

# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Ricardo Menezes Da Silva

**Resumo:** O escopo do presente trabalho é analisar os requisitos impostos pelo Código de Processo Civil de 2015 para a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a partir das relações entre a função e a estrutura estabelecidas pelo legislador.

**Palavras-chave:** Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Requisitos de admissibilidade – Relações entre estrutura e função – Código de Processo Civil de 2015.

## 1 Introdução

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tem sido objeto de inúmeros trabalhos na doutrina nacional. Cuida-se de instituto novo no sistema processual brasileiro, destinado ao tratamento da litigiosidade de massa e que, segundo tem defendido parte da doutrina, integra um microssistema de solução

de casos repetitivos<sup>1</sup>.

Com efeito, a sociedade contemporânea é marcada por uma série de relações individuais massificadas, entendidas como vínculos jurídicos de estrutura idêntica, diferenciáveis apenas pelos sujeitos que os integram<sup>2</sup>.

Pense-se, por exemplo, nos contratos bancários de abertura de conta-corrente. São eles, como se sabe, vínculos jurídicos nos quais uma das partes apenas adere a cláusulas previamente estabelecidas pela parte contrária. A oferta pública daquele serviço no mercado de consumo suscita a formação de várias relações jurídicas de idêntico perfil, formadas pela figura do correntista e da instituição financeira.

1 Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

2 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 311 e ss.

Ricardo Menezes Da Silva

Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Defensor Público do Estado do Paraná.

Mas não apenas as relações de direito privado podem ensejar vínculos de massa. A partir das características acima mencionadas, pode-se concluir que também os sujeitos de Direito Público estabelecem uma série de relações idênticas com os administrados<sup>3</sup>. No caso, o vínculo jurídico não surge de uma manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos, mas sim de uma norma jurídica que, por exemplo, impõe determinada prestação em caráter universal. Basta lembrar do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição. Há aqui, *ex lege*, o dever do Estado de prestar o serviço, contraposto ao direito individual de usufruí-lo.

O certo é que, tanto nas relações privadas, quanto nas públicas, os vínculos jurídicos de massa devem observar o princípio da isonomia. Significa dizer que o ordenamento jurídico deve garantir tratamento idêntico a todos os sujeitos que estiverem em situações jurídicas homogêneas. Por óbvio, o tratamento jurídico diferenciado, sem qualquer elemento que o justifique, caracteriza discriminação vedada, por exemplo, pela Constituição<sup>4</sup> e pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>5</sup>.

3 NUNES, Dierle. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. v. 199, 2011. Versão digital.

4 Especificamente no caso do direito à saúde, o artigo 196 da Constituição, reiterando o *caput* do art. 5º, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

5 Nesse sentido são as lições de Rizzatto Nunes: “O inc. II do art. 6º garante, ainda, igualdade nas contratações. É o asseguramento expresso do princípio da igualdade estampado no contexto constitucional (art. 5º, *caput*, da CF). Pela norma instituída nesse inciso fica estabelecido que o fornecedor não pode diferenciar os

Evidentemente, essas relações jurídicas podem ser objeto das mais diversas controvérsias. É possível que sejam veiculadas questões puramente individuais ou, ao revés, questões comuns entre uma das partes com terceiros. Permanecendo no âmbito dos contratos bancários, basta pensar na hipótese em que um cliente discute a não incidência dos juros de mora em razão da ausência de atraso no pagamento da prestação. Essa é, sem dúvida alguma, uma questão puramente individual. Entretanto, poderia o mesmo cliente discutir a validade da cláusula que prevê o índice estabelecido no contrato. Nesse caso, trata-se de elemento que integra todos os contratos de mesma espécie firmados pela instituição financeira, tornando relevante a existência de instrumentos que viabilizem a prevalência da isonomia nas diversas relações homogêneas.

É bastante comum que em tais hipóteses várias pessoas ingressem em juízo para discutir exatamente a mesma questão, multiplicando o número de processos nos quais se reproduz idêntica controvérsia.

Nisso, pois, consiste o fenômeno das demandas seriais ou repetitivas<sup>6</sup>. Perceba-se que há, aqui, grande potencial para prolação de decisões divergentes, ante a distribuição de

consumidores entre si. Ele está obrigado a oferecer as mesmas condições a todos os consumidores. Admitir-se-á apenas que se estabeleçam certos privilégios aos consumidores que necessitam de proteção especial, como, por exemplo, idosos, gestantes e crianças, exatamente em respeito à aplicação concreta do princípio da isonomia” (*Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 129).

6 Nessa linha: “Entende-se, então, por demandas repetitivas aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Poder Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 477).

demandas a vários órgãos jurisdicionais. Essas circunstâncias desafiam o princípio da isonomia, já que a pulverização dos processos enseja, com frequência, resultados injustificadamente distintos<sup>7</sup> a situações jurídicas semelhantes.

Paralelamente, decisões contraditórias dificultam o conhecimento a respeito da qualificação das situações jurídicas e também das consequências dos atos praticados no desenrolar da relação.<sup>8</sup> Desse modo, além da isonomia, resta igualmente vulnerado o princípio da segurança jurídica.<sup>9</sup>

É justamente para essas hipóteses que o Código de Processo Civil estabeleceu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas<sup>10</sup>. Trata-

7 MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. passim.

8 Mantendo-se fiel ao exemplo do contrato bancário, a ausência de certeza jurídica a respeito da validade de certa cobrança com base em determinado método de apuração de juros pode, por exemplo, interferir na decisão do credor de solicitar ou não a inscrição do nome do devedor em cadastro restritivo de crédito. Por outro lado, a dúvida também pode interferir na decisão do devedor em contratar ou não um empréstimo com taxa de juros menor que aquela exigida pela dívida atual, porém maior que aquela a ser possivelmente fixada por decisão judicial que discuta a validade dos mesmos juros a que acima se fez referência.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. passim.

10 Antônio Adonias Aguiar Bastos bem observa que o conceito de demandas repetitivas não se restringe aos direitos individuais homogêneos, sendo plenamente possível a existência desse tipo de litigância também em processos que envolvem interesses coletivos: “Basta tomarmos o exemplo em que cada conselho de classe (ex. OAB/BA, OAB/SP, CREA/BA, CREA/RJ, CRM/MG, CRM/RS etc.) propõe uma ação questionando se as sociedades simples de profissionais possuem homogeneidade quanto à causa de pedir e quanto ao pedido. Por isso, estarão sujeitas ao regime dos processos repetitivos. Assim, podem ser julgadas conjuntamente; o Judiciário pode determinar o sobrestamento de todas elas, para

se, pois, de procedimento que objetiva a gestão adequada dos processos dessa natureza e a garantia de padrões mínimos de isonomia e segurança jurídica, a partir de decisões a serem necessariamente observadas nos provimentos posteriores à fixação da tese<sup>11</sup>.

Praticamente tudo o que diz respeito ao IRDR tem sido objeto de intenso debate. Desde aspectos mais gerais, como a própria opção política pelo instituto<sup>12</sup>, até questões mais específicas, como o número de processos aptos a ensejar a admissão do incidente<sup>13</sup>, já se contam inúmeros posicionamentos entre os processualistas, incluindo indicações de possíveis inconstitucionalidades no texto final<sup>14</sup>.

.....  
que se faça o julgamento das que são consideradas paradigmas; os tribunais podem fixar uma só tese acerca da obrigatoriedade do pagamento do tributo por tais pessoas jurídicas, independentemente de consistirem em sociedades de advogados, de engenheiros, de arquitetos, médicos, da Bahia, do Rio de Janeiro etc.; o precedente poderá ser aplicado às futuras ações coletivas semelhantes, ajuizados por outros conselhos de classe” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, v. 186, 2010. Versão digital).

11 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 590-592.

12 Cf., por exemplo: RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 8. passim e ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

13 Como se verá mais adiante, em que pese a existência do Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no sentido da desnecessidade de um grande número de processos como requisito de admissão do incidente, a matéria permanece divergente em sede doutrinária.

14 Marcos de Araújo Cavalcanti, por exemplo, dedicou o último capítulo de sua obra exclusivamente

Essa ebulição doutrinária causada pelo IRDR é salutar, pois permite a análise do instituto a partir de vários pontos de vista e contribui para o amadurecimento das posições que, inevitavelmente, se consolidarão na prática judiciária.

Nessa linha, as discussões sobre o IRDR não se esgotaram com a incorporação do instituto ao texto do novo Código de Processo Civil<sup>15</sup>. Há, ainda, um amplo espaço para debate, que, em última instância, diz respeito às formas de se potencializar a aplicação do instituto, conformando-o, ao mesmo tempo, ao modelo constitucional de processo<sup>16</sup>.

O objetivo das brevíssimas considerações que se seguem é acrescentar mais um elemento a esse debate, com foco nos pressupostos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil.

.....  
ao que chamou de “principais inconstitucionalidades” do IRDR: *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 365-397.

