

ESTABILIDADE OBJETIVA DO IRDR

Escritos sobre congruência e eficácia vinculante

DANIEL VIANNA VARGAS

Mestre em Direito Processual/UERJ. Mestre em Direito (mestrado próprio)/Universidade de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (Espanha). Juiz de Direito TJRJ.

Resumo: O presente trabalho pretende tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas sob perspectiva prática e teórica. Na primeira parte será realizada análise genérica do incidente e da possibilidade de aplicação de institutos e regras concernentes à Teoria Geral do Processo ao novel mecanismo de construção de decisões paradigmáticas. Posteriormente, o texto cuidará especificamente do objeto do incidente e da necessidade de sua correta identificação e estabilização, em respeito às garantias processuais.

Sumário.

1. Introdução. 2. O IRDR. Origens e natureza jurídica. 3. Estabilidade objetiva da demanda. 4. Provocação, juízo de admissibilidade e mérito do IRDR. 5. Congruência objetiva, contraditório e publicidade no IRDR. 6. Coisa julgada e eficácia vinculante no IRDR. Questões prejudiciais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Federico Carpi – citado por Humberto Dalla no curso do PPDG da UERJ – aponta que atualmente a tripartição de poderes nas Repúblicas mostra-se obsoleta, tratando especialmente da produção legislativa pelo Judiciário por meio dos chamados precedentes judiciais¹.

¹ CARPI, Federico. *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*. RePro 257/2016, onde se lê: “Se ben pensate, la nostra obsoleta tripartizione dei poteri è un argine non irrilevante. Tornando ad essa ancor oggi l’art. 5 del code civil di Napoleone vieta gli arrêts de reglément, che erano decisioni, con efficacia di legge, emesse dagli antichi Parlaments pre-rivoluzionari, che svolgevano attività giurisdizionali. Ma oggi chi si sentirebbe di negare che, anche nei Paesi di civil law, le sentenze delle

Dalla ainda esquematiza – de forma impecável – as funções da jurisdição na contemporaneidade, afirmando-a um fenômeno complexo, multifacetado, com enfoque dinâmico a depender da matéria a ser levada ao Judiciário: viés garantista; viés cooperativo (além de espaço de preservação e um espaço de colaboração – mitigação do *adversarial system*); um viés customizado – adaptabilidade procedimental; um viés uniformizador (evitar decisões colidentes sobre a mesma questão) função nomofilática (nomofilática) dos tribunais; viés coletivo – tutela dos direitos plurindividuais (tutela coletiva por meio dos julgamentos repetitivos – IRDR, Repetitivos); e, por fim, um viés pacificador, diante de uma nova concepção do acesso à Justiça.

No presente texto, nos interessa o enfoque no papel uniformizador dos tribunais, bem como o tratamento coletivo de direitos individuais.

2. IRDR. Origens e natureza jurídica.

Dentre muitas, provavelmente a principal inovação do atual Código de Processo Civil (CPC) nacional, lei 13.105 de 16.03.2015, seja o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto nos arts. 976-987, inserido na Parte Especial, Livro III, Título I, Capítulo VIII.

Geograficamente posicionado na parte do Código que trata dos processos nos tribunais, ontologicamente pertence ao microsistema de mecanismos de uniformização e/ou padronização de decisões judiciais.

Rechaçamos, desde logo, sua categorização como precedente, pela expressa circunscrição do objeto do incidente às questões unicamente de direito, fator que impede o cotejo analítico e exercício de *distinguishing*, características fundantes de um sistema de precedentes.

Taruffo afirma que “*o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, sendo necessário que o significado da regra jurídica usada como critério de decisão venha “concretizado” para referi-lo à solução do caso particular: não se compreende o precedente se a interpretação da norma em que nele foi aplicada não venha diretamente relacionada com a hipótese concreta (fattispecie) que foi decidida*”².

Corti supreme creano precedenti, che finiscono per orientare e vincolare di fatto, se non di diritto, gli altri giudici?”.

² TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Civilistica.com || a. 3 . n. 2. 2014.

Marinoni esclarece a distinção, afirmando que o IRDR “*se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às rationes decidendi firmadas pelas Cortes Supremas*”³.

Conforme Dalla e Aragão, o incidente encontra melhor definição como mecanismo de julgamento por amostragem que produz decisões definidoras de teses jurídicas⁴.

