que autoriza suscitação do IRDR não se refere somente às demandas individuais. As ações coletivas também podem fazer parte. Portanto, as ações coletivas também ficam sujeitas ao regime jurídico do IRDR.

Porém, não é qualquer repetitividade de demandas coletivas que enseja a instauração do IRDR. Em regra, a repetição de processos coletivos que versem sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* não autorizará a instauração do IRDR, pois não haverá, em tese, risco

²¹ Idem.

à isonomia e à segurança jurídica. Haverá, na verdade, litispendência ou conexão entre essas demandas coletivas, cujos processos coletivos devem ser reunidos para julgamento simultâneo²².

Isso porque, segundo lição de Marcus de Araújo Cavalcanti²³:

A repetitividade exigida para a instauração do IRDR não deve ser confundida com a repetição configuradora da litispendência. Na primeira, as causas repetitivas não são idênticas, ou seja, não têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A repetitividade é caracterizada pela simples *origem comum e homogeneidade* das questões de direito examinadas em juízo. Na segunda, os elementos da demanda são os mesmos e, no caso das ações coletivas, os processos devem ser reunidos para julgamento concomitante.

2.2.2 Questão unicamente de direito

Diferente do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) e da Ordem de Litígio em Grupo (GLO) inglesa, o IRDR não pode versar sobre questões de fato.

As questões de direito que dão ensejo a instauração do IRDR podem ser relativas ao direito material ou processual.

Quando a lei se refere a “questão unicamente de direito”, como na parte final do inciso I, do artigo 976, do Código de Processo Civil, quer dizer que a controvérsia existente diz respeito exclusivamente sobre norma, ou seja, os fatos sobre os quais deva incidir não são objeto de questionamento algum²⁴.

O termo “unicamente de direito” suscita controvérsia desde sua utilização no artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, porque é utópica uma demanda unicamente de direito.

Na verdade, dedica-se esta expressão àquelas hipóteses nas quais apesar da controvérsia sobre os fatos, tudo é provado por meio de documentos, ou seja, quando inexistente necessidade de dilação probatória. Em outras palavras, “São aqueles casos que se

²² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 416 a 426.

²³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 424 e 425,

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1142.

caracterizam muito mais pela questão jurídica do que por qualquer peculiaridade fática.”²⁵

Enfim, a escorreita aplicação pressupõe que os fatos, registre-se existentes em todas as demandas, não tenham nada de peculiar e, em linhas gerais, que a matéria jurídica predomine sobre as de fato.

2.2.3 Pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente

Apesar de não haver expressa previsão acerca da necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente, os artigos 976, § 1º e 978, único, do NCPC, levam à essa interpretação²⁶.

Nesse sentido, segue o Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”

Essa pendência de causa no tribunal, que é um dos pressupostos de admissibilidade para a instauração do IRDR, pode ser de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária.

Sobre o assunto também há enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “nº 342. O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária.”

Na hipótese de ser um recurso pendente de julgamento, além do recurso de apelação, pode ser um recurso de agravo de instrumento ou de embargos de declaração, este último se oposto contra decisão do tribunal. Todavia, a cognição do IRDR nesses dois casos não é

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I. 2. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127

²⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 429 a 435.

exauriente. A cognição do tribunal sempre ficará vinculada ao efeito devolutivo do recurso pendente no tribunal²⁷.

No caso de instauração do incidente na pendência de julgamento de agravo de instrumento, a vantagem obtida é a uniformização das decisões liminares.

O Código de Processo Civil não restringe o cabimento do IRDR a qualquer espécie de processo, podendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de mandados de segurança individual ou coletivo, de ações civis públicas etc.

Além disso, o IRDR somente poderá ser julgado em conjunto com o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Logo, para a instauração do incidente, além da efetiva repetição de processos que contenham controvérsias sobre a mesma questão unicamente de direito e que coloquem em risco a isonomia e a segurança jurídica dos jurisdicionados, é necessária a pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

Sobre o presente requisito de admissibilidade, por fim, interessante mencionar que, recentemente, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em pedido para figurar como *amicus curiae* no IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000, instaurado no processo nº 0135325-80.2016.8.19.0001, que ainda tramitava na 5ª vara da Fazenda Pública, defendeu que o IRDR não poderia ter sido admitido porque a afetação deveria ser feita apenas quando o processo chegasse ao TJ, e não enquanto o processo ainda está em primeira instância.

Entretanto, o relator do IRDR no Órgão Especial do TJ-RJ, não considerando ser a *pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal* um requisito para a admissibilidade do incidente coletivo, argumentou que não faz sentido restringir o instituto somente a ações que tramitam no tribunal. Segundo ele, isso seria um estímulo “à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia”. E continuou, “Já que o Código de Processo Civil prevê a

²⁷ Idem.

possibilidade de juiz pedir a instauração do incidente, é desnecessária a existência prévia de recurso ou ação originária no tribunal, que, neste caso, julgará apenas o incidente, fixando a tese jurídica. Em outros termos, dar-se-á aqui uma cisão cognitiva, pois compete a este Órgão julgar apenas o incidente e ao primeiro grau julgar a causa contida no feito originário”.

Na ocasião, a Defensoria contra-argumentou, dizendo que “Tal proceder, salvo melhor juízo, desafia a literalidade da norma do parágrafo único do artigo 978 do novo Código de Processo Civil e também o sistema adotado pelo novo Código de Processo Civil para o julgamento de casos repetitivos (...) O incidente de resolução de demandas repetitivas é, como seu próprio nome demonstra, um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em recurso (inclusive na remessa necessária)”.

A Defensoria destacou, ainda, que se não houver causa tramitando na corte, o próprio nome do instituto se esvaziaria, pois não seria um incidente, mas um processo originário. “E não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais (...) é possível concluir, com segurança, que o presente incidente não poderia ter sido instaurado no bojo do Processo 0135325-80.2016.8.19.0001, da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da capital, mas somente em causa pendente neste tribunal”.

2.3 Legitimação

Quem tem a legitimidade para a instauração do incidente, nos termos do artigo 977, I, do Código de Processo Civil, são: as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de petição; o juiz ou o relator, por ofício.

No que se refere às partes, podem requerer a instauração do IRDR não são somente aquelas que integram a relação jurídica

processual no tribunal, como também as que pertençam a processo que ainda tramita em primeiro grau de jurisdição, desde que a crise de direito existente seja idêntica a de alguma causa pendente de julgamento no tribunal correspondente.

Quanto à legitimação do Ministério Público, ela não decorre de estar atuando no processo como *custos legis*, resulta de sua legitimidade institucional para promover a ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, sempre que assuma relevância social²⁸.

A legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública se dá tanto quando atuam como parte como, também, quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria Pública estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais²⁹.

Verifica-se que a lei processual ampliou a legitimação para a instauração do IRDR, preservando, em parte, a coerência do sistema com as regras sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, ao viabilizar o requerimento da instauração pelas partes, Ministério Público e Defensoria Pública³⁰. Apenas as pessoas jurídicas de direito público e associações civis foram excluídas do rol de legitimados, o que ocorreu na última etapa legislativa, no Senado Federal.

2.4 Momento, Forma de Instauração e Distribuição

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1146.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraia, 2016, p. 637.

³⁰ TEIXEIRA, Paulo. [Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n. 5.869, de 1973)]. *Relatório Final*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 23/10/2016, p 63.

No que tange ao momento de instauração do incidente, para o relator é possível requerer até o início da leitura dos votos na sessão de julgamento.

Para os demais legitimados, via de regra, o requerimento de instauração do IRDR somente é cabível até o início da sessão de julgamento da causa pendente no tribunal. No entanto, nada impede que seja requerida em sustentação oral, pois, ainda não iniciados os votos.

Quanto à forma para a instauração, o ofício ou a petição devem ser instruídos com os documentos necessários à demonstração dos pressupostos para a instauração do incidente (art. 977, parágrafo, do NCPC) e endereçados ao presidente do tribunal competente.

Havendo apresentação de mais de um pedido perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente. Os posteriores à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, devendo ser considerados pelo julgador suas razões.

No que se refere à distribuição, apesar de dirigido ao Presidente do Tribunal, haverá distribuição interna do IRDR para o órgão colegiado (art. 981) que irá proceder ao juízo de admissibilidade e julgar o IRDR.

Presentes os requisitos de admissibilidade, a instauração do IRDR consiste em poder-dever para os tribunais competentes (não há discricionariedade), apesar da subjetividade de alguns dos requisitos de admissibilidade, tendo em vista a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, tais como as expressões “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”³¹.

Como forma se evitar decisões discricionárias, Marcus de Araújo Cavalcanti³² convenientemente propõe “a fixação de um critério objetivo, por intermédio de uma permissão legislativa para que o CNJ, com base em seus estudos e relatórios, fixe, prévia e periodicamente,

³¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 443.

³² Idem.

uma quantidade exata de processos repetitivos que permitiriam o requerimento e a instauração do IRDR”. E continua, “Outra opção seria o NCPC estabelecer uma quantidade mínima de requerimentos de instauração do IRDR a serem apresentados por diferentes legitimados, no decorrer de um período fixado no Código”.

2.5 Competência

A competência para o julgamento e instauração do IRDR é do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal do respectivo Estado ou região. Cada tribunal tem competência para, em seu regimento interno, estabelecer qual o órgão competente para decidir a respeito da admissibilidade e julgar o IRDR. O Código de Processo Civil só exige, em seu artigo 978, *caput*, que o órgão indicado pelo Regimento Interno seja um daqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Acrescenta o professor Cássio Scarpinella Bueno³³ que

A regra convida também ao entendimento de que a admissibilidade do incidente não deve ser feita *monocraticamente*. Trata-se de ato necessariamente *colegiado*. Ao relator, singularmente considerado, caberá a tomada de outras providências, tais quais as previstas no art. 982. Todas elas, todavia, pressupõe a prévia admissão, necessariamente *colegiada*, do incidente..