15 Como bem observa José Carlos Barbosa Moreira: “Depois de reformar a lei, impende acompanhar de perto, com lentes adequadas, a repercussão da reforma no dia-a-dia forense. Não há outra maneira de descobrir o que realmente mudou, em que sentido e com que alcance. Nem se concebe, sem esse elementar cuidado, uma avaliação minimamente objetiva, à luz da qual possamos decidir se vale a pena continuar no mesmo rumo ou se é mais aconselhável dar marcha a ré” (O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 11).

16 Nesse sentido, ao comentar sobre os objetivos do IRDR, Sofia Temer observa que: “Não obstante, a técnica processual diferenciada apenas se legitimará na medida em que concretizar tais valores, o que deverá nortear o desenvolvimento de sua estrutura e aplicação. O IRDR, para além de objetivar a promoção da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável do processo, deve ser pensado e construído para viabilizar a concretização de tais direitos” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 41).

## 2 Aspectos gerais sobre a estrutura e a função do IRDR

As relações entre função e estrutura devem ser analisadas a partir de um juízo de adequação<sup>17</sup>. Desse modo, a análise do perfil legal atribuído pelo Código de Processo Civil ao IRDR deve ser realizada à luz dos objetivos atribuídos ao instituto. Isso permitirá, por um lado, buscar as melhores interpretações onde houver dubiedade, e, por outro lado, criticar soluções que distanciam o incidente das suas finalidades.

Não sem razão, é preciso observar que a função e a estrutura do IRDR muito se relacionam às alterações conceituais e finalísticas que se operam em relação à ideia de jurisdição<sup>18</sup>. Com

.....  
17 Pretende-se com isso tão somente afirmar que há uma importante relação entre estrutura e função nos institutos jurídicos, sem que se descuide do importante alerta de Norberto Bobbio: “Não gostaria, a esta altura, que alguém acreditasse ser possível sair do impasse unindo as características estruturais e funcionais por meio de uma pretensiosa análise estrutural-funcional. Entre estrutura (do direito) e função (do direito) não há correspondência biunívoca, porque a mesma estrutura, por exemplo, o direito considerado como combinação de normas primárias e secundárias, pode ter as mais variadas funções, assim como a mesma função, por exemplo, aquela, comumente atribuída ao direito, de tornar possível a coesão e a integração do grupo, pode realizar-se mediante diversas estruturas normativas (O que não quer dizer que a estrutura e a função sejam independentes: modificações da função podem incidir sobre modificações estruturais, e vice-versa). Enfim, se quisermos deduzir uma consideração final, seria que a análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer do novo pelo novo, são particularmente favoráveis” (*Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 113).

18 Nesse sentido: “Ci si dimentica che lo Stato assume, nel mondo contemporaneo, caratteristiche

efeito, parte da doutrina tem identificado uma função prospectiva na atividade jurisdicional, que se presta a orientar a sociedade – e, claro, o próprio Poder Judiciário – em relação à solução de casos futuros que, por serem idênticos ou similares, devem ser tratados do mesmo modo<sup>19</sup>. Isso, na verdade, amplia a visão tradicionalmente difundida a respeito do princípio da legalidade, impedindo o órgão judicial de solucionar o caso tão somente de acordo com aquilo que entende ser a “melhor interpretação da lei”, para vinculá-lo também à “memória” histórico-social das questões a serem resolvidas, em tarefa absolutamente

.....  
 molto diverse. Invece di essere un mero sanzionatore di comportamenti, lo Stato è divenuto un induttore di condotte nella società, attuando prospettivamente con l'obiettivo di fomentare e stimolare comportamenti auspicati”. (CABRAL, Antonio do Passo. Per um novo conceito de giurisdizione. Disponível em: [http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p107/8578]. Acesso em: 26.07.2016). Também revisitando o tema das funções jurisdicionais, porém sob outro viés: “If in decades past this concept was fulfilled by a simple declaratory relief, the modifications to the State’s structural context developed the idea that to ‘resolve a dispute’ it is necessary to ensure substantial protection of the litigant – and, moreover, according to constitutional values and regularly accompanied by the claim of celerity. Beyond that, we also pointed out that it is becoming normal to attempt to attribute other objectives and functions to the act of adjudication, a phenomenon that increases the complexity of adjudication” (ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural approach’: some bases of contemporary civil litigation. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=2779681]. Acesso em: 27.07.2016).

19 “O resultado interpretativo só é racional se coerente e universalizável. O resultado da interpretação é racional sempre que a justificação guarda em si a capacidade de *universalização* (*‘universalization in justification*). Como enfaticamente observa a doutrina *‘there is no justification without universalization*’. Em outras palavras, a justificação tem que ter condições de ser *replicável* para os casos futuros idênticos ou semelhantes” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1. p. 119).

dinâmica, discursiva e intersubjetiva de aplicação do direito<sup>20</sup>.

Muito embora exista importante discussão a respeito de ser ou não o IRDR um instituto capaz de formar precedentes<sup>21</sup>, trata-se, sem dúvida, de mais um capítulo que ajuda a interpretar o processo de construção de um novo papel institucional desempenhado pelo Poder Judiciário, sobretudo no contexto de alta litigiosidade a que acima se fez alusão.

Nessa linha, o incidente se propõe a enfrentar dois dos maiores problemas da chamada “Crise da Justiça”: a duração desarrazoada dos processos e a excessiva dispersão jurisprudencial. Inegavelmente, tal constatação abre espaço para outra perspectiva de análise do IRDR, considerando-o, fundamentalmente, como instrumento de gestão de casos repetitivos<sup>22</sup>.

Realmente, o instituto busca inspiração na ideia de racionalização dos recursos do

.....  
 20 Sem dúvida, um dos aspectos mais relevantes dessa nova perspectiva é a ampliação do contraditório sobre a questão de direito, resultado de uma série de transformações na temática da teoria da norma jurídica e da teoria da interpretação. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1. p. 119 e ss.

21 Luiz Guilherme Marinoni tem defendido a existência de distinção entre a decisão que produz coisa julgada de questão comum e a decisão que firma precedente (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: RT, 2016, p. 32-35). Porém, outra parcela da doutrina tem sustentado a criação de um modelo brasileiro de precedentes vinculantes, dentre os quais se incluiria o IRDR (ver, por exemplo: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, especialmente p. 195-196).

22 Essa visão, aliás, é reforçada pelas duas principais inspirações do legislador para conformação do IRDR: a ordem de litígio de grupo (*Group Litigation Order*), do direito inglês, e o procedimento-modelo (*Musterverfahren*), do direito alemão, ambos instrumentos de gestão de casos repetitivos.

Poder Judiciário, propondo-se a reduzir tempo e esforço no julgamento das demandas repetitivas<sup>23</sup>. Trata-se aqui de visualizar na atividade jurisdicional a prestação de um serviço público, sujeita, portanto, ao princípio da eficiência<sup>24</sup>.

Entretanto, muito embora o legislador tenha percebido a desproporcionalidade dos recursos humanos, materiais, financeiros e temporais despendidos para a resolução de causas repetitivas, é preciso reconhecer que o IRDR não constitui solução ótima para o problema do número de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro. Como aponta Sérgio Arenhart, o IRDR pode, muitas vezes, contribuir para o aumento exponencial do volume de demandas, já que a efetivação do direito eventualmente reconhecido no incidente exigirá que o interessado se apresente em juízo.<sup>25</sup>

23 Essa intenção está expressa na exposição de motivos do Código de Processo Civil: “Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo)”. Comissão de juristas responsáveis pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de Motivos de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. Acesso em: 05.03.2017.

24 CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, v. 192, 2011. Versão digital. Ainda segundo o autor, a eficiência do serviço “justiça” pode ter como obstáculos aspectos de ordem legislativa, estrutural e cultural, tratando-se, pois, de problema complexo, a ser enfrentado em múltiplas frentes.

25 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de*

Com efeito, a extensão subjetiva dos efeitos do julgamento favorável às partes não repetitivas da relação massificada depende da efetiva propositura da demanda pelos interessados, podendo ocasionar uma miríade de demandas tendentes à aplicação da tese firmada no incidente.

Assim, a depender do resultado do IRDR, o Poder Judiciário não terá evitado a necessidade de manifestações judiciais idênticas em vários processos, o gasto de recursos judiciais para tratar de questões já resolvidas, o desperdício de tempo da prestação da atividade jurisdicional, além do já mencionado excesso de demandas a serem examinadas pelo Poder Judiciário<sup>26</sup>.

Apesar de o Código de Processo Civil prever uma série de instrumentos de aceleração procedimental para os casos em que há tese jurídica definida em IRDR, é preciso notar que a ausência de estrutura<sup>27</sup>, sobretudo nos juízos de primeiro grau, pode dificultar até mesmo a gestão das inúmeras demandas individuais repetitivas propostas.<sup>28</sup>

Conclui-se, em relação a esse primeiro

.....  
*interesses individuais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 25-26.

26 Ibidem, p. 134.

27 Para uma análise detida a respeito da relação entre a questão estrutural e os interesses individuais de massa, cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 62-67.

