

LIMITES DE COGNIÇÃO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Gustavo Viegas Marcondes

Resumo: Neste artigo, busca-se enfrentar a questão dos limites de cognição do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, com relação ao resultado do julgamento sobre o caso do qual sua instauração decorreu.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas – casos repetitivos – tutela coletiva

Sumário: 1. Introdução: Cenário atual da tutela coletiva no Brasil. 2. O tratamento processual das questões massificadas 3. O tratamento procedimental das questões massificadas 4. O julgamento do IRDR 5. Conclusões. Referências.

1. Introdução: Cenário atual da tutela coletiva no Brasil

O direito processual civil vive um momento verdadeiramente desafiador no Brasil, particularmente no que tange à tutela coletiva. Não fosse suficiente a perspectiva transformadora que se atribuiu ao NCPD,

especialmente no que concerne ao julgamento de casos repetitivos, os diversos fluxos e influxos que se tem testemunhado no tocante à tutela coletiva, mesmo do ponto de vista exclusivamente doutrinário, nos rememoram que ainda há muito a ser feito.

É fato que há mais de 40 anos, não apenas no Brasil, a doutrina processual já havia compreendido que se operava uma verdadeira revolução em termos de tutela dos direitos, capitaneada por novos “corpos sociais” e novos interesses jurídicos dignos de tutela judicial¹. Fazia-se indispensável a superação da *summa divisio* público x privado por uma nova concepção, que levasse em conta o surgimento desses novos direitos e novos sujeitos de direitos.

A clássica dualidade direito público x direito privado precisava ser relida à luz do

1 CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 5, p. 128-159, jan-mar 1977.



Gustavo Viegas Marcondes

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP (2017-2019), professor do Centro Universitário “Barão de Mauá” em Ribeirão Preto/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de Ribeirão Preto (2012).

Estado Constitucional², o que também impunha o surgimento de uma a uma nova dualidade: direito individual x direito coletivo³.

Entendeu-se, desde então, que um modelo processual unidimensional, baseado na atribuição de legitimidade exclusivamente ao próprio titular do direito subjetivo tido por violado, não era suficiente para contemplar adequadamente esses novos direitos⁴. Esse modelo individualista (e patrimonialista) de prestação da tutela jurisdicional decorria de uma realidade jurídica própria do século XIX, contemporânea à emancipação científica do direito processual e que encontrou, no CPC de 1973, um verdadeiro porto seguro.

No entanto, já na segunda metade do século XX, percebeu-se a insuficiência e a inadequação desse modelo para a tutela de situações jurídicas “massificadas”, não individuais e não exclusivamente patrimoniais.

Mais do que isso, percebeu-se que somente pela via jurisdicional *coletiva* é que se poderia efetivamente materializar o “Estado Democrático de Direito”, calcado na efetiva participação popular, inclusive no âmbito de concretização de políticas públicas, e na realização dos direitos fundamentais,

propugnados pela Constituição Federal⁵⁻⁶.

No Brasil, esse fenômeno se revelou, fundamentalmente, por meio da Ação Popular (Lei 4.717/1965)⁷, posteriormente pela Ação Civil Pública (Lei (7.347/1985), culminando na Constituição Federal de 1.988 e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), arcabouço legislativo que foi posteriormente alçado ao patamar de “microsistema” de processo coletivo brasileiro.

Marcos de Araújo Cavalcanti aponta que a tutela jurisdicional coletiva surgiu, no Brasil, de uma derivação das *class actions* norte-americanas, a partir de estudos doutrinários empreendidos por processualistas italianos, merecendo destaque os trabalhos de Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Andea Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti e Nicolò Trocker⁸. Esses autores influenciaram decisivamente os primeiros estudos brasileiros a respeito da tutela coletiva, capitaneados, dentre outros, por José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover.

2 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 258.

3 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 397-406.

4 CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 5, p. 128-159, jan-mar 1977.

5 VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102.

6 VASCONCELOS, Antônio Gomes de; Thibau, Tereza Cristina Sorice Baracho e OLIVEIRA, Alana Lúcio. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 8. Volume XIII, jan-jun 2014, p. 66-82.

7 A ação popular já era prevista na Constituição Federal de 1934, contudo, sua disciplina procedimental apenas tocava o aspecto da legitimidade. Foi apenas a partir da Lei 4.417/1965 que se conferiu à ação popular a amplitude atual, possibilitando o seu uso para a tutela de interesses essencialmente transindividuais.