Regra especial de competência deverá ser observada quando arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, ocasião em que a competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal, de acordo com o que determina a cláusula de reserva de plenário (CF. 97).

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraia, 2016, p. 639.

2.6 Desistência ou Abandono de Causa Pendente no Tribunal

No mesmo sentido do entendimento do STJ³⁴ acerca dos recursos repetitivos, a desistência ou abandono de causa pendente no tribunal não impede o exame do mérito do IRDR (art. 976, § 1º, do NCPC), em razão da existência de interesse público na fixação da tese jurídica a ser aplicada nos demais casos repetitivos³⁵.

O IRDR está ligado à política de perseguição do aprimoramento e racionalização da uniformização da jurisprudência e do aceleração da prestação jurisdicional, gerando maior previsibilidade e confiança na aplicação da lei. Não é o interesse individual que predomina e justifica esse instituto processual, e sim o interesse público. Portanto, a desistência do recorrente é inócua perante o julgamento que irá fixar a tese de direito aplicável aos inúmeros processos cuja solução se dará com fundamento na mesma norma submetida à análise interpretativa do tribunal³⁶.

Porém, admite-se o exercício do direito de desistência ou abandono de causa, sem que isso impeça o julgamento do IRDR, hipótese em que o Ministério Público assumirá a titularidade do incidente. Para tanto, é preciso que exista outra causa repetitiva pendente no tribunal, sob pena de julgar-se o mérito do IRDR sem o preenchimento de todos os requisitos para a sua admissibilidade.

³⁴ Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.067.237-SP.

³⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 440 e 441.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1146 e 1147.

2.7 Procedimento

Suscitado e distribuído o IRDR, ele será submetido à análise de admissibilidade, a ser feita pelo órgão colegiado competente para julgá-lo.

De acordo com o disposto no artigo 982 do Código de Processo Civil, admitido o IRDR o relator deverá suspender os processos pendentes que possam ser afetados pela decisão do incidente, individuais ou coletivos, desde que dentro da circunscrição territorial do tribunal.

Para tanto, deve comunicar, por meio de ofício, o teor da decisão de admissibilidade do IRDR, destacando que os processos repetitivos pendentes tiveram a tramitação suspensa por força da decisão de admissibilidade do incidente (313, IV em contraposição ao 982, I)³⁷.

Eventualmente a suspensão provocada pelo incidente poderá ultrapassar a circunscrição territorial do tribunal local em que sua instauração ocorreu. Isso porque o artigo 982, § 3º, visando à garantia da segurança jurídica, permite que qualquer legitimado do art. 977, II (partes) ou III (MP e DP) requeira ao Presidente do STJ ou STF, conforme o caso – como medida preparatória de futuro e eventual recurso especial ou extraordinário -, a suspensão de todos os processos em curso no território nacional. Depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.

³⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 444 e 445.

Segundo a professora Teresa Arruda Alvim Wambier³⁸ a parte que pode requerer a extensão da suspensão prevista no artigo 982, § 3º, do CPC é aquela de outro processo de mesmo objeto não alcançável pela competência do órgão que preside o incidente.

Nos termos do artigo 985, I, do Código de Processo Civil e do Enunciado n. 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a admissão do incidente também suspende os processos que tramitem perante os juizados especiais no mesmo Estado ou região do órgão prolator da decisão, o que não pode ser aceito ante o sistema de competências estabelecido na Constituição Federal, ponto este que será analisado com maior profundidade no capítulo subsequente.

Haverá a continuidade de tal suspensão caso haja a interposição de recurso extremo contra a decisão de mérito proferida no IRDR. Caso contrário cessará a medida suspensiva provisória (982, § 5º).

Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo repetitivo suspenso.

Havendo cumulação de pedidos simples, a suspensão dos processo será apenas parcial (Enunciado nº 205 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Se entender necessário, o relator deverá requisitar aos órgãos judiciais, informações a serem prestadas no prazo de 15 dias.

Humberto Theodoro Junior entende que se trata de medida excepcional, que só se justifica quando o pedido de instauração do incidente e a documentação que o instruiu não são suficientes para a identificação da questão de direito repetitiva e para a comprovação da multiplicidade das soluções que lhe vem sendo aplicadas³⁹.

Enquanto que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁰ entendem que

Embora o texto se refira às informações da autoridade judiciária por onde tramita o processo do qual se originou o IRDR, como faculdade do relator, entendemos ser obrigatória

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários cit., p. 1.407.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1150.

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1973.

essa requisição, dada a gama de situações que podem ocorrer no caso concreto, bem como o reflexo que poderá impactar não só o processo do qual se originou o incidente como os demais em que discute a mesma questão jurídica. Decidir sem informações será, em grande parte dos casos, uma temeridade.

Deverá o relator, outrossim, intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias (CPC. 982, III).

Ou seja, nos casos em que o Ministério Público não for requerente, ele, tendo em vista o interesse público e social que o incidente envolve, intervirá obrigatoriamente como *custos legis* e poderá assumir sua titularidade ativa em caso de desistência ou abandono (CPC. 976, § 2º).

2.8 Pedido de Distinção

Pode acontecer, por algum equívoco decorrente da má compreensão da questão jurídica objeto de discussão no IRDR, a suspensão de um ou mais processos que não versem sobre a mesma matéria que é objeto do incidente.

Nessa hipótese a medida cabível é o chamado pedido de distinção, que consiste em simples petição, onde o interessado, comprovando a distinção de seu caso e demonstrando fundamentadamente que seu processo versa sobre situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não abrangida pelo objeto do IRDR, requer o prosseguimento do processo.

Apesar de a lei não estabelecer procedimento para requerimento nesse sentido, no caso de IRDR, é aplicável, por analogia, o artigo 1037, §§ 8º a 13º, que versa sobre tal procedimento nos casos de recursos especial e extraordinário repetitivos⁴¹.

No mesmo sentido, estabeleceu o Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução e

⁴¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 448.

demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinário e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, *cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente*".

Dessa forma, o Magistrado do caso concreto repetitivo, assim que receber a comunicação da decisão de admissibilidade do IRDR, deverá intimar as partes para se manifestarem sobre a eficácia suspensiva da decisão. Intimado, o interessado pode demonstrar a distinção e requerer o prosseguimento do seu processo.

Na lição do professor Cássio Scarpinella Bueno⁴²:

Sobre a suspensão dos processos prevista no inciso I do art. 982, cabe acrescentar, com base no que, para o recurso extraordinário ou especial repetitivo, dispõem os §§ 8º a 13 do art. 1.037, que, da intimação respectiva, poderá a parte requerer o reexame da decisão respectiva, apresentando elementos que permitam a *distinção* entre o caso concreto e o que está sujeito ao tratamento no incidente de resolução de demandas repetitivas, requerendo, conseqüentemente, o prosseguimento do processo. A iniciativa é harmônica com o que o CPC de 2015 trata como "casos repetitivos" (art. 928) e mostra-se indispensável na compreensão do direito jurisprudencial. É indiferente, portanto, que ela não seja expressamente regradada no âmbito do incidente aqui examinado.

Contra a decisão que resolver o requerimento de distinção caberá agravo de instrumento ou agravo interno.

2.9 Prazo para Julgamento

O IRDR tem preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus, tendo o tribunal o

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 641.

prazo de um ano para o julgamento do IRDR (CPC. 980), contado da publicação da decisão de admissibilidade ou da decisão do STF/STJ que concede a suspensão em todo território nacional.

Superado o prazo cessa a suspensão dos processos repetitivos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (CPC. 980, parágrafo único).

Este prazo de um ano para o julgamento engloba, inclusive, eventuais recursos extraordinário e especial contra a decisão proferida pelo tribunal local ou federal. Na hipótese de o tribunal superior não conseguir julgar o recurso dentro desse prazo, o relator poderá ampliá-lo por meio de decisão fundamentada. O que não se pode admitir é uma prorrogação que eternize a paralização das ações individuais⁴³.

Como forma de maior controle dessa ampliação do prazo, de modo a evitar a indesejável eternização da lide, a justificção para a ampliação deve evidenciar não só a razão do não julgamento do incidente no prazo dado pelo Código, como também a *necessidade* de manutenção da suspensão dos processos. Indispensável será confrontar os (eventuais) benefícios que decorrerão (e quando) do julgamento do incidente com os (eventuais) prejuízos que decorrem da suspensão do processo, levando em conta o número de tutelas e urgências requeridas com fundamento no art. 982, §2º, do CPC. É necessário compreender que não há espaço para se entender *impróprios* os prazos judiciais, ainda mais diante do que estabelece o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal⁴⁴.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1153.

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 650.

2.10 Instrução

Na fase instrutória, antecedente ao julgamento de mérito, três sujeitos devem ser ouvidos pelo relator:

- a) as partes do processo pendente no tribunal;
- b) as partes (“demais interessados” CPC. 983, *caput*) dos processos repetitivos suspensos, que possuem a qualidade de assistente litisconsorcial, uma vez que o respectivo interesse equivale ao das partes do processo pendente no tribunal;
- c) os *amici curiae* (“demais interessados” e “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” CPC. 983, *caput*), que possuem interesse especial, manifestando-se em prol de interesses sociais de determinados grupos ou de algum seguimento da comunidade, e não em proveito próprio⁴⁵.

Tais interessados poderão, no prazo comum de 15 dias, requerer a juntada de documentos, bem como diligências necessárias para elucidar a questão de direito controvertida.

Em seguida é dada a oportunidade de o Ministério Público manifestar-se (CPC. 983, *caput*).

Além disso, para instruir o incidente, o relator tem também a faculdade de designar audiência pública quando achar conveniente, oportunidade em que ouvirá depoimentos de “pessoas com experiência e conhecimento” da matéria em discussão (CPC. 983, § 1º).

⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008, *passim*; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários cit.*, p. 1.408.