28 Curioso notar que, nessa circunstância, poderá o magistrado “oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”, conforme dispõe o artigo 139, X, do Código de Processo Civil. Isso evidencia que o IRDR não é capaz de substituir por completo o mecanismo de tutela jurisdicional através de demandas coletivas, ainda bastante útil no sistema jurídico brasileiro.

aspecto, que o IRDR é instituto voltado mais a mecanismos de simplificação e aceleração da atividade judicial que à redução do ajuizamento de demandas, constituindo uma racionalização apenas parcial da prestação jurisdicional<sup>29</sup>.

Contudo, além da racionalização de atividade judiciária, foi mencionado que o IRDR objetiva impedir tratamento anti-isonômico decorrente de decisões judiciais divergentes a respeito da mesma questão de direito, repetida em vários processos. Há, aqui, importante pretensão de reforçar o caráter impessoal que deve marcar o exercício da jurisdição. Com efeito, em um Estado Democrático de Direito é inconcebível que magistrados atribuam às causas soluções fundadas em convicções estritamente pessoais, mesmo quando distintas da jurisprudência firmada pelos tribunais superiores.<sup>30</sup>

Observe-se, nesse particular, que a observância da jurisprudência consolidada pelos tribunais deveria ser um efeito natural do próprio sistema. A estrutura piramidal de organização judiciária, a existência de recursos com base em divergência jurisprudencial e a função uniformizadora atribuída aos órgãos

29 Não se nega que a previsão de comunicação ao órgão, ente ou agência reguladora responsável pela fiscalização de determinado ramo ou atividade poderá servir de importante instrumento de prevenção de violações futuras (art. 985, § 2º, do CPC), contribuindo com a redução de novas demandas.

30 Nesse sentido: “Não pode o juiz exercer a função jurisdicional, em nome do Estado, com base em suas convicções pessoais quando as mesmas forem dissonantes da vontade estatal. Admitir tal exercício baseado em convicções pessoais levaria a aceitar ser legítima a existência de decisões divergentes (porque baseadas em entendimentos jurídicos diferentes) a respeito da mesma matéria de direito”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Exercício impessoal da jurisdição civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p. 180.

judiciários superiores<sup>31</sup>, nos mais diversos níveis, deveria resultar na convergência das decisões judiciais, dispensando qualquer previsão expressa de vinculação.<sup>32</sup>

Entretanto, diante de uma cultura de pessoalização da atividade jurisdicional, o Código de Processo Civil optou por explicitar no texto legal o dever de consideração das decisões proferidas em determinados procedimentos, dentre eles o IRDR. Além disso, reforçou os mecanismos de imposição da tese jurídica firmada, especialmente com a previsão de cabimento da reclamação, tudo visando ao propósito de assegurar o tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Por isso, a interpretação do procedimento do IRDR deve, tanto quanto possível, considerar

31 Não desconhecemos a releitura da função dos Tribunais de Superposição realizada por Luiz Guilherme Marinoni e que envolve, em grande medida, a distinção entre a atividade uniformizadora e unificadora. Nesse sentido, observa que “a transformação da função da Corte outorga novo significado à ideia de ‘uniformidade’. O problema não está mais em declarar o sentido exato para propiciar a ‘uniformidade das decisões’ dos tribunais ordinários; busca-se, agora, mediante a voz da Suprema Corte, o ‘sentido e a unidade do direito’ para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade e da segurança jurídica” (*Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 78). A nosso sentir, todas as decisões judiciais veiculam pretensões de unidade e uniformidade, cuja incidência em causas futuras será exercida com diferentes ônus argumentativos por parte do órgão jurisdicional. Evidentemente, o enfrentamento do tema exigiria atenção que se afasta dos propósitos do presente trabalho.

32 Em lição que se aplica perfeitamente à questão ora colocada, Rodolfo de Camargo Mancuso observa que: “Tratar-se-ia de uma aptidão natural da jurisprudência dominante, para atuar subliminarmente na inteligência do julgador, influência essa, que se fora efetivamente operante na *praxis* judiciária poderia até dispensar o custo político-jurídico da inserção das súmulas *expressamente vinculativas*” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 158). Na mesma linha: TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, v. 218, 2013. Versão digital.

os dois aspectos acima referidos. E isso produz várias repercussões de ordem prática. Por exemplo: a adoção de critérios amplos de admissibilidade do incidente favorece ou não a efetividade do instituto? É desejável que qualquer matéria, de qualquer processo, a qualquer momento possa ser objeto do IRDR? Qual a relação que se vai estabelecer entre as questões de fato e as questões de direito no julgamento do incidente?

Das questões acima se pode perceber que o tema da admissibilidade do IRDR é fundamental para a compreensão do instituto e para a ampliação ou redução de suas potencialidades.

Desse modo, passa-se à análise detida de cada um dos requisitos de admissibilidade, a fim de verificar como podem contribuir para a função que o IRDR foi chamado a desempenhar no sistema.

Assim, passa-se à análise do incidente, começando pelos seus requisitos de admissibilidade.

### 3. Dos requisitos de admissibilidade do IRDR

A análise dos requisitos de admissibilidade do IRDR encerra um juízo sobre a validade do procedimento.<sup>33</sup>

A doutrina tem apontado que o IRDR terá cabimento quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) questão unicamente de direito; b) efetiva repetição em processos; c) risco de ofensa à isonomia e à segurança

33 É por isso que a “inadmissibilidade é o *nomen iuris* da sanção de invalidade do procedimento ou do ato postulatório” (DIDIER JR., Didier; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 89).

jurídica; d) processos pendentes de julgamento no tribunal; e) inexistência de recurso especial ou extraordinário repetitivo sobre a mesma questão. Ausentes quaisquer desses requisitos, restará inviabilizada a fixação da tese através do incidente<sup>34</sup>.

A análise dos requisitos de admissibilidade é de importância fundamental para a compreensão dos limites e possibilidades que se pretende atribuir ao instituto sob o ponto de vista prático. Essa tarefa deve sempre ter em mente a busca pela gestão adequada das demandas repetitivas, com redução do tempo e do esforço despendido para julgamento dessas causas.

Passa-se, então, à análise individualizada de cada um deles.

#### 3.1 Questão unicamente de direito

Dispõe o artigo 976, I, do Código de Processo Civil, que será admissível o IRDR quando se tratar de “questão unicamente de direito”. Disso não se pode concluir que haveria uma absoluta dissociação entre fato e direito, pois o fenômeno normativo é complexo e ocorre, efetivamente, quando da incidência da norma.<sup>35</sup>

Por essa razão, Teresa Arruda Alvim Wambier considera como questão

34 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3. p. 626.

35 Nesse sentido: “(...) seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o *fenômeno direito* ocorre, efetivamente, no momento da incidência da norma, no mundo real, no universo empírico” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. *Revista de Processo*, v. 92, 1996. Versão digital).



*predominantemente* fática a discussão que diz respeito à existência do evento ou ao modo como ocorreu, à luz do material probatório produzido. Por outro lado, se a discussão versar sobre a qualificação jurídica do fato ou suas consequências, se estará diante de questão *predominantemente* jurídica.<sup>36-37</sup>

Percebe-se, portanto, que os fatos relativos ao caso concreto são sempre relevantes, inclusive para o enfrentamento das questões predominantemente de direito. Por isso, ao afirmar que o IRDR pode ser admitido tão somente em relação a questões de direito não se pretende sugerir, de modo algum, que os fatos concernentes ao caso repetitivo podem ser ignorados no procedimento de resolução do ponto controvertido<sup>38</sup>. Ao revés, quer-se apenas sublinhar que circunstâncias fáticas da causa devem ser consideradas *in statu assertionis* no julgamento do incidente, cujo resultado será aplicado aos casos pendentes e futuros na medida em que guardem correspondência com aquele que tiver sido objeto de afetação.<sup>39</sup>

36 Idem.

37 Em argumentação bastante semelhante, Miguel Reale observa que: "(...) tanto é 'questão de direito' saber quais as consequências significadas por uma norma de direito, admitida para disciplinar uma dada situação de fato, a respeito de cujos dados existenciais não contendem as partes, – como o é, também, o problema da correspondência dessa qualificação tipológica ao modelo jurídico que se pretende aplicar para dirimir o litígio; a 'questão de fato', ao contrário, versa sobre a existência ou não de elementos probatórios adequados e suficientes para a mencionada qualificação". *Direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 209.

38 ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 80.