Segundo a exposição de motivos do CPC de 2015, com vistas à diminuição do número de recursos, busca-se uma jurisprudência mais uniforme e estável, sendo que a uniformização de entendimento dos tribunais acerca de teses jurídicas concretiza o princípio constitucional da isonomia, sendo que o principal instrumento previsto para tal desiderato é o IRDR cuja técnica de julgamento “*consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta*”, sendo admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia que gere multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

A mesma exposição de motivos assinala a inspiração do IRDR no direito alemão, especificamente no *Musterverfahren*, sendo que Mendes, em robusta e recente obra sobre o tema, traz um catálogo de outros institutos que são equivalentes históricos no direito comparado, dentre eles: as *test claims* norte-americanas e inglesas, a previsão contida na legislação de fundos de investimento da Suíça, a extensão de efeitos na jurisdição contenciosa administrativa da Espanha, a *Group Litigation Order* (GLO) da Inglaterra e do País de Gales, o *Pilot-judgement procedure* da Corte Europeia de Direito Humanos, além dos dois sistemas do *Musterverfahren* na Alemanha⁵.

Muito embora a exposição de motivos seja expressa quanto à referência, existem distinções quanto ao processo-modelo e ao procedimento-padrão alemães e o IRDR, em

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos Extraordinário e especial repetitivos*. Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro *in O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. RePro. Vol. 259/2016. P. 405-435. Set. 2016.

⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense. 2017, pag.27.

sua redação final, notadamente quanto à unidade ou cisão do julgamento e do objeto do incidente.

Nesse particular, grassa controvérsia na doutrina acerca da natureza jurídica do IRDR. Se formalmente, não há grande discussão quanto à sua classificação como incidente processual⁶, materialmente existe dissenso categórico, sendo que parte da doutrina entende que o mesmo possui natureza de ação, exercício concreto de jurisdição, enquanto outra parcela significativa sustenta tratar-se de processo objetivo, de natureza abstrata.

O parágrafo único do art. 978 dispõe que: *“O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”*.

Com base na literalidade do dispositivo legal, sustenta-se que não há cisão de julgamento, sendo que o órgão colegiado julgará tanto o incidente quanto o processo originário.

Esse, aliás, foi o entendimento adotado em um dos primeiros julgamentos de IRDR no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo que durante o julgamento da apelação nº 0001398-20.2015.8.19.0044, o relator suscitou o IRDR com a finalidade de uniformização quanto à questão jurídica compreendida naquele processo. A competência para o julgamento do IRDR (Seção Cível) é distinta da competência para o julgamento da apelação (Câmara Cível), por previsão legal.

No julgamento do IRDR 0018608-85.2016.8.19.0000, o relator da Seção Cível afirmou categoricamente que efetuará *“o completo exame da matéria, sem encontrar-se emoldurado pelas teses jurídicas controvertidas inicialmente apontadas, que serviram de base tão somente para o melhor exercício do juízo de admissibilidade do incidente”*. Prosseguiu, afirmando que *“no julgamento da causa paradigma, buscar-se-á a inferência das principais premissas (teses) jurídicas que servirão para nortear, de modo uniforme, o julgamento das inúmeras ações em curso, que repetem o mesmo thema decidendum”*. Para finalizar, asseverou que *“na visão do relator o incidente de resolução de demandas repetitivas é processo concreto, com julgamento da causa paradigma, sendo que do bojo dessa decisão haverá a extração das teses jurídicas que servirão como padrões de julgamento, uniformizando as ações em curso”*.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho: *Teoria Geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 242.

Não houve cisão de julgamento. Julgou-se o processo originário – negou-se provimento à apelação – e, em virtude de sua “afetação” como IRDR, fixou-se no decorrer do julgamento as teses jurídicas que foram consideradas pertinentes para resolução da questão jurídica.

Curioso notar que no andamento da apelação verifica-se que a mesma permaneceu suspensa, aguardando a Câmara Cível o julgamento do IRDR pela Seção Cível. Entretanto, a própria apelação foi julgada nos autos do IRDR, como se houvesse um deslocamento da competência em razão do disposto no art. 978, parágrafo único.

Em sentido diametralmente oposto, no julgamento do IRDR 0032321-30.2016.8.19.0000, o entendimento da Seção Cível Especializada seguiu pela linha do processo abstrato. A questão jurídica dizia respeito sobre a legitimidade passiva nas demandas que versam sobre limitação de descontos em empréstimos consignados, especificamente se a mesma pertence às instituições bancárias ou à fonte pagadora.