2.11 Sessão de Julgamento

Concluídas as diligências instrutórias, o relator solicitará data para o julgamento do incidente (CPC. 983, § 2º).

O julgamento do incidente começa com a exposição do seu objeto pelo relator (CPC. 984, I). Ato contínuo, podem sustentar de forma oral o autor e o réu do processo originário, bem como o Ministério Público. O prazo para a sustentação oral é de trinta minutos. Posteriormente, os demais interessados que estejam inscritos com dois de antecedência (CPC. 984, II) poderão sustentar, também no prazo de trinta minutos, que será dividido entre eles, podendo este prazo ser ampliado a depender do número de inscritos (CPC. 984, §1º).

Considerando o número de inscritos, o prazo das partes e dos demais interessados poderá ser ampliado (CPC. 984, §1º).

Há determinação (art. 984, § 2º) no sentido de que o conteúdo do acórdão proferido no julgamento do IRDR deve abranger a análise de todos os fundamentos suscitados em relação à tese jurídica discutida, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF e art. 489, § 1º, IV, do NCPC).

Portanto, o acórdão deve expor todos os fundamentos adotados e mencionar, um a um, aqueles que foram rejeitados, tudo de forma expressa.

2.12 Decisão de Mérito

A decisão proferida no âmbito do julgamento do mérito do IRDR tem efeito vinculante sobre todas as demais causas repetitivas, futuras inclusive, na área de competência do tribunal, mesmo que estejam em tramitação nos juizados especiais.

Extraí-se o citado efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* dentro da circunscrição territorial do tribunal que processou e julgou o IRDR da literalidade dos artigos 927, III e 985, I e II, do Código de Processo Civil.

Aqui cabe destacar a interessante e inovadora força vinculante atribuída por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 a uma série de decisões elencadas nos incisos do seu artigo 927, dentre elas aquela oriunda do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso aproximou o sistema processual brasileiro da *Common Law* por introduzir precedentes vinculantes.

O tema é polêmico, muito já se discutiu e ainda se discute sobre a possibilidade de a lei ordinária atribuir força vinculante à casos de jurisprudência, fora das previsões constitucionais. Relacionado com o assunto, o STF já considerou constitucional a Lei nº 9.868/1999, que estabeleceu efeito vinculante para todas as ações de controle de constitucionalidade, quando a Constituição só previa tal eficácia para as ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Naquela oportunidade a Suprema Corte decidiu que “o fato de a Constituição prever expressamente tal efeito somente no que toca à ação declaratória não traduz, por si só, empecilho constitucional a que se reconheça também, por lei, tal resultado à ação direta”.^{46 47}

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 1156.

⁴⁷ STF, Pleno, Rcl 1.880 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 07.11.2002, DJU 19.03.2004.

No mais, além do efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o artigo 332, III, do Código de Processo Civil permite a improcedência liminar do pedido caso ele contrarie o entendimento firmado na decisão de mérito do IRDR, desde que não seja necessária a produção de provas sobre os fatos alegados pelo autor.

E no caso de em determinado processo ser proferida decisão em dissonância da tese jurídica firmada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, será cabível reclamação contra essa decisão, nos termos do que viabilizam os artigos 985, § 1º e 988, IV, do CPC, o que mais a frente será melhor analisado.

No entanto, é bom lembrar que o acórdão oriundo do julgamento de mérito do IRDR, por não ocorrer com posição de lide, não faz coisa julgada material. Além disso, embora a tese jurídica firmada seja de observação obrigatória nos processos de mesmo objeto, não se pode cogitar de força executiva na espécie, porque não se procede à certificação da existência do direito ou da obrigação de ninguém⁴⁸.

2.13 Recursos no IRDR

Contra a decisão que julga o mérito do IRDR cabem embargos de declaração e recursos especial e/ou extraordinário, conforme a matéria discutida (CPC. 987). Nesses últimos dois casos, se a questão for apreciada, em seu mérito, pelo STF e/ou STJ, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos repetitivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Aliás, de plano, antes do julgamento do recurso, o tribunal superior competente pode determinar, de ofício, a ampliação da

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III, 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1141.

eficácia suspensiva a todos aqueles processos repetitivos em tramitação no território nacional, caso ainda não tenha sido formulado pedido nesse sentido anteriormente, conforme possibilita o artigo 982, § 3º, do CPC.

Esses recursos podem ser interpostos pela parte vencida, terceiro prejudicado (parte que tiveram os processos repetitivos suspensos), Ministério Público (seja como parte, seja como fiscal da lei) e o *amicus curiae*.

Nesses casos o recurso especial e o extraordinário devem obrigatoriamente ser recebidos no efeito suspensivo e se presume a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida (CPC. 987, § 1º).

Todavia, mesmo diante da presunção de repercussão geral, para fins do preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, indispensável se faz a abertura de tópico específico e fundamentado acerca da existência de repercussão geral do tema (CF. 102, § 3º), sob pena de inadmissão do recurso.

Nesses casos específicos de recurso extraordinário interposto contra decisão oriunda de julgamento de IRDR, o recorrente pode, como forma de cumprir o requisito de admissibilidade previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, se limitar a relatar que o decisório recorrido ocorreu em IRDR, estando dispensado de buscar outros argumentos para demonstrar a repercussão geral, diante da presunção legal e da dimensão social do acórdão proferido no âmbito do IRDR, que produz efeito *erga omnes*, ultrapassando os interesses individuais das partes do processo⁴⁹.

A presunção da existência de repercussão geral é importante para facilitar o acesso ao STF, que faz com que a uniformização jurisprudencial em matéria constitucional alcance todo o território nacional, atingindo assim, de forma completa, o objetivo do IRDR.

⁴⁹ CUNHA, Leonardo José 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, n. 193, p. 255-280, mar. 2011.

Sobre o cabimento dos recursos especial e extraordinário, que dependem de *causa decidida em única ou última instância*, contra o acórdão que julga o mérito do IRDR, o professor Cássio Scarpinella Bueno traz uma interessantíssima problemática:

A admissão de tais recursos pressupõe, portanto, a compreensão do incidente de resolução de demandas repetitivas com *causa decidida* pelos TJs ou pelos TRFs. Para aqueles que entenderem que o incidente é *causa*, surge problema de ordem diversa que, se não compromete o cabimento dos recursos extraordinários e especial, coloca em xeque a constitucionalidade de lei federal que *cria* competência para TRFs e TJs julgarem *causa* não prevista na CF (art. 108) nem nas Constituições dos Estados (art. 125, §1º, da CF). (...)

2.14 Divulgação e Registro Eletrônico no CNJ

As decisões de admissibilidade e de mérito do IRDR serão sucedidas da mais ampla e específica divulgação e publicidade, mediante inserção em cadastro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. É o que determina o artigo 979 do Código de Processo Civil.

Para tanto, o CNJ deverá criar cadastro público eletrônico em que as informações relativas às questões discutidas no IRDR serão registradas.

Cada tribunal tem que manter banco eletrônico de dados com informações específicas atualizadas sobre as questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro geral (CPC. 979, §1º).

O registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro tem que conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, como forma de viabilizar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente (CPC. 979, §2º).

Além disso, quando o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço público concedido, permitido ou

autorizado, o tribunal deve comunicar o resultado do julgamento ao órgão, ente ou agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (CPC. 985, § 2º).

Essas regras de publicidade e cadastramento eletrônico se aplicam também ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário (CPC. 985, §3º), institutos cuja função e objetivos coincidem com o do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tais medidas de publicidade têm duas funções: a) evitar a continuidade e o julgamento de ações individuais sem atentar para a necessidade de sujeição à tese de direito definida, ou em vias de definição; b) impedir a multiplicidade de incidentes de igual objeto, o que enfraqueceria a própria função do instituto, comprometendo-lhe a utilidade e eficácia⁵⁰.

Tendo em vista as funções das medidas de publicidade, pondera Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵¹ que

Deve-se permitir o acesso de qualquer cidadão a esse banco de dados, e não apenas ao profissional do direito. Isso não significa apenas a disponibilização da informação, mas também o acesso em termos da linguagem utilizada, que deve ser clara o suficiente para que o jurisdicionado compreenda a questão.

2.15 Revisão de Tese

Embora a tese jurídica fixada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas tenha o já mencionado efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ela não é, e nem poderia ser, eterna e intocável, podendo ser revista.

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários cit., p. 1.403.

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1971.

Há previsão expressa da possibilidade de revisão da tese firmada em IRDR no Código de Processo Civil (CPC. 986), mas não há regra acerca do seu procedimento, devendo ser utilizado, por analogia, o procedimento para revisão de súmula vinculante trazido pela Lei 11.417/2006⁵².

Somente o tribunal, de ofício, ou a Defensoria Pública e o Ministério Público, mediante requerimento, têm legitimidade para o pedido de revisão do entendimento fixado no julgamento de mérito do IRDR. Essa legitimação se extrai do disposto no artigo 986 do Código de Processo Civil, que menciona o tribunal e faz menção ao artigo 977, III, do Código de Processo Civil, que trata do Ministério Público e da Defensoria Pública, deixando de incluir as partes (CPC. 977, II) como legitimados a postular a revisão da tese jurídica firmada no IRDR.

Na escorreita visão do professor Cássio Scarpinella Bueno, “é imperioso sustentar que as partes *também* ostentam legitimidade para pedido de revisão, nos termos do texto aprovado pelo Senado Federal na sessão de 17 de dezembro de 2014, considerando-se não escrita, porque formalmente inconstitucional, a restrição contida no art. 986”⁵³.

De qualquer forma, enquanto não houver pronunciamento acerca da (in)constitucionalidade do art. 986, por meio de mecanismos de controle difuso ou concentrado, tal regra não poderá ser afastada, ante a presunção relativa de constitucionalidade das leis.