39 Na mesma linha: "(...) a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas está condicionada à inexistência de discussão sobre fatos. As questões (pontos controvertidos) devem versar unicamente sobre uma tese jurídica. Isso não significa, porém, que os fatos sejam irrelevantes. Significa apenas que eles

É preciso observar que o IRDR não é instrumento destinado à formação de precedentes, no sentido que tradicionalmente se atribui aos famosos *leading cases* norte-americanos<sup>40</sup>. Cuida-se, ao revés, de incidente processual destinado a viabilizar a resolução de determinada questão existente em *causas idênticas*.<sup>41</sup> Justamente por isso, os fatos devem ter a maior identidade possível, sob pena de se produzir efeito contrário ao pretendido – ou seja, dificultar, do ponto de vista argumentativo, a aplicação da decisão oriunda do IRDR<sup>42</sup>. Lembre-se o que já foi dito neste trabalho a respeito de se cuidar o IRDR de instrumento destinado à gestão processual, sendo seu

.....  
são incontrovertidos. Na realidade, a definição da tese jurídica, bem como sua extensão a casos semelhantes, depende diretamente da correta identificação e análise dos fatos subjacentes à discussão de direito" (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. Versão digital).

40 STRECK, Lenio. Art. 927. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1196-1197. Comparando de modo mais abrangente o sistema de precedentes obrigatórios brasileiros e aquele desenvolvido nos sistemas de *common law*: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 176-177.

41 Na mesma linha: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2016. v. 2, p. 602 e; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 477.

42 Com efeito: "Se o sistema de precedentes e, portanto, a *ratio decidendi* e a sua força obrigatória, objetivam que casos similares sejam decididos de igual modo, quanto mais se aproximam os fatos de dois casos maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 180, com grifos nosso). Embora o autor defenda que o IRDR não forma propriamente *precedentes*, é fácil depreender do raciocínio do autor que, quanto maior a identidade fática, menor a possibilidade de discussão acerca da incidência da solução do caso anterior ao caso posterior.

objetivo primordial a otimização dos recursos judiciais – inclusive o tempo necessário para a prolação da decisão –, só alcançada quando aplicado o resultado do incidente a demandas idênticas.

Justamente por essa razão deve ser absolutamente criteriosa a escolha do recurso, reexame necessário ou processo originário para instauração do incidente. É que, quanto mais representativo for da controvérsia sob exame, maior será a amplitude de sua aplicação. Ademais, repita-se que a identidade das causas reduz o ônus argumentativo do órgão jurisdicional, pois facilita a demonstração da relação de igualdade entre a demanda presente e a demanda paradigma.

Por isso entendemos que a função do IRDR se aproxima muito àquela já desempenhada pela Súmula Vinculante. Em ambos os institutos é absolutamente imprescindível atentar para os casos que serviram de base à extração da tese, sob pena de fornecer soluções idênticas a casos distintos, na contramão da finalidade do instituto<sup>43</sup>.

Exemplo bastante emblemático diz respeito à aplicação do Enunciado 5 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar

43 Humberto Theodoro Júnior et al. reconhecem nesse fenômeno uma hiperintegração: “Tal fenômeno gera uma prática comum de considerar dois casos (o presente e o paradigma) idênticos ao aumentar o grau de abstração (distanciamento) entre eles. Dependendo do nível de abstração, dois elementos aparentemente diferentes podem se mostrar similares ou até idênticos” (*Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 353). No mesmo sentido são as observações de Paula Pessoa Pereira, ao tratar do caráter sub e superinclusivo oriundo da generalidade das regras de direito (*Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014. p. 65-67).

não ofende a Constituição”. Perceba-se que, desvinculado dos fatos que resultaram na edição do verbete, seria plenamente possível, através da técnica da subsunção silogística, aplicá-lo aos casos de procedimento de apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais<sup>44</sup>. E isso efetivamente ocorreu, gerando imediata reação do STF no sentido de esclarecer a necessária vinculação entre os julgados e o enunciado da Súmula Vinculante<sup>45</sup> para definição de seu âmbito de incidência.

Esse é, portanto, apenas um exemplo dos riscos da abstração para aplicação das teses

44 Georges Abboud aponta que tais pronunciamentos judiciais, produzidos a partir de uma ideia de decisão como “produto da subsunção estritamente lógica”, refletem a confusão entre texto normativo e norma jurídica, já que desconsideram por completo a problematização do caso concreto (*Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 82-83).

45 “Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n. 5 (...). *Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível*. Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea ‘a’, VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV)” (RE 398269, rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., j. 15.12.2009, *DJe* 26.02.2010). De forma ainda mais ostensiva: “2. Numerosos são os processos administrativos, cíveis e penais em que envolvida prática por reeducando. Esse último diz respeito ao cumprimento da pena, ganhando alcance maior a regra do processo penal consoante a qual ninguém será processado sem assistência técnica – artigo 261. *O Tribunal de origem decidiu a partir do Verboete Vinculante n. 5 da Súmula, colocando em segundo plano o fato de, entre os precedentes que o motivaram, não constar pronunciamento judicial do Supremo sobre o processo disciplinar estabelecido na Lei de Execução Penal*” (Rcl 9339, rel. Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 22.03.2010, *DJe* 05.04.2010, com grifos nossos).

oriundas destes precedentes vinculantes<sup>46</sup>.

Aliás, é também por conta disso que não se pode considerar adequada a instauração do IRDR para tratar de questões repetitivas relativas a processos não repetitivos.<sup>47</sup> É que, como se percebeu do exemplo acima, se os fatos não são idênticos, amplia-se muito o debate a respeito da questão jurídica efetivamente envolvida, que pode não ser exatamente aquela debatida no processo paradigma. Isso, aliás, decorre da premissa já estabelecida acerca da impossibilidade de cisão absoluta entre as questões de fato e as questões de direito.

Claro que em demandas não repetitivas é possível a existência de “extratos comuns de discussão”<sup>48</sup>, que exijam idêntica solução pelo Poder Judiciário. Mas essa avaliação certamente exigirá do magistrado maior atenção e ônus argumentativo, ainda quando se tratem de questões meramente processuais. Desse modo, os fundamentos utilizados para enfrentamento da questão em determinado processo exercerão impacto persuasivo para julgamentos posteriores, não se tratando, a nosso sentir, nem do objeto, nem da finalidade

46 Como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni: “(...) identificar o ponto de direito não o mesmo que estar de posse de metodologia que permita saber se o ponto de direito contido na *ratio decidendi* se aplica a um novo caso. Isso se dá fundamentalmente porque, qualquer que seja essa metodologia, ela nunca se eximirá da comparação entre os fatos que dão composição aos casos” (*Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 180).

47 Em sentido contrário: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 587. E também: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 63; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1420).

48 Idem.

do IRDR<sup>49</sup>.

Pense-se, por exemplo, no julgado do STF acerca da necessidade de prévio requerimento administrativo para concessão de benefício previdenciário. Naquela oportunidade, decidiu o Pretório Excelso que a falta de postulação extrajudicial resultaria na “carência de ação”, por falta de interesse de agir<sup>50</sup>. Isso, por exemplo, seria aplicável a demandas cuja pretensão se refira a fornecimento de medicamentos urgentes e indispensáveis à sobrevivência de certa pessoa ou nesses casos seria possível constituir o Poder Público em mora através da citação, como preceitua o art. 240 do Código de Processo Civil? Perceba-se que, independentemente da resposta, isso demanda uma reflexão distinta daquela empregada nos casos de decisão padrão. Aqui, a decisão anterior pode funcionar, no máximo, como precedente persuasivo, sem que isto, entretanto, importe em qualquer desmerecimento do provimento jurisdicional.

Insista-se, pois, que o modelo do IRDR não se amolda à ideia de precedentes tradicionalmente difundida e que leva em consideração os aspectos mais essenciais da decisão, cuja compreensão exige uma análise profunda de seus fundamentos determinantes.

49 “Ou seja, sem a similaridade fática, não se consegue aplicar a jurisprudência ou acórdão oriundo de recurso repetitivo ou de IRDR. Aliás, esse é o maior risco de uma aplicação equivocada da jurisprudência e dos recursos repetitivos, uma vez que no afã de assegurar celeridade, corre-se o risco de sobrestar e solucionar equivocadamente casos concretos que não guardam similaridade fática com o acórdão-paradigma. O mesmo não ocorre pela aplicação de um genuíno precedente que, em diversas hipóteses, pode dispensar similaridade fática”. (STRECK, Lenio. Art. 927. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.196-1197).

50 RE 631.340/MG.

Como dito anteriormente, é até possível conferir esse uso à decisão prolatada no incidente, mas essa não é, em absoluto, a função a que o IRDR foi chamado a desempenhar no sistema. Ao revés, ele é voltado às demandas repetitivas e, se servir a esse propósito, já contribuirá sensivelmente para a gestão da miríade de processos pendentes no Poder Judiciário.

Desse modo, para que atenda à sua finalidade de instrumento eficaz de gestão processual, viabilizando a fácil e célere identificação dos processos a serem suspensos e, ainda, reduzindo a margem de discussão e de recursos a respeito de eventuais distinções de fato, deve mesmo o incidente concentrar seus esforços nas *demandas repetitivas*.

Avançando na análise da temática, acreditamos não ser possível a criação de subteses, fixadas a partir de variações fáticas oriundas dos casos afetados para o IRDR<sup>51</sup>. Isso porque, segundo entendemos, o julgamento de outras circunstâncias de fato é, na verdade, uma ampliação do objeto do incidente, razão pela qual deve se submeter ao mesmo juízo de admissibilidade da questão repetitiva que ensejou a instauração do IRDR. Possível sustentar, inclusive, que a fixação de teses relativas a fatos cuja repetição concreta não se demonstrou conferiria ao IRDR nítido caráter preventivo, vedado expressamente pelo art. 976, I, do Código de Processo Civil, ora em comento.