Infere-se que o processo “paradigma” (0015170-85.2016.8.19.0021) não versa sobre a questão jurídica adotada como objeto do IRDR, não sendo apontada a fonte pagadora como ré e tampouco havendo alegação nesse sentido. Ou seja, inexistia a controvérsia sobre a questão de direito no processo originário.

Segundo Mendes e Aragão, o IRDR “será instaurado no curso de um processo individual que verse sobre controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica diante da possibilidade de coexistência de decisões antagônicas”⁷.

Basta, portanto, singela análise casuística da doutrina e da parca jurisprudência sobre o tema para verificar a dificuldade de compreensão e entendimento sobre o instituto, podendo se cogitar da necessidade de uniformização do próprio mecanismo de uniformização. Houvesse vingado a redação original quanto à possibilidade da instauração no caso de risco potencial de multiplicação da controvérsia, seria possível e pertinente (sem qualquer ironia) a instauração imediata de um IRDR para padronizar o próprio IRDR.

O entendimento quanto à natureza jurídica substancial do incidente – se processo concreto ou abstrato – demanda subjetiva ou objetiva – é crucial e repercute num

⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. RODRIGUES, Roberto De Aragão Ribeiro. *Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo | vol. 211/2012.

espectro considerável de situações jurídicas, com consequências variáveis, sendo o intuito do presente texto é analisar o tema especificamente quanto ao objeto do incidente.

Pontuaremos a relevância na identificação da questão jurídica e, por via de consequência, a necessidade de correlação entre o pedido de instauração, o juízo de admissibilidade e o julgamento de mérito do incidente, com reflexos pertinentes quanto ao contraditório, publicidade e eficácia.

3. Estabilidade objetiva da demanda.

Calamandrei já afirmava que “*A jurisdição exercida de ofício, em que o órgão julgador procede por iniciativa própria, sem aguardar a solicitação do sujeito agente, repugnaria o conceito que modernamente se formou sobre a função do juiz, o qual, para manter-se imparcial, deve esperar ser requerido e limitar-se a fazer justiça a quem a pede; e se nos contarem que um juiz, sem requerimento algum, foi em busca de descobrir os erros para corrigi-los, seríamos obrigados a considerá-lo, ao invés de um herói da justiça, um perturbado perigoso, do tipo Don Quixote e do lendário sapateiro Mesina*”⁸.

As considerações acima, contudo, dizem respeito à visão clássica de jurisdição. Defende-se que, hodiernamente, cabe ao Judiciário papel supletivo à atividade legislativa, na interpretação das normas, não se limitando a atuação jurisdicional à resolução individual de casos concretos e conflitos individualizados⁹.

Não obstante crítica ácida à expansão do Judiciário e ao ativismo judicial por parcela significativa da doutrina¹⁰, o fato é que o Código de Processo Civil de 2015

⁸ CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de accion. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1961. p. 140, (tradução livre).

⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense. 2017, pag.103.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Revista de Processo | vol. 189/2010, onde se lê: “*Há de verificar que parte dos adeptos do ideal de um processo com esta marcante função social e sem neutralidade normativa acreditam que o juiz ativo funciona como verdadeiro canal de comunicação da carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos normativos, sendo o intérprete quem possui sensibilidade na busca solitária do bem comum. Porém, com Habermas podemos perceber o equívoco da credulidade na existência de um ethos concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, pois neste percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos standards de valor fundamentais, impedindo que um sujeito solitário, órgão ou entidade possam encontrar sozinhos os valores dessa comunidade*”.

encampou – em linha de princípio – essa postura em algum de seus institutos e, dentre eles, o IRDR.

Dessa forma, resta clara a necessidade de adaptação dos conceitos tradicionais concernentes à Teoria Geral do Processo aos novos mecanismos de padronização decisória inseridos nessa nova concepção de atividade jurisdicional.

De entrada, a característica de inércia da Jurisdição e o processo entendido como método de resolução de conflitos de interesses devem sofrer temperamento.

Normalmente, o objeto do processo delimita a atividade jurisdicional, constituindo o ato inicial um projeto de provimento.¹¹

Noutro aspecto, Liebman sustentava que *“para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão extra petita) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. (...)”*¹².