Nesse contexto, é bom lembrar que, havendo a possibilidade de os tribunais suscitarem a revisão de tese *ex officio*, nada impede que as partes façam requerimento a ele, que poderá acolhê-lo ou não, após o exame da presença de fundamentos para a revisão do precedente. No mesmo sentido, será possível que as partes provoquem o Ministério Público ou a Defensoria Pública para que formulem o pedido de revisão⁵⁴.

⁵² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 464.

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 651.

⁵⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. Cit., p. 463.

Quanto às partes acima citadas, cabe pontuar que não são aquelas do processo que originou o incidente. São as partes de outro processo novo ainda não julgado e que versa sobre a mesma questão de direito sobre a qual se estabeleceu o anterior julgamento vinculante⁵⁵.

O interessado na revisão deve demonstrar os argumentos fáticos e jurídicos que podem servir de baliza para demonstrar a necessidade de revisão da posição firmada no IRDR. Pode alegar, por exemplo, a revogação ou a modificação de texto normativo em que se fundou a decisão; ou a alteração econômica, cultural, política ou social referente à matéria decidida no IRDR.

Caso o tribunal acolha a revisão e altere a decisão, parcial ou totalmente, pode deliberar por modular os efeitos da decisão que vier a superar o entendimento anterior, como forma de respeitar a garantia da segurança jurídica.

É de bom tom que toda a publicidade e cautela previstas para o processamento do IRDR sejam cumpridas também na revisão das teses⁵⁶.

2.16 Isenção de Custas

Não serão exigidas custas processuais no IRDR. Essa isenção alcança também as custas processuais relativas a eventuais recursos interpostos no bojo do IRDR.

O problema que surge é que uma lei federal (o NCPC) não pode conceder a isenção de tributos recolhidos aos Estados, pois a União não tem competência tributária para tanto.

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários cit., p. 1.412.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III, 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1157.

2.17 Reexame Necessário nos Processos Repetitivos

Não se aplicam as regras do reexame necessário quando a sentença estiver fundamentada em entendimento firmado em IRDR, nos termos do artigo 496, § 4º, III, do NCPC.

2.18 Recursos nos Processos Repetitivos

O desembargador relator pode, monocraticamente, negar provimento (932, IV, “c”) a apelação que for contrária ao decidido em IRDR, bem como dar provimento (932, V, “c”) a apelação se a sentença recorrida for contrária ao decidido em IRDR.

Contra tal decisão monocrática cabe agravo interno.

Em face da decisão colegiada cabem recursos especial e extraordinário. Da mesma forma que o Desembargador relator, o Ministro relator pode, de forma monocrática, dar ou negar provimento ao recurso extremo, de acordo com a observância ou não da tese jurídica firmada no IRDR.

2.19 Reclamação nos Processos Repetitivos

Se os juízes e tribunais vinculados à decisão de mérito do IRDR não aplicarem nos respectivos casos repetitivos a tese jurídica adotada no julgamento do incidente, caberá reclamação da parte

interessada ou do Ministério Público para o tribunal que julgou o IRDR, a fim de garantir a observância da decisão vinculante proferida no incidente.

CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E PONTOS DE CONSTITUCIONALIDADE CONTROVERTIDA

Antes mesmo de adentrar nos princípios do processo na constituição que se correlacionam com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e nos respectivos pontos de constitucionalidade controvertida do instituto, importante tecer algumas considerações iniciais sobre os princípios.

Imprescindível ter-se em mente, inicialmente, que há polêmica até mesmo sobre o tema relativo aos conceitos e conteúdos de norma, princípio, regra, garantia e direito.

Segundo a teoria alexiana, por exemplo, as normas são o gênero, das quais os princípios e as regras são espécies.

Os princípios são normas com alto grau de abstração, que expressam um valor fundamental de nossa sociedade e servem de base para o ordenamento jurídico, acabando por integrar as lacunas normativas e servir de parâmetro para a atividade interpretativa.

No dizer sempre expressivo de Miguel Reale⁵⁷:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸ ainda destaca:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema

⁵⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 20 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 299.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.747-48.

normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Cândido Rangel Dinamarco⁵⁹ ensina que na ciência jurídica “o conhecimento dos princípios é responsável pela boa qualidade e coerência da legislação e também pela correta interpretação dos textos legais e das concretas situações examinadas”.

Por sua característica de norma estrutural os princípios estão hierarquicamente em posição superior na Lei Maior, conseqüentemente sua violação é grave de tal forma que representa uma insurgência contra todo o sistema, é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.⁶⁰

Há certo entrelaçamento entre os princípios que regem o ordenamento jurídico, uns advêm de outros e alguns em determinadas situações se contrapõem, quando deverá ocorrer a ponderação.

Na utilização do subprincípio da ponderação, pelo juízo de ponderação, se pretende alcançar parâmetros para a resolução do conflito entre princípios constitucionais quando ocorre a colisão entre eles. Um deles deverá ceder em face do outro a fim de se ponderar acerca da justiça da situação amparada, entretanto aquele “sacrificado” permanece válido e vigente.

Não obstante, é certo que o processo civil está subordinado aos princípios constitucionais gerais, dentre os quais se ressalta o princípio da dignidade da pessoa humana (CF. 1º. III), fundamento da República Federativa do Brasil, resistente à ponderação, pois o respeito e proteção da dignidade humana como dever fundamental do Estado Constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares.⁶¹

Tecidas as considerações iniciais sobre os princípios jurídicos, dentre os quais se encontram os princípios informativos e

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 196.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 748.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição.

fundamentais que atuam no processo, passaremos a análise detalhada dos que se relacionam com o IRDR dentre estes últimos.⁶²

3.1 Devido Processo Legal

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao seu texto o devido processo legal que ficou estampado em seu artigo 5º, LIV, remontando à *Magna Charta Libertatum* de 1215, editada por João Sem Terra, importantíssima no direito anglo-saxão. Diferentemente das antigas cartas, a Constituição atual se referiu expressamente ao devido processo legal.⁶³

O devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*, é a base sobre a qual todos os demais princípios e regras se sustentam, constitui um princípio constitucional fundamental do processo civil.⁶⁴

É o que chamamos de um superprincípio, pois ele coordena e delimita os demais princípios que norteiam tanto o processo como o procedimento. Além de inspirar e tornar realizável a proporcionalidade e a razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.⁶⁵

Aqui indispensável os dizeres de Humberto Theodoro Júnior⁶⁶: “devido processo legal é apenas um único princípio que liga indissociavelmente o processo às garantias outorgadas pela Constituição, em matéria de tutela jurisdicional.”

⁶² Arruda Alvim classifica os princípios como informativos e fundamentais. Os primeiros tratam dos princípios universais, são regras predominantemente técnicas. Os últimos “são diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas”, possuindo uma carga ideológica significativa e uma característica de comportar princípios antagônicos entre si (Manual de Direito Processual Civil, 14.ed., São Paulo, RT, 2011, v. I, p.43-44)

⁶³ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 21ª edição. p. 92/93.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol.01. 51ªedição. p. 90.

⁶⁶ Idem.

Ele é consagrado pelo conjunto de normas do direito processual e nos leva à observância das formas para a tramitação das causas em juízo. Contudo, não é somente mero procedimento desenvolvido em juízo, pois atua sobre mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar o provimento jurisdicional, compreendendo, para tanto, as garantias do juiz natural (CF. 5º. XXXVII), de acesso à justiça (CF. 5º. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF. 5º. LV) e de fundamentação das decisões judiciais (CF. 93. IX). Tais princípios ajudam a garantir a tutela dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos. Trata-se, portanto, de gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.

Desta forma, a Constituição preserva a liberdade e os bens, garantindo que o seu titular não os perca por atos não jurisdicionais do Estado. Ainda, o Judiciário deve observar as garantias inerentes ao Estado de direito, e deve respeitar a lei, assegurando a cada um o que é seu.

O devido processo legal pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, mas também a realização da vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. Dessa forma, a lei infraconstitucional só é aplicada se não ofender a Constituição.

Ele não indica somente a tutela processual, como também possui sentido genérico e sua caracterização se dá de forma bipartida, de modo a proteger o que de direito material e processual, uma vez que foi concebido pela atual Constituição em sua forma mais ampla, observando-se o trinômio vida-liberdade-propriedade.⁶⁷

O devido processo legal em sentido material - *substantive due process* - se manifesta em todos os campos do direito, tendo lugar como exame da questão dos limites do poder governamental. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis.⁶⁸

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição. p. 81.

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição. p. 81.

Já em seu sentido processual - *procedural due process* - o significado é mais restrito, sendo, em síntese, a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão do modo mais amplo possível.

Assinala Humberto Theodoro Júnior⁶⁹ que: “a exemplo da Constituição italiana, também a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar “a razoável duração do processo” e os meios que proporcionem “a celeridade de sua tramitação”.

Neste diapasão, a EC n.45 assegurou a todos, tanto no âmbito judicial como no administrativo, a razoável duração do processo, como garantia para a celeridade de sua tramitação. No entanto, essa previsão já estava contemplada na Constituição de 1988, uma vez que há existência do princípio do devido processo legal e do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF. 37. *caput*).

O devido processo legal é a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam. Segundo Nelson Nery Junior⁷⁰ “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.”

A doutrina diz, por exemplo, serem manifestação do devido processo legal a publicidade dos atos processuais⁷¹, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito⁷², a igualdade das partes, assim com os postulados do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular⁷³.

Portanto, dada a dimensão desse princípio, os pontos de constitucionalidade controvertida do IRDR que adiante serão

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol.01. 51ª edição. p. 91.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 106.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 133.

⁷² MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 441.

⁷³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição, *RP* 53/81.

estudados, por suposta afronta a outros princípios processuais constitucionais, significariam consequentemente afronta ao devido processo legal.