Observe-se, ainda, que o IRDR pode ter como objeto matéria de direito processual ou

51 Essa posição é defendida por Sofia Temer: “Nada impede, ademais, que o Tribunal fixe sub-teses para variantes fáticas extraídas dos casos que servirem como substrato para o incidente, considerando *fatos-tipo* distintos, ou seja, em acontecendo A, entende-se B; ocorrendo C, entende-se D” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 76).

material<sup>52</sup>, não havendo, ademais, qualquer óbice à afetação de várias questões em um mesmo incidente<sup>53</sup>. Assim, é plenamente possível um mesmo IRDR sobre várias questões de direito material, várias questões de direito processual ou, ainda, várias questões de direito material e processual, desde que, para cada uma delas, individualmente, estejam presentes todos os demais requisitos de admissibilidade.

As matérias processuais não precisam, necessariamente, versar sobre questões prejudiciais ao mérito da causa. Pode-se perfeitamente instaurar IRDR para definição de questão controvertida concernente, por exemplo, à presença das condições da ação em determinada hipótese.<sup>54</sup> Desse modo, qualquer questão de direito surgida no bojo de uma demanda repetitiva, e que preencha os requisitos legais para admissão, pode ser objeto do incidente.

### 3.2 Efetiva repetição em diferentes processos

A alusão à “efetiva repetição” contrapõe-se ao uso preventivo do IRDR. Significa dizer que o incidente não pode ser instaurado, por exemplo,

52 Enunciado 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou de direito processual”.

53 Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não existe limitações de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento”.

54 Esse é, por exemplo, o caso do julgamento do REsp 928.133/RS, no qual se definiu ser indispensável à caracterização do interesse de agir nas demandas de exibição de contrato de participação financeira o prévio requerimento administrativo e a comprovação de pagamento da respectiva taxa.

no intuito de evitar a criação de divergência jurisprudencial acerca de determinada temática ou impedir a multiplicação de processos.

Registre-se que, durante a tramitação legislativa do Código de Processo Civil, foi discutida a conveniência de se atribuir ao incidente natureza preventiva, o que, entretanto, restou afastado no texto final, no qual se exige a demonstração da litigiosidade de massa<sup>55</sup>.

Entendemos estar tal exigência afinada com os objetivos pretendidos pela adoção do incidente na legislação processual. Com efeito, a decisão do IRDR será estável na medida em que possa expressar o resultado de um debate amplo e amadurecido sobre a questão de direito.<sup>56</sup> E para que isso ocorra, é preciso que vários argumentos tenham sido suscitados, outros lhe tenham sido contrapostos, decisões judiciais tenham enfrentado precisa e profundamente cada um deles, num amplo debate que será resolvido através da fixação de uma tese pelo respectivo tribunal.

55 Nesse sentido: “Como se vê, o IRDR proposto pelo anteprojeto da comissão de juristas e pelo projeto de lei aprovado pelo Senado Federal possuía caráter preventivo. Isto é, antes mesmo do efetivo ajuizamento massificado de demandas repetitivas, o juiz ou relator, verificando a potencialidade de a controvérsia gerar relevante multiplicação de processos, deveria suscitar a instauração do IRDR” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 210, com grifos nossos). O caráter preventivo, como se sabe, não prevaleceu no texto final do Código de Processo Civil.

56 “Definir uma tese sem que o resultado esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 193. Versão digital).

Observe-se que a instauração prematura do IRDR poderá implicar sucessivas revisões do resultado obtido através do incidente, violando a isonomia e a segurança jurídicas, na exata contramão das finalidades do instituto<sup>57</sup>. Ademais, a necessidade de discussão de novos argumentos, não debatidos no julgado paradigma, também impediria a aceleração procedimental pretendida, frustrando todos os benefícios visados pela fixação da tese.

Nesse sentido, muito embora o desiderato do instituto seja evitar violações sistêmicas aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, garantindo, ao mesmo tempo, a adequada gestão dos processos pendentes e futuros, a legislação tolera a controvérsia durante algum período e em certa dimensão, visando a resultado que possa, do ponto de vista global, fazer prevalecer a ordem – com a garantia da igualdade e da segurança jurídica – em detrimento da desordem inicialmente causada pelo grande número de demandas ajuizadas<sup>58</sup>. Em outras palavras, pode-se afirmar que a exigência de efetiva repetição é requisito de natureza instrumental, indispensável ao aprofundamento do debate e à estabilidade da decisão a ser produzida através do procedimento do IRDR.

De qualquer modo, é preciso reconhecer que o Código de Processo Civil, apesar de prever a repetição efetiva de processos como requisito de admissibilidade, confere ampla discricionariedade aos tribunais para

57 Sobre a importância da estabilidade do precedente, cf. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. passim.

58 No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 386-387.

que avaliem a existência ou não de litigância massificada a respeito de determinada matéria.

A rigor, teria sido melhor se a legislação trouxesse algum parâmetro quantitativo para a instauração do incidente<sup>59</sup>, como se fez, por exemplo, no direito alemão<sup>60</sup>. Como decorrência da falta de qualquer indicação legislativa, já há divergências na doutrina a respeito do tema, em que pese o Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispor que “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

É que, como se tem reiteradamente afirmado no presente trabalho, o IRDR é instrumento adequado ao tratamento dos litígios de massa. E, partindo-se dessa premissa, não há como concluir que o incidente poderia ser instaurado sem a existência de uma “grande

quantidade de processos”.<sup>61</sup> Com efeito, a diminuição da importância do requisito da repetição tornaria o IRDR um simples mecanismo de uniformização de jurisprudência, cabível em qualquer caso de divergência. Entendemos, contudo, ser tal visão incompatível com o modelo adotado pelo Código de Processo Civil, que exige, sim, nas demandas de massa, a multiplicidade de processos, admitindo para os demais casos, a instauração do incidente de assunção de competência.

Sublinhe-se, entretanto, que o número de processos relativos a demandas individuais de massa não será, evidentemente, o mesmo daquele exigido para que se caracterizem como repetitivas as demandas coletivas. E isso porque, como dissemos a pouco, a quantidade de processos é apenas uma forma encontrada pelo legislador para assegurar o amadurecimento da discussão, a partir do maior número e da maior profundidade de argumentos possíveis.

De qualquer modo, pensamos ser necessária uma quantidade suficiente de processos, apta a caracterizar o litígio de massa, circunstância sem a qual resta inviabilizada a admissão do IRDR.

### 3.3 Risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia

Como já mencionamos anteriormente, a segurança jurídica diz respeito ao conhecimento atual do direito, que abrange a certeza sobre a

59 A observação é feita por Marcos de Araújo de Araújo Cavalcanti: “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, a ser fixada periodicamente (anualmente, por exemplo) pelo CNJ. Essa relação numérica levaria em consideração as peculiaridades dos Estados e regiões. Atingindo-se a quantidade fixada periodicamente pelo CNJ e formulado o requerimento, o tribunal teria o dever de instaurar o IRDR, não havendo que se falar em discricionariedade ou faculdade do magistrado, como maleficamente entendeu o STJ para o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 476 do CPC/1973” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 216).

60 Humberto Theodoro Júnior et al. observam que o procedimento para resolução de casos idênticos envolvendo assistência e previdência social pode ser instaurado quando da verificação de mais de 20 casos sobre a matéria. (*Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 381).

61 Leonardo Greco chega a afirmar que: “(...) somente um número elevado de processos ou recursos sobre a mesma questão, que possa abarrotar as pautas de julgamento de juízos e do tribunal de segundo grau, a tal ponto que possa prejudicar a qualidade das suas decisões ou retardá-las de modo intolerável, justifica a instalação do incidente” (*Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 409).

qualificação jurídica dos fatos e seus efeitos. Trata-se de aspecto essencial para o convívio em sociedade, pois orienta os indivíduos a respeito do que se pode esperar das próprias condutas e do que se pode exigir das condutas alheias<sup>62</sup>.

Uma vez que o Estado proíbe a autotutela, reservando para si a execução coativa do direito, é preciso que lhe estejam disponíveis instrumentos capazes de satisfazer as expectativas dos sujeitos que praticam seus atos confiando na efetividade do ordenamento jurídico. Do contrário, instaura-se um estado de insegurança incompatível com a estabilidade que, através do direito, se pretende alcançar.

Não é difícil concluir que o princípio da segurança jurídica é elemento estruturante do Estado de Direito e serve de instrumento para realização de direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade e a dignidade<sup>63</sup>. Por isso mesmo a Constituição da República traz uma série de institutos vinculados à segurança jurídica. Pode-se mencionar, por exemplo, a especial proteção à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Também a publicidade e a irretroatividade das normas jurídicas são elementos destinados à tutela da segurança,<sup>64</sup> prevista, ela própria, como direito

fundamental pela Constituição brasileira.