Prestigiosa doutrina nacional pontua (citando léxico) que *“objeto é tudo que física ou moralmente se apresenta e se oferece aos nossos sentidos ou à nossa alma (Caldas Aulete). Tal é o objeto do processo, que se coloca diante do juiz, à espera do provimento que ele proferirá afinal. Por objeto do processo se designa o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa. Ele é, afinal, a res in iudicium deducta, da linguagem tradicional. É sobre ele que o juiz se considera autorizado e obrigado a pronunciar-se e a sua identificação mostra-se relevante não só para a já aludida delimitação do provimento, como também para temas como a litispendência, coisa julgada, a prejudicialidade, ação declaratória incidental, alteração e cúmulo de demandas”*.¹³ Dinamarco termina por tratar como sinônimos o objeto do processo e o mérito da causa.

O CPC de 2015 trata do mérito do incidente expressamente nos artigos 976, § 1º e 987, *caput*, sem maiores observações.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito no processo civil*. RePro 34/1984, onde se lê: *“é na demanda inicial que havemos de procurar os elementos que determinam o conteúdo e traçam os limites do provimento a ser proferido pela autoridade jurisdicional. Propondo a demanda, a pessoa descreve uma situação de vida em sociedade e pede a solução que alvitra”*.

¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 53.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito no processo civil*. RePro 34/1984.

Para os fins a que se destina o presente trabalho, identificamos como mérito ou objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas a controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Estão previstos, ainda, outros pressupostos, que dizem respeito à efetiva repetição de processos e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o que se extrai da leitura do art. 976 do CPC de 2015.

Como assinalado, pretendeu o legislador, com o incidente, a resolução conjunta de questão comum de direito, objetivando uniformização da jurisprudência e segurança jurídica.

Mais uma vez, percuciente o alerta de que se trata de função jurisdicional anômala, basicamente edição de normas abstratas prospectivas. Todos aqueles que tenham um conflito de interesses, cuja solução judicial dependa da análise da questão de direito resolvida pelo IRDR, receberá o mesmo tratamento, ainda que não tenha participado do processo originário ou do processo no qual se formou a decisão padronizada.

Nos termos dos arts. 979 e 983 do CPC, a publicidade e a participação do Ministério Público, interessados e *amicus curiae*, são medidas necessárias para afastar o risco de ofensa ao contraditório.

Todavia somente é possível prestigiar minimamente o contraditório se houver a devida identificação da questão jurídica – o objeto ou o mérito do incidente. Mais, há necessidade de sua estabilização e, principalmente, uma vez estabilizado objetivamente, faz-se imperiosa a correlação entre o julgamento do IRDR e a questão jurídica estabilizada, não sendo possível julgamento extra petita.

Tradicionalmente, a estabilização da demanda tem como fundamento a segurança jurídica vinculada ao princípio da correlação desde a petição inicial, passando pelo exercício do contraditório e alcançando ápice nos limites objetivos da coisa julgada.

Ainda que não haja demanda na acepção jurídica clássica do vocábulo, as regras quanto à estabilização objetiva devem alcançar de forma plena o objeto do IRDR, sendo este consubstanciado, como explicitado, pela controvérsia sobre questão unicamente de direito.

A importância se dá não somente pelo necessário respeito ao contraditório – o que não é pouco – mas, igualmente, para a delimitação objetiva da eficácia vinculante, sob pena de ofensa clara ao princípio da não-surpresa e do acesso à Justiça, que serão melhor examinados adiante.

Salutar a advertência da doutrina com a eficácia vinculante advinda dos resultados de julgamentos por amostragem, nos casos de litigiosidade repetitiva¹⁴: “*uma técnica de causa piloto ou de procedimento modelo somente terá condições de formar precedentes se a deliberação se der de tal modo que todos os argumentos relevantes sejam levados em consideração (como prescrevem os arts. 10 e 489, §1º, inc. IV, 927, §1º, CPC-2015)*”.

4. Provocação, juízo de admissibilidade e mérito do incidente.

O art. 977 do CPC cuida em seu *caput* dos legitimados para requerer a instauração do incidente e no parágrafo único dos documentos essenciais à sua propositura, fazendo remissão aos pressupostos elencados no artigo anterior.

Deve-se requerer a instauração do incidente, mediante ofício ou petição, com documentação que demonstre a existência de controvérsia sobre mesma questão de direito em uma pluralidade de processos e que a perenidade da controvérsia cause risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Logo, no ofício ou na petição inicial pelos quais se pede a instauração, deverá o requerente identificar claramente a controvérsia sobre questão unicamente de direito.