3.2 Contraditório e Ampla Defesa

Em primeiras linhas, tem-se que o consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do princípio do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.⁷⁴

Além da íntima relação com princípio da igualdade entre as partes e o direito de ação, o contraditório constitui fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, uma vez que ao se garantir o contraditório e a ampla defesa, têm-se como manifestação tanto o direito de ação quanto o direito de defesa.⁷⁵

O princípio do contraditório, com assento constitucional, **vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial**, sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir ou debater a prova que se produziu. (g.n.) (STJ. Resp. 74.472/DF. Rel. Min. Asfor Rocha. DJU de 24.06.96.)

Sendo a garantia do contraditório inerente às partes litigantes, cabe ao juiz o dever de assegurar-lhes o contraditório, participando de forma ativa na observância do mesmo.

O contraditório acaba por resultar de duas exigências: a de se dar ciência aos réus da existência do processo e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão da parte contrária. O juiz tem que ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. 51ª edição.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição.

manifestar, e ciência do que se passa, pois que sem tal consentimento não terão condições adequadas para se manifestar.⁷⁶

Ele está previsto como garantia fundamental, no art. 5º, LV, da Constituição Federal que dispõe:

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Busca-se a inexistência da decisão “surpresa”, ou seja, a solução de questões não previamente debatidas perante as partes. Logo, a parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento.

Na esfera cível o contraditório concede às partes a oportunidade de resistir à pretensão formulada pela parte contrária, ficando assegurada, também, a possibilidade de não resistir. A defesa é um ônus, podendo o réu apresentá-la ou não, tanto nos processos que versem sobre interesses disponíveis quanto indisponíveis. É certo que, a opção por não se defender acarretará em presunção de que os fatos narrados na inicial são verdadeiros.

Assim, diferentemente do processo penal, no processo civil o contraditório tem menor amplitude, porque neste último a revelia não configura ofensa ao contraditório.

Verificada a citação, ato que implementa, por excelência, o contraditório, o réu poderá deduzir resposta, como também poderá concordar com o pedido do autor (reconhecimento jurídico do pedido), acarretando na extinção do processo com resolução do mérito a favor do autor.⁷⁷

Assim, a mera possibilidade que se dá ao réu de manifestar no processo atende o postulado do contraditório, não havendo necessidade da dedução de resposta.

Conforme lição de Humberto Theodoro Júnior⁷⁸:

A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que

⁷⁶ RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquematizado, 2ª edição.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol.01. 51ª edição. p. 99.

procede a exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvam matéria de ordem pública. Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional.

Isto quer dizer que, mesmo quando do julgamento das questões legalmente asseguradas como de ofício, tem o Magistrado o dever de ensejar às partes oportunidade para produzirem alegações, sendo indispensável para o julgador que os argumentos dos litigantes sejam considerados e analisados, tanto para acolhida como para rejeição.

Cabe pontuar que, quando é deferida liminar “*inaudita altera parte*”, tendo em vista o risco de dano irreparável ou quando o contraditório pode colocar em risco o provimento jurisdicional, não há ofensa a este princípio, uma vez que o contraditório será realizado *a posteriori*, para viabilizar o cumprimento da determinação judicial.

Fala-se, resumidamente, em três consequências deste princípio: só há relação processual completa após a citação, toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes e a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores.

A ofensa ao princípio do contraditório caracteriza cerceamento de defesa, causa de anulação processo ou procedimento.

Por derradeiro, consigne-se que muito embora a ampla defesa e o contraditório se assemelhem, aquela significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem a pretensão ou defesa no processo, com a possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor recursos cabíveis contras as decisões, abrindo espaço para que o litigante exerça, sem restrições, seu direito de defesa.

Nesse contexto, importante lembrar, como já explanado anteriormente, que a decisão do IRDR, seja ela favorável ou desfavorável, alcançará com força vinculante todos os processos repetitivos.

O fato de também a decisão desfavorável alcançar com força vinculante os processos repetitivos é que tem gerado controvérsias quanto a constitucionalidade do IRDR, tendo em vista o devido processo legal e o princípio do contraditório.

Isso porque, parte da doutrina entende que a inexistência de previsão no Código de Processo Civil para o controle judicial da adequação da representatividade, como pressuposto para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo, viola o contraditório.

Segundo Georges Abboud e Marcos Araújo Cavalcanti⁷⁹:

Para que a decisão de mérito *desfavorável* proveniente do IRDR seja aplicada vinculativamente aos processos repetitivos, é preciso que o sistema processual brasileiro assegure o *devido processo legal* e, por consequência, o princípio do contraditório aos litigantes abrangidos pelo incidente processual coletivo. E a única forma de garantir a observância desses princípios constitucionais é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adoção dessa técnica processual nada mais é do que um método de adaptação do *princípio constitucional do contraditório* ao *devido processo legal social ou coletivo*.

Nessa linha de entendimento, o tribunal precisa assegurar, em observância ao devido processo legal, se o representante é suficientemente qualificado tecnicamente, moralmente e financeiramente para levar ao IRDR todas as questões e teses jurídicas discutidas nos processos repetitivos e para agir em juízo na defesa das posições jurídicas relacionadas às questões jurídicas discutidas nas demandas repetitivas⁸⁰.

Por outro lado, na contramão desses argumentos, há expressa previsão legal (CPC. 983, *caput*) no sentido de que o relator ouvirá as partes e os demais interessados (leia-se as partes dos processos repetitivos suspensos, que possuem a qualidade de assistente litisconsorcial), que poderão requerer a juntada de documentos, bem

⁷⁹ ABBoud, Georges. Cavalcanti, Marcos de Araújo. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) e os riscos ao sistema decisório*. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808, p. 6.

⁸⁰ ABBoud, Georges. Cavalcanti, Marcos de Araújo. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) e os riscos ao sistema decisório*. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808, p. 7.

como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. E, além disso, é facultado ao relator designar audiência pública (CPC. 983, §1º).

Isso sem contar que no julgamento do IRDR poderão sustentar suas razões, além do autor e réu do processo originário, o Ministério Público e as partes dos processos repetitivos suspensos (demais interessados) (CPC. 984, II, “a”) e “b”), sendo imprescindível que o acórdão julgador do IRDR abranja a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida (CPC. 984, § 2º).

E nem se pode dizer ferido o contraditório para as partes de processos futuros, na medida em que é assegurada a possibilidade de revisão da tese jurídica firmada (CPC. 986). Nesse ínterim, a prática jurídica mostra que, frequentemente, reconhece-se a superação de um precedente, quando ele está obsoleto e desfigurado ou quando é absolutamente injusto e/ou incorreto.

Como esclarece Leonardo Greco⁸¹, o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando a técnica de superação denominada *overruling*. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

Corroborando com essas disposições é bom lembrar também que 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 (CPC. 979).

Tendo em vista as citadas imposições e possibilidades trazidas pela legislação, que indubitavelmente viabilizam o amplo e efetivo contraditório, não há se falar na violação deste, desde que levado a sério pelos magistrados o vigente Código de Processo Civil.

⁸¹ GRECO, Leonardo. “Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. Revista Dialética de Direito.

Se o atual diploma processual não for levado a sério, o problema é outro, e bem mais grave e diferente do que a suposta inconstitucionalidade do IRDR.

3.3 Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle judicial, também conhecido como princípio do direito de ação e acesso à justiça, está estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Neste importante dispositivo constitucional se encontra plasmado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão do qual, somente o Poder Judiciário tem jurisdição, sendo o único Poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada.

Este princípio garante à todos o acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, estando contemplados os direitos individuais e coletivos em sentido amplo.⁸²

Ele se traduz no direito de ação em sentido amplo, adicionando o dever junto ao Poder Judiciário de resposta aos requerimentos a ele dirigidos, resultando no direito do jurisdicionado de obter do Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Assim, a omissão do magistrado frente ao seu dever de fazer atuar a jurisdição configura causa de responsabilidade judicial.

As principais características do direito de ação são: a autonomia, pois embora vise proteger um direito material não se confunde com o mesmo, além de não depender da efetiva existência deste direito para que possa ser exercido; o caráter genérico, uma vez que é atribuído a todos os cidadãos; a natureza subjetiva, em decorrência do fato de a necessidade de provocar o exercício da jurisdição ser um direito subjetivo de cada indivíduo; a natureza

⁸² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição.

pública, tendo em vista que é exigido contra o Estado e, por fim, fala-se também em ser um direito abstrato, porque independe do resultado final do processo.

Como os direitos sociais e as garantias fundamentais, este princípio deve ser interpretado de forma ampla, ou seja, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.

Não se pode perder de vista, ainda, ao dever daqueles que participam da atividade judicial de atuar do modo mais produtivo e empenhado possível para assegurar o acesso efetivo à justiça.

Outrossim, decorre da inafastabilidade da jurisdição a impossibilidade de o magistrado eximir-se de sentenciar alegando obscuridade ou lacuna da lei, devendo, quando isto ocorrer, utilizar-se dos costumes, dos princípios gerais do direito e da analogia.⁸³

Assim, pode-se dizer realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, pois o objeto deste direito subjetivo, como já dito, é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado. Mas é Indubitável que a sentença extintiva, sem julgamento do mérito, não implica ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Para a análise da pretensão é necessário o preenchimento dos pressupostos processuais, quais sejam, a legitimidade das partes e o interesse processual. Ausente quaisquer dos pressupostos processuais o processo será extinto sem a resolução do mérito.

Diferente da sentença terminativa decorrente da falta de pressupostos processuais, as restrições estranhas à ordem processual violam este princípio, como a que condiciona o direito de ação ao prévio esgotamento das vias administrativas (salvo a hipótese do art. 217, §1º, da CF, relacionado à Justiça Desportiva) ou ao prévio recolhimento de débito nas ações anulatórias ou declaratórias envolvendo dívidas fiscais.⁸⁴

⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição.

⁸⁴ RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquematizado. 2ª edição.

Enfim, o acesso à justiça é um direito social básico primordial que tem de ser concretizado com o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Sobre o princípio em questão, há entendimento doutrinário no sentido de que o artigo 982, I, do Código de Processo Civil é inconstitucional por violá-lo.