Desse modo, são dimensões do princípio da segurança jurídica a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiança, as quais se corporificam na possibilidade de conhecimento do ordenamento jurídico vigente, que resulta na condição de planejar os atos futuros, confiando na estabilidade, no respeito e na aplicação das normas jurídicas<sup>65</sup>.

Evidentemente, a existência de um direito escrito não é suficiente para concretizar tais dimensões da segurança jurídica de forma satisfatória. É preciso que haja também a unidade e estabilidade da interpretação destas normas.<sup>66</sup>

Por isso, o art. 926 do Código de Processo Civil estabelece que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Sem dúvida alguma, proceder de modo contrário seria vulnerar flagrantemente o princípio da segurança jurídica.

Mas é claro que a prolação de decisões judiciais antagônicas viola outras normas constitucionais, destacando-se dentre elas o princípio da isonomia. E isso porque, do mesmo modo que a existência de normas gerais e abstratas não é, por si só, capaz de garantir a segurança jurídica, também não se alcança apenas através delas a igualdade nos casos concretos<sup>67</sup>.

Nesse sentido, não basta que o

62 MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 212.

63 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 191-195. Também ressaltando o caráter instrumental do princípio da segurança jurídica: PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014. p. 55-58; GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 186.

64 OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedentes: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: RT, 2015. p. 23-26.

65 Ibidem, p. 26.

66 MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 215.

67 PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014. p. 58-67.

ordenamento jurídico garante a igualdade perante a lei. É preciso que assegure, do mesmo modo, a igualdade perante a interpretação judicial da lei.<sup>68</sup> Quer-se dizer com isso que a coerência do ordenamento jurídico depende de sua capacidade de assegurar resultados idênticos a sujeitos que se apresentem na mesma situação jurídica.

Com efeito, carecerá de legitimidade o sistema que não puder oferecer respostas compatíveis com a semelhança dos casos apreciados,<sup>69</sup> simplesmente porque tal exigência é ínsita ao Estado de Direito, como antes já se mencionou.

Por isso mesmo, já foi dito que o IRDR tem como uma de suas finalidades cessar a dispersão jurisprudencial e, por consequência, a violação sistêmica aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Fala-se aqui de violação sistêmica porque, a nosso sentir, é precisamente disso que se cuida em matéria de IRDR. Perceba-se que, a rigor, o sistema tolera algum debate – e, portanto, alguma divergência – em relação à correta interpretação do direito aplicável à determinada situação jurídica. Isso, por si só, já implica tratamento distinto a pessoas que eventualmente estejam envolvidas em circunstâncias de fato idênticas.

Perceba-se: se do ponto de vista teórico é absolutamente injustificável que pessoas na mesma situação jurídica tenham tratamentos distintos, é preciso reconhecer que esse é um resultado muito difícil – para não dizer

impossível – de ser obtido na prática. A própria coisa julgada pode, em muitos casos, representar um obstáculo à consecução dessa finalidade, já que não se presta à garantia da justiça da decisão, mas, sim, à proteção de sua estabilidade.<sup>70</sup> E, nesse particular, é preciso reconhecer que, além do aspecto instrumental, a segurança jurídica apresenta também um aspecto funcional, agregando, por si só, valor ao sistema<sup>71</sup>.

De qualquer modo, ainda que se possa admitir – sob o aspecto sistêmico – a existência de decisões injustas, essas precisam ser evitadas tanto quanto possível. E isto porque a correção na aplicação do direito é um valor que também precisa ser tutelado pela ordem jurídica. Nessa linha, a sofreguidão para estabilização da jurisprudência pode produzir efeitos profundamente deletérios, por generalizar situações de injustiça toleráveis tão somente para casos isolados e, nos termos aqui sustentados, inevitáveis até certo ponto.

70 “A finalidade de viabilizar o discurso jurídico, portanto, deixa claro que *não se pretende com a coisa julgada garantir a justiça dos julgados*, apesar de perseguida durante todo o transcurso processual. Esta qualidade de estabilizar as decisões judiciais visa a pôr um ponto final na discussão, preocupada com o valor segurança jurídica, elemento inseparável do discurso jurídico útil do Estado Constitucional” (OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Cosa julgada e precedentes*: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: RT, 2015. p. 34).

71 “A ideia é a de que, mesmo quando há injustiça, a existência de segurança jurídica traz vantagens *adicionais* aos cidadãos, no sentido de que eles podem adotar ações estratégicas, procurando evitar práticas *mais* injustas. *Tal verificação exteriorizaria um valor intrínseco da segurança jurídica no sentido de que um sistema injusto com sua presença é melhor que um sistema injusto sem ela. Essa parece ser a posição de MacCormick e Sammers. A segurança jurídica, em um sistema injusto, teria, pelo menos, a função de evitar maiores injustiças.* (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 191., com grifos nossos).

68 Idem.

69 MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 233.



Desse modo, cabe adotar um meio termo entre a urgência de se evitar decisões contraditórias e a necessidade de se produzir entendimentos corretos e estáveis. Percebe-se, pois, uma nítida tensão entre os princípios da isonomia e da segurança jurídica, porque, quanto mais se privilegia um (acelerando ou retardando a estabilização jurisprudencial), mais se distancia do outro.

Curioso observar que nem mesmo a instauração do IRDR, com a suspensão dos processos pendentes, é necessariamente capaz de evitar a divergência jurisprudencial, reforçando a afirmativa lançada acima no sentido de ser praticamente impossível uma absoluta igualdade de tratamento em todos os casos idênticos.

Basta pensar na hipótese em que se discute a existência de um dever jurídico estatal no fornecimento de certo medicamento.

Nos termos do art. 982, I, do CPC os processos pendentes deverão ser suspensos, *salvo em relação às medidas de urgência* (art. 982, § 2º, do CPC). Perceba-se, então, que durante a tramitação do IRDR o sistema muito provavelmente conviverá com decisões divergentes a respeito do tema, já que cada juízo em que tramita um dos processos repetitivos terá de apreciar, antecipadamente, a questão afetada ao órgão colegiado do respectivo tribunal<sup>72</sup>.

Portanto, o risco de violação ao princípio da isonomia não diz respeito à simples possibilidade de haver decisões divergentes, aplicadas a sujeitos em idêntica situação jurídica. Fosse isso, inclusive, o regime

atribuído ao IRDR teria de ser preventivo e, no nosso entendimento, não alcançaria o correto equilíbrio entre igualdade, justiça e segurança, pretendidos pelo legislador.

E, se isso está correto, é preciso interpretar o risco à isonomia como provável incapacidade do sistema em, através dos instrumentos tradicionais, promover tempestivamente a uniformização jurisprudencial.

Lembre-se, aqui, do mesmo exemplo da demanda condenatória ao fornecimento de medicamentos, a que acima se fez referência. Se vários juízos de primeira instância discordam acerca do cabimento ou não da liminar, mas tal divergência não se reproduz no respectivo tribunal, entendemos não ser admissível o IRDR. Queremos dizer com isso que a divergência vertical não é suficiente para justificar a instauração do incidente, pois o sistema recursal será capaz garantir – sob o ponto de vista sistêmico – o tratamento igualitário entre os sujeitos em idêntica situação jurídica.

No caso acima, a uniformidade da jurisprudência deverá ser alcançada através da edição de enunciado de súmula, com indicação dos casos que a produziram, orientando os juízos inferiores em relação ao posicionamento predominante no Tribunal<sup>73</sup>.

O mesmo pode ser dito em relação a decisões evidentemente isoladas e excepcionais no âmbito do próprio Tribunal. Basta pensar na hipótese em que certo desembargador vota sempre vencido em determinada câmara ou turma, mas, em dada oportunidade, faz

72 TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 124.

73 Nesse sentido, o art. 926, § 1º, do Código de Processo Civil dispõe que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

prevalecer a divergência, pela presença de um juiz de primeiro grau convocado para integrar o colegiado. Também aqui não será o caso de admissão do IRDR, cabendo ao tribunal produzir enunciado de súmula, a fim de dar publicidade e fazer prevalecer seu entendimento dominante, inclusive em relação aos seus órgãos fracionários.

Percebe-se, portanto, que a divergência precisa ser efetiva e atual. Efetiva porque precisa explicitar uma real distinção de entendimentos entre os diversos órgãos do respectivo tribunal. E atual porque, caso superada, se deverá considerar cessado o risco de ofensa sistêmica aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Desse modo, em que pese não ter sido exigida de forma expressa a demonstração de divergência jurisprudencial para admissão do incidente, tal necessidade decorre da própria sistemática criada pelo legislador, especialmente quando excluiu o caráter preventivo do instituto.<sup>74</sup>

Nessa linha, plenamente aplicável ao IRDR, com as ponderações acima deduzidas, o disposto no art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil, que versa sobre a prova da divergência. Destaca-se aqui a necessidade de confrontação específica dos casos indicados por aquele que postula a instauração do incidente, demonstrando ao tribunal que se está, efetivamente, diante de tratamento jurídico desigual para situações jurídicas que demandariam respostas uniformes pelo Poder Judiciário.