8 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. **Revista dos Tribunais**. n. 940. p. 89-, fev-2014.

Com efeito, desde o final dos anos 70, com as primeiras ondas renovatórias de acesso à Justiça, o Brasil tem ocupado posição verdadeiramente vanguardista, sobretudo em termos de doutrina e legislação sobre tutela coletiva⁹. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira, em célebre texto publicado em 1.991, já destacava que a Constituição Federal de 1988, ao dar ênfase às ações coletivas, ainda que cometendo “cochilos técnicos”¹⁰, proporcionou uma virada na tutela dos direitos, optando-se, claramente, pela via coletiva em detrimento da via individual¹¹:

Além de ser digna de nota a própria opulência em si das Ações Coletivas no Direito Brasileiro, é ainda mais digno de nota o fato de que isso esteja presente na Constituição. Em regra, as Constituições de outros países não se preocupam em prever com tanta riqueza de pormenores essa possibilidade de tutela jurisdicional coletiva; causa mesmo admiração a juristas estrangeiros essa característica de nossa Constituição. O florescimento de Ações Coletivas assinala o deslocamento, até certo ponto, da tônica, que estava colocada sobre as ações individuais, sobre os processos individuais.

9 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 14.

10 Como aquele que se viu no inciso XXI do art. 5.º e que posteriormente serviria de fundamento para se restringir, ainda mais, a eficácia da tutela coletiva, como se viu no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 573.232/SC e, mais recentemente, do RE 612.043/PR.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 16, n. 61, p. 187-200, jan-mar 1991.

É fundamental compreender, no entanto, que a tutela jurisdicional coletiva brasileira não se estruturou a partir de modelos procedimentais rígidos¹², mas sim no alargamento dos dois grandes pilares do processo, ou seja, na legitimação para agir e nos efeitos (objetivos e subjetivos) da coisa julgada. Em outras palavras, nas extremidades do procedimento¹³.

O modelo de tutela coletiva brasileiro foi concebido a partir da legitimação ativa conferida a órgãos ou entidades – públicos e privados – expressamente autorizados pelo ordenamento jurídico a pleitear, em nome próprio, a tutela dos interesses titularizados por grupos, classes ou categorias de sujeitos indeterminados ou indetermináveis. Por sua vez, a coisa julgada oriunda de tal modalidade de tutela jurisdicional só se formaria *secundum eventum litis*, de sorte a acolher os membros do grupo, classe ou categoria no caso de procedência do pedido ou na hipótese de improcedência, desde que não fundada na insuficiência de provas. Sempre, no entanto, ultrapassando os limites das partes formais do processo, com vistas justamente ao grupo, classe ou categoria.

A ação coletiva, portanto, se caracteriza por esse especial modo de prestação da tutela jurisdicional, em que o titular do interesse jurídico se faz “adequadamente representado” por um autor coletivo, dotado de legitimação autônoma para a condução da ação coletiva, bem como, pelo alcance *ultrapartes* ou *erga omnes* da coisa julgada.

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. n. 47. p. 9-19. 1994.

13 SHIMURA, Sergio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 44.

A propósito, segundo Luciano Velasque Rocha¹⁴, nem mesmo o objeto da ação, formado pela conjugação do pedido e da causa de pedir, será o fator determinante para a definição do que se deva entender por ação coletiva:

Quando quer que se conjuguem legitimados ativos que pleiteiem em juízo direitos ou interesses que não lhes sejam próprios (ou que o sejam apenas em parte) com o regime de extensão da coisa julgada para além daquelas pessoas situadas nos polos da relação processual, cremos tratar-se de ação coletiva.

Do ponto de vista de seus resultados concretos, todavia, o processo coletivo brasileiro não atingiu todas as suas potencialidades, ficando muito aquém do papel que se imaginava pudesse ter alcançado, inclusive em comparação com os sistemas de tutela coletiva adotados em outros países. Para André Vasconcelos Roque, “os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual”¹⁵. Na mesma linha, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta que “as ações coletivas não foram ainda capazes, infelizmente, de impedir ou atenuar satisfatoriamente o número de ações judiciais, decorrentes de questões comuns, que assolam o Poder Judiciário”¹⁶.

14 ROCHA, Luciano Velasque. Por uma conceituação de ação coletiva. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 27, n. 107, p. 268-277, jul-set 2002.