Como já demonstrado no presente estudo, o citado artigo estabelece que, admitido o incidente o relator suspenderá todos os processos pendentes dentro de sua circunscrição territorial.

Para quem defende a inconstitucionalidade do instituto, a suspensão não pode ser obrigatória. Se o jurisdicionado quiser que seu processo não fique suspenso ele tem direito de exigir, tendo em vista a garantia fundamental assegurada pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Exatamente neste sentido segue a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁸⁵:

Evidentemente que se a parte quiser que seu processo prossiga, tem o direito de assim exigir, de acordo com a CF 5.º XXXV, porquanto fere a garantia constitucional do direito de ação a determinação compulsória da paralisação do processo, em virtude da instauração do IRDR. As garantias fundamentais da CF 5.º têm, ontologicamente e em sua essência, a oponibilidade contra o Estado e o direito da coletividade. Não há interesse público que possa contrapor-se às garantias fundamentais da CF.5º.

Por outro lado, há quem defenda a inconstitucionalidade do instituto por violação ao direito de ação diante da impossibilidade de a parte do processo pendente prosseguir com sua demanda individual e optar por não ser atingida pela decisão de mérito que será proferida no incidente.

É o chamado direito de auto exclusão (*opt out*) que fica preterido em razão da completa vinculação do IRDR. O que na visão de Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti⁸⁶ fere o direito fundamental de ação. Segundo estes Autores o “sistema processual

⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1972.

⁸⁶ ABOUD, Georges. Cavalcanti, Marcos de Araújo. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) e os riscos ao sistema decisório*. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808.

deve sempre assegurar ao litigante o direito de opção”, e continuam, “essa possibilidade de escolha decorre do direito fundamental de ação, de sorte que o legislador não pode criar uma forma de vinculação absoluta *pro et contra* sem estabelecer mecanismos processuais que assegurem seu pleno exercício.”

De acordo com os mencionados Autores, para que não haja essa afronta constitucional, faz-se necessário assegurar aos litigantes dos processos repetitivos o direito de optarem pela não participação no julgamento do IRDR, seja por meio do *opt-out* ou do *opt-in*⁸⁷.

No mesmo sentido segue o entendimento de Júlio Rossi⁸⁸:

Os regimes jurídicos do IRDR e do processo coletivo, que tutela os direitos individuais homogêneos, devem passar por uma reflexão.

Os direitos individuais homogêneos (direitos divisíveis, cujos titulares são ou podem ser determináveis e tenham experimentado lesões ou danos divisíveis em razão derivados de origem comum) tutelados de forma coletiva podem, sem dúvida, gerar demandas assemelhadas, mas nem por isso, o microssistema processual estabelecido entre a Lei 7.347/1985 (LACP) e Lei 8.078/1990 (CDC) se mostra inidôneo ou superado para a solução dos conflitos de massa.

Evidentemente que a sistemática regradada no microssistema não impede que existam demandas individuais repetitivas – mesmo pendente ação coletiva cujo objeto seja a tutela de um direito individual homogêneo – até porque a Constituição Federal confere, na qualidade de direito fundamental, o acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV, da CF/1988). O que o Código de Defesa do Consumidor, no entanto permite, é uma integração entre o direito de ação e a possibilidade de aproveitamento da coisa julgada favorável aos titulares de direitos tomada na ação coletiva.

Não há como tolher o direito de ação de um indivíduo que não pretende aderir a um processo coletivo. É uma opção do titular de um direito homogêneo ingressar em uma ação coletiva, na qualidade de litisconsorte (vinculando-se ao resultado da lide coletiva), como também suspender sua demanda individual para aproveitar o resultado favorável estabelecido naquela, ou, ainda, não se vincular ao pronunciamento exarado na ação coletiva. Essas posturas são conferidas pelo direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988) e pelo devido processo legal (art. 5.º, LV, da CF/1988).

Assim, a parcela da doutrina que sustenta que a sistemática coletiva adotada no Brasil não exclui do indivíduo a possibilidade de, sozinho, postular em juízo na defesa de direito que é seu, mas que, comumente, é também compartilhado por muitas outras pessoas”, nada mais faz do que reconhecer um direito fundamental do cidadão.

⁸⁷ No *opt-in* a parte interessada deve optar positivamente por participar do julgamento.

⁸⁸ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. vol. 208, 2012, p. 234.

Ainda no que tange ao princípio constitucional do direito de ação, enquanto acesso à justiça, atribui-se inconstitucional a previsão de vinculação da decisão do IRDR aos processos futuros, alegando-se, até mesmo, que tal vinculação ocasiona o engessamento da jurisprudência, por inviabilizar uma alternativa de modificação jurisprudência, na medida em que as novas causas já nascem vinculadas.

De forma diametralmente oposta àqueles que defendem a inconstitucionalidade do IRDR por afronta ao direito de ação, Renato Xavier da Silveira Rosa⁸⁹ sustenta que, na verdade, o IRDR é um meio de Acesso à Justiça, razão pela qual se faz necessário no ordenamento jurídico:

Essa busca pela molecularização das demandas se insere no contexto da terceira onda renovatória, identificada por Cappeletti e Garth, segundo a qual é preciso se conceber mecanismos processuais que permitam o efetivo acesso à justiça. Nessa linha, é o tratamento coletivo de demandas individuais repetitivas, massificadas, que irá efetivar o acesso de tais litigantes individuais e amortizados à Justiça. (...) acesso à Justiça, de certo, deve ser concebido não como mera admissão ao processo, mas como pacificação com justiça, que não pode ser obtido pelo tratamento incorreto de demandas repetitivas como se individuais puras fossem.

No mais, em que pese as respeitáveis manifestações no sentido de que a suspensão ocasionada pela decisão de admissibilidade do IRDR e a vinculação da decisão de mérito do IRDR, sem a possibilidade de a parte do processo pendente prosseguir com sua demanda individual, afrontam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se pode perder de vista que da forma como instituído pela lei processual o instituto não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, apenas o posterga em prol da isonomia e da segurança jurídica.

Nessa situação o mais indicado é a utilização da ponderação. O direito de ação deve ceder momentaneamente em face da segurança jurídica, eficiência, razoabilidade e da isonomia, que também é um

⁸⁹ 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. 2010. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Disciplina "Temas Centrais do Processo Civil I — DPC 5851-1/1") — Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010, p. 6 e 7.

direito fundamental. Mas isso não quer dizer que o direito de ação é sacrificado, ele apenas é diferido, na medida em que oportunamente será concedido o provimento jurisdicional.

Não se pode olvidar que o IRDR veio para assegurar e dar efetividade a garantia fundamental da democracia, qual seja, a de que todos são iguais perante a lei, pois a igualdade em direitos abrange a igualdade no provimento jurisdicional de crises de direito idênticas.

Também não se pode perder de vista que, via de regra, o IRDR será julgado em 1 (um) ano (CPC. 980, *caput*) e que a tese jurídica só será aplicada aos casos futuros que versem idêntica questão de direito se não houver revisão de tese (CPC. 985, II). Ou seja, é assegurada a revisão de tese (CPC. 986), o que afasta o argumento no sentido de engessamento da jurisprudência.

3.4 Isonomia

A Constituição vigente adotou o princípio da igualdade de direitos, conforme se depreende dos artigos 5º, *caput* e 7º, incisos XXX e XXXI, instituindo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

O princípio da isonomia no cunho processual se traduz na igualdade na lei, tendo como destinatário tanto o legislador, quanto o intérprete (autoridade pública).

Os primeiros destinatários, no exercício da edição normativa, devem criar leis de modo a tratar pessoas que se encontram em situações idênticas da mesma forma, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Logo, normas que criam diferenciações abusivas são incompatíveis com a Constituição.

Enquanto que o segundo destinatário, em sua atividade cognitiva/interpretativa deve aplicar a lei de forma igualitária. Aliás, sob este enfoque, Alexandre de Moraes⁹⁰ leciona:

(...) em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá usar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas (...) Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.

Todavia, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, da mesma forma que os iguais têm de ser tratados com igualdade, os desiguais devem ser tratados de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades, uma vez que o que se proíbe são diferenciações arbitrárias.

Nesta linha de pensamento Nelson Nery Júnior⁹¹ ensina que: “verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico.”

E continua:

Assim, a norma do CPC 125 I teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A título exemplificativo, uma diferença apontada na lei processual pode referir-se a uma desqualificação econômica ou processual da parte, justificando o tratamento diferenciado em seu benefício. Esta discriminação em dispositivos legais quando *justas* são constitucionais, pois desiguam corretamente os desiguais, em total plenitude com o princípio da isonomia.

Especificamente sobre o tema em questão, leciona Humberto Theodoro Júnior⁹²:

É que o relacionamento social passou, cada vez mais, a girar em torno de interesses massificados, interesses homogêneos, cuja tutela não pode correr o risco de ser dispensada pela Justiça de maneira individual e distinta, isto é, com a possibilidade de soluções não idênticas, caso a caso. Esse risco põe em xeque a garantia basilar da democracia, qual seja, a de que, perante a lei, todos são necessariamente

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 32.

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10ª edição. p. 99.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III, 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1139.

iguais. Se assim é, no plano dos direitos materiais, também assim haverá de ser no plano do acesso à justiça e da tutela jurisdicional proporcionada a cada um e a todos que demandam. A igualdade em direitos seria quimérica, se na solução das crises fossem desiguais as sentenças e os provimentos judiciais.

Imprescindível promover-se uma necessária redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal de isonomia frente ao Direito e não apenas frente à lei.

Decerto que o princípio constitucional da igualdade obriga tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis (em sentido amplo) ou da atuação da Administração Pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional.

Nesse sentido, a igualdade, como bem apontado por Luiz Guilherme Marinoni⁹³, não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou a igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais. Isso porque não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta. Isso, definitivamente, viola a noção comum de igualdade e justifica a atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas no julgamento de mérito do IRDR, que deve ser visto como baliza para a solução de casos futuros.