74 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 213-215. Cf. também: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 479.

### 3.4 Processos pendentes no respectivo tribunal

Muito se tem discutido a respeito da necessidade de inauguração prévia da competência do tribunal, para que se torne admissível a instauração do IRDR.<sup>75</sup> E isso porque, como se sabe, a fixação de competência dos Tribunais Regionais Federais é estabelecida pela Constituição da República (art. 108 da CR) e a dos Tribunais de Justiça foi remetida às Constituições Estaduais (art. 125, § 1º, da CR). Em ambos os casos, portanto, não poderia a legislação federal inaugurar a competência dos tribunais sem que houvesse previsão anterior nos diplomas adequados, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal.

Entretanto, parte da doutrina tem sustentado ser possível reconhecer uma competência implícita do tribunal para julgamento do incidente, oriunda do dever de revisão dos tribunais superiores em relação aos inferiores e também da necessidade de preservação da coerência e unidade da jurisprudência no âmbito de sua jurisdição.<sup>76</sup> Em

75 Apesar da divergência, dispõe o Enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

76 “Com efeito, parecer ser possível extrair a competência para julgamento do IRDR de nosso sistema jurídico, como uma *competência implícita* dos tribunais, enquanto órgãos ordenados em nível superior aos juízos de primeiro grau, com o poder de revisão em relação às decisões inferiores (competência prevista para os tribunais federais, no art. 108, II, da CRFB). Esta competência implícita estaria justificada constitucionalmente pela exigência de manter coerência e unidade na interpretação e aplicação do direito, e nos direitos fundamentais de isonomia e de segurança jurídica” (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 113-114) Na mesma linha é o Enunciado 22 da Enfam: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de

reforço, argumenta-se que há outros institutos de competência originária de tribunal, sem previsão constitucional, tais como o incidente de suspeição ou impedimento e o incidente de suspensão de segurança<sup>77</sup>.

Apesar da profundidade com a qual tais argumentos têm sido apresentados por parte da doutrina, entendemos não ser a hipótese de reconhecimento de competência implícita do tribunal<sup>78</sup>. Perceba-se, em primeiro lugar, que há pouca semelhança entre o IRDR e os demais incidentes mencionados pela doutrina como caracterizadores de uma competência implícita de tribunal. No caso da alegação de impedimento, por exemplo, o caráter implícito da competência decorre da necessidade de viabilizar a instauração imediata do incidente e da circunstância de ser o juiz a parte arguida<sup>79</sup>. Desse modo, sendo a análise da questão improrrogável – sob pena de se gerar inúmeros inconvenientes processuais oriundos da tramitação do processo por juiz impedido –, essa deve ser remetida imediatamente ao tribunal. Já no que tange à suspensão de medida liminar, a necessidade imediata de instauração decorre dos próprios fundamentos da medida, vinculados à grave lesão ao interesse público<sup>80</sup>.

.....  
processo pendente no respectivo tribunal”.

77 Idem, p. 114.

78 No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 23-26; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 479; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 594-595.

79 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 679.

80 Trata-se aqui de generalizar, sob o manto do interesse público, as hipóteses do art. 4º da Lei Federal 8.437/92, que menciona ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Ademais, trata-se de impugnação contra ato praticado pelo juízo *a quo*, razão pela qual, implicitamente, se infere que sua apreciação deve se dar por órgão superior<sup>81</sup>. Acrescente-se que doutrina e jurisprudência reconhecem um caráter jurídico-político na decisão prolatada no incidente de suspensão de segurança, reforçando ainda mais a constitucionalidade da competência atribuída ao presidente do respectivo tribunal, com possibilidade agravo interno para apreciação colegiada.

Acreditamos ser distinto o caso do IRDR. Isso porque não se vislumbra imprescindível a instauração de incidente no Tribunal antes mesmo da inauguração da competência dos órgãos de segundo grau. A rigor, a possibilidade de instauração do IRDR a partir de qualquer recurso – inclusive o agravo de instrumento – torna dispensável a consideração a respeito de eventual competência implícita para o incidente.

Além disso, entendemos que, se realmente houver competência implícita, essa apontará para a dependência processos, recursos, reexames necessários no Tribunal. E dizemos isso porque, conforme defendemos neste trabalho, o IRDR depende de divergência entre órgãos do próprio Tribunal, não sendo suficiente a demonstração de dispersão jurisprudencial entre juízos de primeira instância.

Recorde-se que há instrumentos existentes no Código de Processo Civil cujo objetivo é uniformizar a jurisprudência do Tribunal, a qual

.....  
81 Não se ignora que, em certos casos, a impugnação é apreciada pelo próprio juízo que prolatou a decisão. Esse é, por exemplo, o caso dos embargos infringentes previsto no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais. Entretanto, são hipóteses excepcionais no sistema brasileiro, no qual o ato praticado por determinado juízo, quando impugnado, é em regra apreciado por órgão jurisdicional distinto.

se espalha aos demais órgãos jurisdicionais através do efeito vinculante<sup>82</sup>. Especificamente no caso do IRDR, a uniformização da jurisprudência antes de qualquer divergência junto aos órgãos de segundo grau conferiria ao instituto nítido caráter preventivo, à revelia da natureza legalmente atribuída ao instituto. Desse modo, a admissibilidade do incidente depende efetivamente da existência de feitos no tribunal e de divergência entre decisões de órgãos de segunda instância.

Importante observar que não mencionamos o parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil,<sup>83</sup> por dois motivos. O primeiro é que o dispositivo tem sido utilizado, com boas razões, tanto pelos que defendem a instauração do IRDR a partir de processos de primeiro grau<sup>84</sup>, quanto pelos que sustentam ser isto possível apenas em relação aos feitos em trâmite nos Tribunais<sup>85</sup>. Desse modo, o artigo não parece ser determinante para a adoção de qualquer das correntes, já que sua interpretação permite argumentação a favor de ambos os entendimentos. O segundo é

que, a nosso sentir, o dispositivo padece de inconstitucionalidade formal. Isso porque texto foi incluído diretamente na redação final do Código de Processo Civil, sem que a respeito dele tenha havido debate em qualquer das Casas Legislativas. Assim, tem-se aqui flagrante violação ao processo legislativo, devendo ser reconhecida a invalidade do dispositivo em comento<sup>86</sup>.

Avançando no tratamento do tema que ora nos ocupa, observamos que a instauração do incidente depende da afetação de pelo menos dois casos representativos da controvérsia.<sup>87</sup> Aplica-se aqui os §§ 1º e 5º do art. 1.036 do Código de Processo Civil, que estabelecem esse requisito para a instauração do procedimento dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos.<sup>88</sup> Pressupondo-se a repetição da questão, é salutar a exigência legal de, pelo menos, duas causas pendentes de julgamento no respectivo Tribunal, possibilitando a ampliação do debate a ser travado para fixação da tese.

Dúvida existe sobre a possibilidade de

82 Em relação aos processos que tramitam estritamente na primeira instância, evita-se a divergência de decisões através de outros mecanismos, dentre os quais se destaca a técnica da reunião de processos em um mesmo juízo (cf., por exemplo, artigos 55 e 69, § 2º, VI, ambos do Código de Processo Civil).

83 Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. *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.*

84 Por todos: THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 381.

85 Por todos: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 480-481.

86 “É inconstitucional formalmente, pois ele não encontra qualquer enunciado normativo correspondente no Anteprojeto, no Projeto do Senado e no Projeto da Câmara. Simplesmente foi incluído na redação final do texto submetido ao plenário do senado, sem qualquer discussão a seu respeito nas casas legislativas. A sua inclusão no texto final violou o devido processo legislativo e, portanto, o referido dispositivo deve ser declarado inconstitucional por vício formal” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 265).

87 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3. p. 615.

88 A questão da seleção dos casos repetitivos não é objeto do presente trabalho, mas foi analisada com profundidade por CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 186, 2010. Versão digital.

instauração do IRDR na pendência de qualquer recurso. Evidentemente, essa celeuma não atinge a apelação, que encerra juízo definitivo pelo órgão jurisdicional em relação às questões de direito processual ou material envolvidas. Essa circunstância autoriza a instauração do IRDR, caso preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Considerando a existência de autorização legal para admissão do incidente também em relação a questões processuais, entendemos não haver qualquer problema na instauração do IRDR em apelações interpostas contra sentenças terminativas, quando será, por exemplo, discutida a existência ou não dos pressupostos processuais ou das condições da ação em determinada causa.

Nos casos de decisão meritória, com maior razão se justifica a possibilidade de instauração do incidente, já que, a princípio, o juízo *a quo* terá analisado todas as questões de direito que lhe foram submetidas, à luz dos fatos que compõe a causa.