Delimita-se, nesse momento – ao menos inicialmente – o mérito ou o objeto do incidente. Se o IRDR se presta a uniformizar a jurisprudência através da decisão conjunta sobre uma mesma questão de direito que vem gerando controvérsia em sua interpretação e aplicação, vale concluir que é essa controvérsia que delimita o âmbito de cognição e julgamento do incidente.

Ainda que se entenda – com base na literalidade do art. 978, parágrafo único do CPC –, que não existe cisão do julgamento, o exercício anômalo da jurisdição com a atribuição de sentido ao direito somente possui (alguma) legitimidade se esse exercício se der mediante provocação.

Mesmo nos casos em que o pedido de instauração do incidente tenha sido formulado pelo juiz, não se configura atuação jurisdicional *ex officio*, eis que o órgão competente para admissão e julgamento do IRDR foi provocado.

¹⁴ NUNES, Dierle. Bahia, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 57, jul./set. 2015, onde se lê: “E aqui já se apresenta uma advertência, especialmente quando se associa um microsistema de litigiosidade repetitiva (como o previsto no CPC-2015, art. 928), técnica de gerenciamento processual (case management e court management), como ferramenta idônea e adequada de formação de precedentes, quando dos julgados se extraem *ratione decidendi* acidentalmente, como a prática brasileira demonstra há anos. Fundamentos determinantes são identificáveis acidentalmente no Brasil”.

O art. 981 do CPC dispõe que o juízo de admissibilidade terá como função verificar a presença dos pressupostos do incidente, dentre os quais, a correta identificação no pleito exordial da controvérsia sobre questão exclusivamente de direito.

Dessa forma, o ofício ou a petição, no que concerne ao âmbito de cognição, vinculam o órgão responsável, tanto na admissibilidade, quanto no julgamento do incidente. Entendimento contrário significaria ofensa ao princípio do dispositivo e do contraditório.

Nesse mesmo sentido, Didier e Temer que defendem a sistematização de uma decisão de organização do incidente logo após o juízo de admissibilidade, na qual se fará a formalização daquele juízo preambular, especialmente no que diz respeito à admissibilidade e aos limites objetivos do incidente, com a definição da questão jurídica e identificação das circunstâncias fáticas que ensejaram a controvérsia. Dizem os autores que: *“é neste ato que o relator irá adotar as medidas para viabilizar que a definição da tese jurídica seja legítima, sob a perspectiva de oportunizar a efetiva divulgação de sua instauração e o engajamento dos sujeitos envolvidos no debate”*¹⁵.

Esclareça-se que não existe vinculação do relator do incidente ao processo originário, uma vez que pode haver mais de um ato de provocação ou mais de um processo modelo. A vinculação se dá em relação à questão jurídica identificada na inicial do incidente. A discordância quanto à existência da controvérsia sobre questão exclusivamente de direito em processos múltiplos, bem como no que tange ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica levarão à inadmissibilidade do incidente, não sendo possível, contudo, a modificação do objeto do incidente – *ex officio* – nesse juízo de admissibilidade.

Defendemos, portanto, que efetuado o juízo positivo de admissibilidade, ocorre a estabilização do objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas pelas razões expostas.

A congruência objetiva entre o ato de provocação e o juízo de admissibilidade tem esteio no dispositivo e no contraditório.

Nessa linha de raciocínio – com mais razão – necessária a correlação entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, não se permitindo modificação objetiva da demanda representada pela controvérsia sobre questão de direito no curso do incidente.

¹⁵ DIDIER Jr., Fredie. TEMER, Sofia. *A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal*. RePro vol. 258/2016.

Não desconhecemos que abalizada doutrina¹⁶ defende que existe possibilidade da redefinição da questão jurídica, ainda que de ofício, com a modificação seja no juízo de admissibilidade, seja por ocasião do julgamento final.

Todavia, recorde-se que o julgamento terá eficácia vinculante a todos os processos pendentes, bem como aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

Dessa forma, em não havendo identificação e estabilização do objeto do incidente, nos parece clara a violação ao contraditório, seja por ofensa expressa ao art. 10 do CPC – que se aplica igualmente às questões de direito – seja pelo recrudescimento da ofensa decorrente da ausência de participação com influência e paridade de armas de todos aqueles que serão atingidos pela resolução da controvérsia, de forma vinculante.

Importante salientar que não existe previsão no diploma legislativo do controle judicial de adequação da representatividade, sendo que a intervenção ministerial e do *amicus curiae* nos parecem simplesmente nominais, com pouca efetividade no sentido da defesa dos interesses daqueles que serão atingidos pela eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável.