Nesse contexto, a isonomia se entrelaça com a segurança jurídica, na medida em que é possível extrair deste princípio (como corolário da proteção da confiança) não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais - e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento - como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes. O respeito aos precedentes

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *A força dos precedentes*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: JusPodivm, 2010, p. 228-233.

garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

Diante disso, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios. Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É também preciso - e, igualmente, exigível - que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função extraprocessual da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação para as partes envolvidas naquele processo específico da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que poderá ser por eles invocado para justificar e legitimar sua conduta presente. Assim, a regra segundo a qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas há de ser vista de modo mais contundente (CPC. 489, §1º), entendendo-se como adequado não qualquer fundamento exposto pelo órgão jurisdicional, mas sim aquilo que se reputa como fundamento útil para a solução do caso e para a perfeita identificação de uma tese jurídica anteriormente fixada.

Além de violar a isonomia e a segurança jurídica, há infringência ao princípio da razoabilidade quando fração do órgão

jurisdicional insiste em entregar tutela colidente com o entendimento pacífico daquele que está submetido.

3.5 Duração Razoável do Processo

A emenda constitucional 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII, no artigo 5º, que dispõe: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Corolário do *due process of law*, o princípio da razoável duração do processo ocupa lugar especial nos modernos estudos do processo constitucional, no intuito de que o processo seja célere e rápido, observando-se os direitos de cada cidadão brasileiro.

Ao inserir a duração razoável do processo entre os direitos fundamentais, na tentativa de acelerar o processo, buscou-se uma solução à já conhecida mora do Poder Judiciário, até porque “a justiça atrasada não é justiça, é injustiça qualificada”, como diria Rui Barbosa.

É certo que a celeridade é um direito fundamental do cidadão. A solução judicial tem que se dar em um prazo razoável, em conformidade com o art. 5º LXXVIII da nossa Lei Maior, todavia devemos também salientar que a celeridade não poderá se afastar de outros princípios basilares do direito, como, v.g., a segurança jurídica, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, entre outros. Estes princípios devem coexistir com a razoável duração do processo.⁹⁴

Destarte, por mais vasto que seja o desejo da sociedade pelos ritos mais rápidos, jamais se pode esquecer o devido processo legal.

Merece aqui espaço as elucidativas advertências de Barbosa Moreira⁹⁵:

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. 2004, p. 5.

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.

Sob a perspectiva da razoável duração do processo, o IRDR pode vir a corroborar, e muito, para que esse direito fundamental seja concretizado, na medida em que ele viabiliza, após a formação de determinada tese jurídica no julgamento do mérito do incidente, a prolação de decisões mais rápidas em outros processos, principalmente futuros, por meio da facilitação da atividade cognitiva do magistrado. Acresça-se isso, ainda, a possibilidade de prolação de sentença liminar de improcedência quando a inicial almeja tese já rechaçada em caso semelhante julgado sob a sistemática do IRDR, bem como julgamento monocrático de recursos aos tribunais quando a decisão recorrida diverge ou vai ao encontro de tese jurídica firmada por meio do IRDR.

Mas sempre é bom lembrar que o instituto almeja não só essa maior economia e celeridade na prestação jurisdicional, como também maior qualidade na resolução das demandas, o que é proporcionado pela ampla, profunda e democrática discussão que precede seu julgamento.

3.6 Separação Funcional de Poderes

A separação de poderes tem sido objeto de consideração ao longo da história por grandes pensadores e culminou no modelo tripartite conhecido atualmente. O modelo tripartite atual consiste em atribuir a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções legislativa, executiva e judiciária.

O tema atravessou épocas, sendo uma doutrina que surgiu com o objetivo fundamental de limitar o poder do homem, impedindo que este o use indiscriminadamente.

Apesar de inicialmente esboçado por Platão, Aristóteles e, posteriormente, por John Locke, foi Montesquieu quem consagrou a tripartição de poderes com as devidas repartições de atribuições da forma como conhecemos hoje.

Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem atribuições próprias, que são aquelas específicas e determinadas a cada esfera de poder, a quem cabe exercê-las com exclusividade. Também possui atribuições constitucionalmente instituídas, que legitimam um determinado poder a exercer as funções próprias a outra esfera de poder. Trata-se do conhecido sistema de freios e contrapesos, que consiste na prática da delimitação de um poder por outro.

Necessária é a existência do poder como braço coercitivo do Estado, que o leva a impor determinados atos ao conjunto social. O que deve ser verificado é a forma de distribuição desse poder, se concentrado exclusivamente nas mãos de uma pessoa ou na distribuição de funções a determinados órgãos independentes e harmônicos entre si, numa verdadeira divisão funcional de poderes, em que um poder é limitado a todo tempo por outro poder, o que se afigura como sendo a alternativa mais coerente, uma vez que há um balanceamento controlado no exercício do poder⁹⁶.

A teoria tripartite, segundo Montesquieu, consiste em atribuir ao Estado três esferas de poder, quais sejam: o Legislativo, segundo qual se fazem as leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou revogam as leis que já existentes; o Executivo, que se ocupa o príncipe ou magistrado da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões e; o Judiciário, que dá ao príncipe ou ao magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.

A ideia de não deixar nas mesmas mãos citados poderes visa coibir desmando, pois a história mostra que todo o homem que tem o poder é levado a abusar dele.

⁹⁶ http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura acessado em 03.10.2016.

Assim, para que não possam abusar do poder é preciso que o poder freie o poder. A desconcentração do poder é um remédio constitucional que procura estabelecer uma relação de equidade, onde nenhum poder faça de si mesmo condição de absoluto poder dentro das relações entre os membros da sociedade.

A evolução do princípio da Separação dos Poderes no Brasil acompanhou a teoria tripartite até os dias atuais, atravessando épocas, mas sem perder a sua essência, sua razão de ser, que é delegar atribuições a órgãos distintos, desconcentrando o poder demasiado e sem limites.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a Separação dos Poderes em seu artigo 2º como princípio fundamental, sendo certo que a classificação tripartite adotada no modelo constitucional pátrio e também na maioria das organizações de governo das democracias ocidentais não é obra exclusiva de uma pessoa, mas sim fruto de anos de desenvolvimento teórico e prático realizados por diversas mentes, em diferentes momentos da história.

Citado princípio fundamental é cláusula pétrea (CF. 60, §4º, III), o que evidencia o tamanho de sua importância e o cuidado que o legislador constituinte originário teve ao estabelecer os seus fundamentos na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência, dentro de uma visão harmônica.

Os poderes, reunidos em órgãos, possuem funções estabelecidas pelo legislador constituinte originário, que as distribuiu de forma que cada um dos poderes tivesse características predominantes concernentes à sua esfera de atuação, sem, contudo, estabelecer exclusividade absoluta no exercício desses misteres. Prova disso que a todo momento um Poder interpenetra-se na esfera de atribuição de outro por essa expressa determinação constitucional, a fim de que se aplique o mecanismo chamado de freios e contrapesos desenvolvido por Montesquieu como verdadeiro caracterizador da harmonia entre os poderes.

Pode-se citar, como exemplo da interpenetração de Poderes, a nomeação pelo Presidente da República dos ministros dos tribunais superiores, bem como a atividade legislativa exercida através das Medidas Provisórias. Também vemos as atribuições judiciais do Poder Legislativo quando julga o Presidente da República em crimes de responsabilidade, além das funções legislativas do Poder Judiciário, ao elaborar os regimentos internos de seus Tribunais e ao preencher as lacunas da lei⁹⁷.

A interferência de um poder na esfera de atribuição de outro só pode ocorrer para impedir abusos, para propiciar a real harmonia entre os poderes ou ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções específicas.

No que se refere as atribuições dos poderes, verifica-se que ao Poder Legislativo cabe legislar e fiscalizar, além de exercer alguns controles que, segundo Alexandre de Moraes, pode ser o político-administrativo e o financeiro-orçamentário. Pelo primeiro, cabe a análise do gerenciamento do Estado, podendo, inclusive, questionar atos do Poder Executivo. Já pelo segundo, cabe estabelecer que preste conta qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelo qual a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigação de natureza pecuniária.

Ao Poder Executivo competem os atos de chefia de Estado e de governo. De Estado quando exerce a titularidade das relações internacionais. De governo quando assume as relações políticas e econômicas assumidas no plano interno, típico do sistema presidencialista adotado no Brasil.

Enquanto que ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional, consistente na aplicação da lei a um caso concreto que lhe é apresentado como resultado de um conflito de interesses.

Para que o princípio da separação de poderes continue a perseguir o ideal para o qual fora criado, de dividir o poder estatal de

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 33 Ed. Ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 137.

forma equânime e harmônica, é necessário que sejam observadas as delimitações de atribuições de cada esfera de poder, observando o princípio da igualdade de direitos.

Assim, uma vez atribuído efeito vinculante ao julgamento de mérito firmado no IRDR por meio de legislação ordinária, questiona-se a constitucionalidade de tal previsão, sob o argumento de que a vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da *independência funcional* dos magistrados e à *separação funcional de poderes*⁹⁸.

Isso porque, atribuir efeito vinculante a determinada decisão judicial dá a ela força de lei, o que viola o princípio da separação funcional de poderes.

Segundo Júlio César Rossi⁹⁹:

Com efeito, a decisão firmada no IRDR possui a mesma carga de eficácia das súmulas vinculantes, com um agravante: não há amparo constitucional, o que nos leva a arriscar a afirmação que o art. 988 do PLC 8.046/2010 é inconstitucional. (...) Salienta-se que, nem mesmo em processos incidentais de constitucionalidade, há objetividade automática dos efeitos das decisões judiciais para outros processos, sendo necessário o reconhecimento da repercussão geral pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e aplicação do disposto no art. 52, X, da CF/1988, em ato privativo do Senado Federal (somente assim seria atribuído efeito *erga omnes* à decisão)

No mesmo sentido Nelson Nery Junior¹⁰⁰ também defende a inconstitucionalidade da vinculação prevista no artigo 927 do Código de Processo Civil:

O sistema constitucional brasileiro estabelece a autonomia e independência do Poder Judiciário relativamente aos demais poderes do Estado (CF 2.º). Dentro do Poder Judiciário o juiz tem independência jurídica, devendo decidir de acordo com a Constituição e as leis do País, com fundamento na prova dos autos. Não há hierarquia jurisdicional entre órgãos do Poder

⁹⁸ ABOUD, Georges. Cavalcanti, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808. P. 4.