Como corolário lógico das afirmativas acima, é preciso sustentar que o IRDR será cabível também nas hipóteses em que for interposto agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas com fundamento nos artigos 485 ou 487 do Código de Processo Civil. É que, nesses casos, também haverá um juízo definitivo pelo juízo *a quo* sobre a questão de direito material ou processual debatida.

A questão, entretanto, torna-se mais controversa quando se pretende instaurar o IRDR a partir de agravos de instrumentos interpostos contra decisões que deferem ou indeferem tutela provisória. E aqui, mais uma vez, pensamos ser necessário o enfrentamento do ponto a partir das finalidades do instituto.

Parcela da doutrina defende a possibilidade de instauração do IRDR em tais hipóteses, porém entendendo que, nesses casos, a ausência de cognição exauriente imporá limitações à extensão do IRDR.<sup>89</sup> Significa dizer que se teria como objetivo a uniformização das decisões liminares, permanecendo limitadas aos requerimentos repetitivos de antecipação de tutela.<sup>90</sup>

*Data maxima venia*, não concordamos com tal posicionamento. Em primeiro lugar porque, como já dito, a instauração do IRDR não tem o condão de suspender a análise dos provimentos de urgência, que continuariam a ser prolatados durante toda a tramitação do incidente. Além disso, o Código de Processo Civil optou pela descentralização das decisões urgentes – ao invés de mantê-las sob a competência de um único juízo. Como resultado, no curso do IRDR muito provavelmente várias decisões divergentes serão prolatadas nos órgãos de origem.

Do mesmo modo, os respectivos recursos serão distribuídos aos órgãos fracionários do Tribunal, que deverão julgá-los, sem necessidade de aguardar a decisão do IRDR. Queremos dizer com isso que, pela sistemática criada pelo Código de Processo Civil, não é possível evitar decisões liminares contraditórias durante o período de suspensão dos processos, salvo por instrumentos colocados à disposição pelo legislador aos juízos de primeira instância e que em nada se relacionam com o IRDR – é o caso, por exemplo, da reunião de processos a que faz referência o art. 69, § 2º, VI, do Diploma Processual.

89 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 230.

90 Idem.

Em segundo lugar, acreditamos que seria contraproducente suspender a tramitação de todos os processos no âmbito do respectivo Tribunal para produzir decisão restrita aos provimentos liminares. Além da falta de amadurecimento da discussão, viabilizando sucessivas revisões, seria posteriormente necessária a instauração de novo IRDR, dessa vez com objetivo de consolidação da tese. O procedimento importaria, pela segunda vez, a suspensão de todos os processos em trâmite no território sob a jurisdição do Tribunal, em subversão às finalidades almejadas pelo instituto, em especial no que diz respeito à razoável duração do processo.

Isso não torna inviável a instauração de IRDR em agravo de instrumento. Mas acreditamos que o critério essencial para a admissão em tais casos seja o evidente amadurecimento da discussão naquele processo. Não se trata de acrescentar requisito de admissibilidade não previsto pelo legislador. Muito pelo contrário, acreditamos ser esta condição inerente à necessidade de escolha de “caso representativo da controvérsia”.

Basta pensar na hipótese em que determinada petição inicial explicita todas as discussões travadas até então sobre dada matéria de direito, sendo a ela contraposta contestação, na qual as razões favoráveis à procedência do pedido tenham sido adequadamente enfrentadas pelo réu. No caso hipotético, o juízo de origem proferiu decisão interlocutória extremamente profunda a respeito do tema – já que o ponto controvertido fora objeto de apreciação em outros processos de idêntica natureza, inclusive em cognição exauriente.

Havendo, nesse caso, interposição

de agravo de instrumento, parece-nos inexistir óbice à afetação de tal recurso como representativo da controvérsia, já que suas manifestações espelham um complexo debate que antecedeu a propositura da demanda e que foi por ela sintetizada e enriquecida.

Aliás, é bem possível que o mesmo IRDR tenha como recursos representativos uma apelação e um agravo de instrumento, já que, como dito anteriormente, os fatos repetitivos são tomados *in statu assertionis* para análise da questão predominantemente de direito. Importam, afinal, os argumentos suscitados, a qualidade da exposição, a abrangência do debate, enfim a representatividade em relação à controvérsia que se pretende solucionar.

### 3.5 *Inexistência de recurso especial ou extraordinário repetitivo sobre a mesma questão*

O Código de Processo Civil prevê um requisito negativo de admissibilidade do IRDR, qual seja, a inexistência de recurso especial ou extraordinário repetitivo sobre a mesma matéria (art. 976, § 4º, do Código de Processo Civil).

O impedimento se aplica aos casos em que a questão já tenha sido pacificada pelos Tribunais de Superposição através do procedimento de recursos repetitivos<sup>91</sup> – hipótese para a qual o Código de Processo Civil exige a consideração da decisão – e também aos casos nos quais a tramitação já tenha sido admitida, porém a tese ainda não esteja firmada.

Evidentemente, pelas mesmas razões, não

91 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 628.

deve ser admitido o incidente quando houver Enunciado de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. Essa impossibilidade não abrange os casos em que haja simples proposta de verbete sumular, já que a efetiva vinculação dependerá de evento futuro e incerto, qual seja, a aprovação da tese por dois terços dos membros do Pretório Excelso.

Concordamos com o entendimento segundo o qual, nas hipóteses acima, haverá ausência de interesse processual na instauração do IRDR, já que a tese fixada no recurso especial ou extraordinário repetitivo vinculará o Poder Judiciário em todo o território nacional.<sup>92</sup> Desse modo, desnecessária a realização de toda a atividade processual prevista no Código de Processo Civil para discussão de tema já consolidado em instância superior ou para fixação de tese que, inevitavelmente, será substituída pela decisão dos órgãos jurisdicionais de cúpula. Nesse último caso, o prosseguimento do IRDR, além de não pacificar a questão, poderia potencializar decisões contraditórias nos respectivos entes federativos, vulnerando gravemente os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Ainda que não houvesse previsão expressa de inadmissibilidade do IRDR na pendência de recursos repetitivos nos Tribunais de Superposição, essa conclusão seria alcançável através do art. 1.037, II, do Código de Processo Civil, que determina a suspensão de todos os processos que versem sobre a questão no território nacional. Desse modo, suspensos os processos, e admitindo-se neles apenas a prática de atos urgentes, restaria inviável a

instauração do incidente a partir de uma dessas causas.

Por coerência, havendo admissão posterior de recurso sob o procedimento de causa repetitiva no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, ocorrerá a perda superveniente do interesse processual na fixação da tese dos incidentes já instaurados. Este fato imporá a extinção do incidente sem resolução do mérito, mantidos suspensos todos os processos sobre a questão, justamente por força do art. 1.037, II, do Código de Processo Civil.

Perceba-se, então, que a demora em suscitar o incidente poderá resultar na sua inefetividade, já que a falta de suspensão dos processos mantém o julgamento da questão por vários órgãos fracionários e permite, por consequência, a interposição de recursos especial e extraordinário que veiculem a mesma questão de direito.

Por outro lado, é imprescindível a existência de algum debate – e, portanto, de alguma divergência – em prol da solução adequada e estável da questão a ser resolvida. Essa circunstância exigirá sensibilidade também dos Tribunais de Superposição, já que a admissão dos recursos excepcionais repetitivos terá profunda repercussão nas jurisdições estaduais e, especialmente, na possibilidade de fixação de tese a partir do IRDR.

#### 4 Conclusão

Como quase tudo o que é novo, o IRDR tem despertado opiniões extremadas a respeito de sua aptidão para enfrentamento da chamada litigância repetitiva. Com pouco mais de seis meses de vigência, já se contam inúmeras

92 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016. p. 233.

divergências doutrinárias que serão objeto de paulatina apreciação pelo Poder Judiciário.

Conforme sustentamos no presente trabalho, o enfrentamento das questões suscitadas deve ocorrer de modo a potencializar as finalidades do instituto, mas sempre observando o regramento legal conferido à matéria.

De nossa parte, acreditamos que a interpretação ampliativa dos pressupostos de admissibilidade do incidente pode se revelar contraproducente, congestionando o órgão responsável pela uniformização de jurisprudência e permitindo a formação de decisões que não explicitam um debate profundo sobre a matéria discutida.

Deve-se, pois, buscar um equilíbrio entre as posições que defendem a instauração do IRDR em praticamente qualquer caso e aquelas que, em sentido inverso, restringem ao máximo seu âmbito de incidência.

De qualquer modo, pensamos que o IRDR pode prestar importante contribuição ao sistema, aumentando a capacidade do Poder Judiciário em fornecer respostas adequadas e isonômicas aos casos repetitivos que cotidianamente lhe são apresentados.

Por certo, muitos são os desafios e, com eles, muitos são os riscos de desvirtuamento do incidente. Mas o fato é que, para além do sistema de vinculações, ao qual o Código de Processo Civil tantas vezes faz referência, o IRDR reforça o princípio da impessoalidade no exercício da jurisdição, sendo esse um caminho que, trilhado, nos aproximará mais da ideia de Estado Democrático de Direito.