Permitir a modificação do objeto do processo após o juízo de admissibilidade faz ruir de forma categórica os mecanismos de salvaguarda do contraditório – já fragilizados por opção do legislador e pela própria natureza do instituto.

O ideal seria o controle judicial de adequação da representatividade dos interesses de todos aqueles possivelmente atingidos pela resolução da questão jurídica. Não havendo previsão legal e sendo mesmo de complexa análise fática tal averiguação em questões amplas, abstratas e, principalmente, processuais, a estabilização do objeto do processo já no juízo de admissibilidade confere um mínimo de segurança jurídica, previsibilidade e possibilidade de intervenção.

A possibilidade de modificação do objeto do incidente desnatura, igualmente, a previsão do art. 979 do CPC da ampla divulgação e publicidade da instauração, medida também adotada com a finalidade de mitigar a ofensa ao contraditório.

Aduza-se a preocupação corrente da aplicação exegética das decisões paradigmáticas aos processos individuais. Como bem explicitado por Nunes e Bahia,

¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense. 2017, pag.181.

geralmente, no Brasil, repete-se mecanicamente ementas, enunciados ou teses de forma descontextualizada dos seus fundamentos determinantes, utilizando-as como fechamento de raciocínio, num exercício silogístico, como se tais decisões paradigmas fossem comandos gerais e abstratos¹⁷. Sempre é bom lembrar que a função legislativa pertence a outro Poder.

Admitindo-se a dinamização objetiva do incidente, com modificação substancial de seu mérito, o controle da aplicação adequada da decisão nos casos pendentes e futuros resta inviabilizado.

Consoante clássica lição de Dworkin¹⁸ a aplicação de tais decisões (ou precedentes) não prescinde da análise do direito como um “romance em cadeia”, com coerência entre as decisões, os casos passados e entendimentos doutrinários.

Permitir a instabilidade objetiva do incidente de resolução de demandas repetitivas – sua dinamização – impede o controle de legitimidade democrática, abrindo campo para a aplicação positivista (convencionalista) das decisões paradigmáticas.

Importa esclarecer que não se mostra legítima a modificação da demanda pelo órgão judicial competente para cognição e julgamento, não se admitindo, inclusive, a modificação pelas próprias partes.

Sabe-se que existem hipóteses de negócios jurídicos processuais unilaterais e bilaterais que interferem no mérito do processo, tais como a renúncia à pretensão, o reconhecimento do pedido e a composição entre as partes (conciliação, mediação e transação).

O legislador somente aventou a possibilidade da desistência ou abandono do processo (art. 976, § 1º do CPC), esclarecendo que não há impedimento ao julgamento do mérito do incidente, reforçando a natureza abstrata do procedimento. Nesses casos, como de ciência corrente, não há influência meritória nos processos individuais.

Mais uma vez, faz-se necessária a adaptação de institutos de direito processual para sua esdrúxula aplicação ao novel mecanismo de padronização de decisões judiciais.

Ainda que se admita a manifestação de vontade mediante o exercício das modalidades mencionadas (renúncia, reconhecimento e autocomposição), realizado o juízo de admissibilidade, não terá a mesma qualquer efeito sobre o mérito do incidente,

¹⁷ NUNES, Dierle. Bahia, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 57, jul./set. 2015.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273 e ss..

diante da imperiosa estabilização objetiva do instituto que se coaduna com seu escopo uniformizador.

Esclareça-se que tais manifestações de vontade somente podem ser exercidas nos processos individuais – dos quais se extraiu a controvérsia – não havendo repercussão no mérito do incidente, ainda que possuam o condão de resolver o mérito da causa originária. Realizado o juízo de admissibilidade, o mérito do incidente não se identifica com o direito subjetivo da parte do processo originário ou daqueles que serão atingidos pela eficácia vinculante da decisão que define a controvérsia sobre a questão de direito.

Defendemos, portanto, a impossibilidade de qualquer espécie de dinamização do mérito, seja de ofício, seja pela vontade das partes, no próprio incidente. Quanto às modificações nos processos individuais, embora se possa admitir tais manifestações, entendemos que as mesmas violam as determinações quanto à suspensão dos feitos com previsão no art. 982, I e § 2º do CPC.