⁹⁹ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. vol. 208, 2012, p. 234). No mesmo sentido, ver, Marcelo Barbi Gonçalves. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. Revista de Processo, vol. 222, 2013, p. 231.

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1965.

Judiciário, salvo no caso de o tribunal, exercendo sua competência recursal, cassar ou reformar a decisão recorrida. Para mudar essa configuração constitucional é necessário haver modificação do texto da CF, para nela constar, expressamente, que os tribunais podem legislar por intermédio de súmula simples, orientações do plenário ou do órgão especial. Contudo, há hipóteses em que a CF confere a alguns pronunciamentos do STF, caráter vinculante aos demais tribunais e juízes. São eles a súmula vinculante e o julgamento de procedência da ADIn. Outra vinculação, aqui sim, hierárquica, é do provimento de recurso contra decisão judicial. Os limites constitucionais – e não pode haver outros – da vinculação de juiz e tribunal são somente os seguintes: A) Súmula vinculante do STF (...). B) Julgamento de mérito de ADIn e ADC (...). C) Recurso provido (...) A vinculação, aqui, dá-se apenas no caso concreto e não pode projetar-se para além do processo em que foi proferida a decisão que deu provimento ao recurso. (...)

E conclui “A vinculação prevista no CPC 927 é, portanto, inconstitucional, porquanto não veio precedida da imprescindível e necessária autorização constitucional expressa”.

No entanto, pode-se dizer que o julgamento oriundo do IRDR não tem força de lei. Ele, na verdade, trata da interpretação da lei, tanto que se restringe a questão unicamente de direito. Portanto, ele vincula a forma de interpretação e aplicação a determinado caso concreto de determinada lei pré-existente.

Diante disso, não haveria se falar em violação ao princípio de separação funcional de poderes.

Também fazendo um contraponto a suposta inconstitucionalidade da vinculação da decisão do IRDR, é bom lembrar que o juiz está subordinado aos Tribunais Superiores, pois vivemos em um sistema de hierarquia, não havendo, portanto, violação à independência funcional dos magistrados.

3.7 Violação ao sistema de competências da Constituição

Por fim, é também sustentada a inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 985, I, do Código de Processo Civil, que é no sentido de que a tese jurídica fruto do julgamento de mérito do IRDR

se aplica em face dos processos que tramitam nos juizados especiais, sob o argumento de que se viola o sistema de competências da Constituição.

No mesmo sentido, questiona-se a constitucionalidade da possibilidade de suspensão de processos nos juizados especiais do mesmo estado ou região respectivos ao Tribunal de Justiça ou Regional onde foi admitida a instauração do incidente.

Não restam dúvidas quanto a real inconstitucionalidade dessas previsões. Isso porque, para efeitos jurisdicionais, os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. Ou seja, por força do arranjo de competências fixado na Constituição Federal, os tribunais locais e regionais não possuem competência recursal sobre os juizados especiais de seu território. Não é outra a inteligência do artigo 105, I, d, da Constituição Federal¹⁰¹.

Sobre o assunto, leciona Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰² que:

o TJ pode reformar decisão de juiz de direito, mas não decisão do juizado especial. Esse é o sentido da vinculação de que trata a CF 105 I d: o juiz de direito é 'vinculado' ao TJ, mas o juiz do juizado especial não o é. Como não há subordinação das decisões do juiz do juizado especial ao TJ, esse juiz é 'não vinculado' ao TJ para efeitos jurisdicionais. Assim, o caso concreto trata de conflito entre juízes vinculados a tribunais diversos (o juiz de direito é 'vinculado' ao TJ: o juiz do juizado especial é 'vinculado' à turma recursal)

Inaceitável é o alcance vinculante de uma tese jurídica fixada em incidente processado e julgado em órgão jurisdicional estranho ao microssistema dos juizados especiais. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 586789/PR¹⁰³, já deliberou que

¹⁰¹ ABBoud, Georges. Cavalcanti, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (ir dr) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808. P. 13.

¹⁰² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante cit. p. 1866-1867.

¹⁰³ No mesmo sentido: STF, Pleno, RE 586.789/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011, Repercussão Geral – Mérito Acórdão Eletrônico, DJe-039, Divulg. 24.02.2012, Public. 27.02.2012; STF, Pleno, CComp 7.081/MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.08.2002, DJ 27.09.2002, p. 00117.

os juizados não estão submetidos aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais.

CONCLUSÃO

Com a realização do presente estudo buscou-se demonstrar, pormenorizadamente, a finalidade e os reflexos da criação do Incidente de Demandas Repetitivas. Para tanto, caminhou-se desde a origem do instituto, por meio da análise de técnicas semelhantes, passando-se pela sua estruturação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pela concreta aplicação do dispositivo e pelos pontos principais de constitucionalidade controvertida.

Sem dúvida há, e ainda haverá, muita discussão quanto à constitucionalidade de algumas normas que tratam deste mecanismo processual. Discussão esta que continuará a existir até que o Supremo Tribunal Federal coloque um ponto final no assunto.

Os que se posicionam quanto à inconstitucionalidade, assim entendem por acreditarem na baixa maleabilidade dos princípios constitucionais processuais. Enquanto que, para defender a constitucionalidade, faz-se necessário vislumbrar a possibilidade da cessão de alguns princípios em dados momentos, sem ferir maiores garantias, para dar efetividade a outros princípios, quais sejam, o da segurança jurídica, da economia processual, da razoável duração do processo e da isonomia.

Ao que parece, no máximo, há se falar em constitucionalidade duvidosa sobre alguns pontos do instituto.

Imperioso ter em mente que o novo Código de Processo Civil não é mesmo igual ao sistema de precedentes da *common law*. E nem era para ser. O sistema criado pelo novo diploma processual foi totalmente adequado a nossa realidade.

Alguns pontos do IRDR são, indubitavelmente, inconstitucionais, como, por exemplo, a suspensão e vinculação da

sua decisão também aos processos em trâmite perante os juizados especiais, quando o incidente é admitido por tribunal regional ou estadual.

Outros pontos, no entanto, como a vinculação da decisão de mérito inclusive para processos futuros, a inexistência da possibilidade de auto exclusão e o fato de a decisão desfavorável alcançar com força vinculante os processos repetitivos, são de constitucionalidade duvidosa.

A técnica do incidente de demandas repetitivas, assim como a do incidente de assunção de competência, do julgamento de recursos repetitivos, somados à repercussão geral e às sumulas vinculantes, nada mais são do que textos normativos que demandam interpretação para a sua aplicação¹⁰⁴.

E, em relação aos mencionados pontos de constitucionalidade duvidosa, a análise proposta neste estudo possibilita exatamente uma interpretação sistemática e teleológica da lei frente ao modelo constitucional do processo civil, onde se verifica a constitucionalidade e utilidade da norma.

Além disso, é certo que a inocorrência da violação de valores fundamentais à nossa sociedade acontecerá na medida em que a norma seja corretamente aplicada.

Demais disso, em que pesem as intrigantes controvérsias sobre a (in)constitucionalidade do instituto, não podemos olvidar que ele é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, que veio de forma a ajudar a desafogar a crise (qualitativa e numérica) do Poder Judiciário, prestando maior celeridade, efetividade, economia e igualdade no provimento jurisdicional daqueles feitos sem maiores peculiaridades, cuja tese idêntica já foi amplamente discutida.

O IRDR, sem sombra de dúvidas, é a pedra de toque do novo Código de Processo Civil. É a mais significativa inovação trazida, sendo mais um importante passo no caminho iniciado pelo regramento

¹⁰⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfiças. Revista de Processo | vol. 259/2016 | p. 307 - 329 | Set / 2016 | DTR\2016\22779, p. 325/13.

dos recursos repetitivos, visando afastar a insegurança jurídica e garantindo a isonomia.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. Cavalcanti, Marcos de Araújo. ***Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) e os riscos ao sistema decisório***. Revista de Processo | vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 14^a ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraia, 2016, p. 639.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**, 2: tomo I. 2. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

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*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**/ Marcos de Araújo Cavalcanti. – Salvador: JusPODVIM, 2015.

CUNHA, Leonardo José 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, n. 193, p. 255-280, mar. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 Ed. Ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**, São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRECO, Leonardo. “**Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**”. Revista Dialética de Direito.

LÉVY, Daniel de Andrade. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil examé à luz da Group Litigation Order britânica**. Revista de Processo, São Paulo, v. 196, p. 165-205, jun./2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes**. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: JusPodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **As Ações Coletivas e meios de resolução coletivas de conflitos no Direito Comparado e Nacional**. 3 ed. rev., atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme. BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2012, v. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. – 10. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 edição. Ver., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise da relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 20 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil esquematizado**, 2ª edição revista e atualiza. São Paulo: Editora saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças**. Revista de Processo | vol. 259/2016 | p. 307 - 329 | Set / 2016 | DTR\2016\22779.

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**. 2010. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Disciplina "Temas Centrais

do Processo Civil I — DPC 5851-1/1") — Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010.

ROSSI, Júlio César. **O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Revista de Processo. vol. 208, 2012.

STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil**. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 193, 2011.

TEIXEIRA, Paulo. [Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei n. 5.869, de 1973)]. *Relatório Final*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 23/10/2016.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O processo civil na nova Constituição, RP 53/81**.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III**, 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. Ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.