Note-se que a questão de direito a ser solucionada no IRDR normalmente representará uma questão prejudicial nos processos individuais, não cabendo ao juiz competente para a causa originária desviar-se da tese fixada. Todavia, eventual renúncia à pretensão, reconhecimento do pedido ou composição entre as partes podem pôr fim ao processo individual e, nesse caso, não haveria possibilidade de aplicação da questão prejudicial por não haver julgamento do mérito, mas sim resolução pela manifestação de vontade das partes.

Nos parece a hipótese revelar uma espécie de autoexclusão (*opt-out*), sem previsão legal.

Concluindo, ainda que se admita a resolução do mérito pela vontade das partes nos processos individuais sobrestados, o fato é que tal negócio processual (em sentido amplo) não traz consequências para o IRDR, cuja estabilização objetiva já ocorreu com o juízo positivo de admissibilidade.

5. Coisa julgada e eficácia vinculante no IRDR. Questões prejudiciais.

Para Barbosa Moreira, a coisa julgada (material) constitui situação jurídica dotada de eficácia preclusiva, ou seja, situação jurídica que, caracterizada, torna irrelevante o passado, de forma que não há mais espaço para discutir as questões por ela

acobertadas, salvo situações excepcionais que o ordenamento contemplou por via da ação rescisória.¹⁹

Dalla afirma que “*A coisa julgada tem como fundamento evitar a perpetuação de conflitos e a insegurança jurídica, sendo inerente ao Estado Democrático de Direito. A coisa julgada não é apenas uma garantia individual, mas também coletiva, no sentido de viabilizar a estabilidade das decisões*”²⁰.

No que tange ao IRDR, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada aos processos pendentes e aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito, sendo que não observada a tese adotada, caberá reclamação.

Marinoni sustenta que: “*Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de litigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um inusitado e ilegítimo colateral estoppel. Assim, tratando-se de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução do caso, ou melhor à resolução dos vários casos pendentes. (...) No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida a expressa decisão do órgão julgador incumbido do incidente. É obvio que a resolução única da questão incidente nos casos repetitivos nada mais é do que uma decisão que produz coisa julgada sobre a questão que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes. Significa que se está diante de coisa julgada que se estende a terceiros*”²¹.

Comungando desse entendimento, mostra-se conflituosa a coexistência das regras de vinculação previstas no art. 985 e do art. 506 do CPC, uma vez que a coisa

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 242.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Vol. 2. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. P. 273.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar*. Revista dos Tribunais. Vol. 962/2015.

julgada somente pode prejudicar aquele que participou do processo, tendo em vista o contraditório (arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, IV do CPC).

Noutro giro, admitindo-se que a eficácia vinculante da decisão proferida no IRDR possui similitudes indissociáveis com a coisa julgada, forçosa a conclusão da aplicação do art. 503, § 1º do CPC.

Geralmente, a questão jurídica objeto do IRDR revela-se questão prejudicial nos processos individuais. Todavia, plenamente viável que a questão jurídica seja levada pelo princípio da demanda pelas partes como questão principal. Nesses casos, igualmente possível que exista uma questão prejudicial que será levada por arrastamento para o IRDR. Ao decidir a controvérsia sobre a questão jurídica, o órgão colegiado competente para a análise do IRDR passará necessariamente pela resolução da questão prejudicial ao mérito do IRDR.

Assim as coisas, a resolução dessa questão prejudicial terá igualmente eficácia vinculante – por aplicação analógica do art. 503, § 1º do CPC.

Mal comparando, a manifestação do órgão colegiado sobre a questão prejudicial seria parte integrante da *ratio decidendi* extraída do julgamento do IRDR. A ressalva quanto à categorização técnica como *ratio decidendi* se faz por dever de coerência com a postura adotada neste texto no que concerne ao não reconhecimento do IRDR como precedente.

Essa questão prejudicial ao mérito do IRDR – caso existente – deve ser expressamente identificada tanto no ato de provocação, quando no juízo de admissibilidade.

Não se desconhece que nas ações individuais a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais é automática – caso satisfeitos os requisitos legais -, não havendo necessidade de requerimento da parte ou manifestação expressa do julgador na sentença, conforme entendimento positivado no novo diploma processual.

Tal quadro, entretanto, não pode ser adotado no IRDR, tendo em vista a eficácia ultra partes do julgamento.

Portanto, nessa hipótese, faz-se mais uma vez necessária a correta identificação do mérito – e da questão prejudicial –, bem como aplicam-se as regras já apontadas quanto à estabilização objetiva de forma extensiva à questão prejudicial. Ou seja, para que a questão prejudicial alcance eficácia vinculante, a mesma deve ser integrante da controvérsia objeto do IRDR e expressamente mencionada na decisão como parte integrante da tese jurídica fixada.

Por fim, uma última ressalva se mostra percuciente nessa discussão particular.

Pelas razões já delineadas, inviável a aplicação do art. 508 do CPC ao julgamento do IRDR. O princípio do “deduzido e do deduzível” ou a “eficácia preclusiva da coisa julgada” não tem cabimento em relação ao IRDR.

Scarpinella, ao comentar o art. 508 do CPC, ensina que: “*o que o dispositivo proíbe é que argumentos ou fundamentos que poderiam ser levantados pelo autor e/ou pelo réu para secundar o acolhimento do(s) pedido(s) diante de dada(s) causa(s) de pedir ou sua rejeição diante de dada(s) causa(s) de resistir sejam utilizados para dar ares de nova postulação idêntica*”²².

Dois são os argumentos para a não aplicação do princípio do deduzido e do deduzível ao IRDR. Um de ordem legal, outro de natureza teórica.

Da conjugação dos artigos 984, § 2º, 985, II, parte final e 986, todos do CPC, infere-se que o órgão colegiado deverá enfrentar todos os fundamentos suscitados, sendo permitida a revisão da tese jurídica mediante requerimento dos legitimados. Embora haja eficácia vinculante, não existe definitividade da decisão paradigma, sendo possível sua alteração mediante procedimento próprio, levando-se em conta para delimitação da eficácia e necessidade de revisão, os fundamentos suscitados e a construção da tese jurídica.

Noutro prisma – eis o argumento teórico –, a ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento do IRDR, bem como a ausência de previsão sistematizada quanto ao *opt-in* (a redação do art. 983, *caput*, do CPC é demasiadamente vaga), violam o direito de ação, eis que a vinculação é absoluta.

O CPC não adotou o sistema de participação presumida (previsto nas *class action for damages* e no *Musterverfahren*), tampouco o sistema de participação expressa (como ocorre nas GLO do direito inglês). A ausência de controle de representatividade compõe o conjunto de circunstâncias que impede a presunção de eficácia preclusiva quanto às questões que poderiam ter sido deduzidas e não o foram.

Não admitir a revisão da tese com base na eficácia preclusiva positivada no art. 508 do CPC, considerando-se deduzidas e repelidas todas as alegações que os interessados poderiam opor, viola frontalmente o direito de acesso à Justiça.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 403.

7. Conclusão.

O texto adotou postura crítica e restritiva em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas em obediência às garantias processuais e aos ditames constitucionais.

Fixou-se – tendo em vista os limites do trabalho – o âmbito de preocupação com a necessária estabilização objetiva do incidente.

Levando em consideração o caráter praticamente anti-hermenêutico, com vinculação das causas futuras, sendo que a tese definida passa a constituir uma regra decisória, com desconsideração das alegações das partes nos processos individuais, somente se mitiga a ofensa ao contraditório e ao acesso à Justiça com a imprescindível identificação e estabilização da questão jurídica a ser decidida.

Pontuou-se a necessidade de congruência entre o ato provocador, o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, não se descuidando de consequências correlatas, tais como negócios processuais com interferência no mérito, similitudes com o regime de coisa julgada e eficácia preclusiva.

Breves considerações que têm por objetivo a compreensão constitucionalmente adequada do incidente de resolução de demandas repetitivas, limitado o âmbito de pesquisa à sua estabilização objetiva.

8. Referências bibliográficas.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 242.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 403.

CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de accion. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1961. p. 140, (tradução livre).

CARPI, Federico. *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*. RePro 257/2016.

DIDIER Jr., Fredie. TEMER, Sofia. *A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal*. RePro vol. 258/2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho: *Teoria Geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 242.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito no processo civil*. RePro 34/1984.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273 e ss..

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença, p. 53.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos Extraordinário e especial repetitivos*. Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar*. Revista dos Tribunais. Vol. 962/2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. RODRIGUES, Roberto De Aragão Ribeiro. *Relfexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo | vol. 211/2012.

NUNES, Dierle. Bahia, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no brasil*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 57, jul./set. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro *in O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. RePro. Vol. 259/2016. P. 405-435. Set. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Vol. 2. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. P. 273.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Civilistica.com || a. 3 . n. 2. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Revista de Processo | vol. 189/2010.