15 ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos? **Revista Eletrônica de Direito Processual**. volume XII. Ano 7. p. 36-65. jul-dez 2013.

16 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 299.

Diversos fatores contribuíram para a configuração desse quadro atual¹⁷. Marcos de Araújo Cavalcanti elenca fatores que vão desde características intrínsecas ao modelo brasileiro de tutela coletiva, aos efeitos sociais do desenvolvimento tecnológico¹⁸.

Sob uma perspectiva exclusivamente relacionada à técnica processual, pode-se afirmar que os critérios de definição de competência, conexão e litispendência próprios para as ações coletivas, associados à legitimação concorrente e disjuntiva, mostraram-se falhos, seja porque não impediram a proliferação de ações coletivas idênticas (ou muito semelhantes), seja porque não trouxeram definições claras a respeito dos critérios de determinação do foro competente para cada ação coletiva.

Do ponto de vista político, por outro lado, verificou-se que as ações coletivas sofreram um verdadeiro massacre promovido pelo Poder Público. À medida em que as ações coletivas começavam a apresentar resultados consistentes, em grande parte devido ao redesenho conferido pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público e às associações, atribuindo-lhes claramente a defesa dos interesses transindividuais, cresceram as iniciativas que visavam explicitamente restringir o alcance desse instrumento.

Dessa forma, inicialmente se buscou excluir do âmbito do objeto das ações civis públicas as pretensões que envolvessem tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 265, p. 213-218, mar 2017.

18 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 114-125.

outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários pudessem ser individualmente determinados¹⁹. Posteriormente, por meio da alteração do art. 16 da Lei 7.347/85, buscou-se restringir a extensão territorial dos efeitos da coisa julgada apenas e tão somente aos “limites da competência territorial do órgão prolator”, iniciativa amplamente condenada pela doutrina, bem como, também se buscou restringir o próprio manuseio das ações civis públicas pelas entidades associativas, especialmente no que tange às ações para a tutela de direitos individuais homogêneos.²⁰

Ainda no aspecto político merece destaque o desprestígio que as ações coletivas receberam, no aspecto da gestão dos processos e da própria estrutura do Poder Judiciário, que jamais se aparelhou adequadamente para dar vazão à tramitação das ações coletivas e efetiva publicidade acerca de seus resultados.

Apenas a título de exemplificação, vale destacar que uma das propostas inseridas no fracassado Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos consistia justamente na criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, de um cadastro nacional unificado de ações coletivas, iniciativa que, a despeito da não aprovação do aludido projeto de Lei, poderia

19 Parágrafo único inserido no art. 1º da Lei 7.347/85 pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

20 Do ponto de vista histórico e institucional, não deixa de ser, ao menos, curioso que o mesmo Estado que promoveu as ações coletivas justamente para que seus efeitos servissem como um mecanismo catalisador da tutela dos direitos, também atuou para restringi-las, editando Medidas Provisórias visando restringir o objeto das ações civis públicas (Medida Provisória 2.180-35/2001), visando restringir o alcance territorial das decisões proferidas em sede de ações civis públicas e, por fim, visando restringir o alcance subjetivo das decisões proferidas em ações civis públicas propostas por associações (Medida Provisória 1.570-5/1997, posteriormente convertida na Lei 9.494/1997).

ser encampada administrativamente pelo CNJ, com evidentes avanços.

Por fim, do ponto de vista cultural, a experiência das ações coletivas, no Brasil, revelou – e ainda revela – enorme resistência e profundo desconhecimento por parte de seus aplicadores, no âmbito do Poder Judiciário, da advocacia pública e privada, do Ministério Público e de todos os demais atores processuais. Nada obstante os mais de 40 anos de desenvolvimento de farta doutrina acerca das ações coletivas, ainda hoje, o que se vê, no mais das vezes, são demonstrações de despreparo e tentativas de aplicação às ações coletivas das técnicas e institutos processuais próprios do processo individual, como se se tratasse de tutelas ontologicamente equivalentes.

Nesse sentido, Aluiso Gonçalves de Castro Mendes bem sintetiza a atual quadra das ações coletivas no Brasil²¹:

O sucesso das ações coletivas está intimamente relacionado e condicionado à capacidade de se estabelecer um tratamento realmente “molecularizado” para a resolução dos conflitos de massa. Nesse sentido, a existência de várias ações coletivas, ao lado de milhares de feitos individuais, versando sobre a mesma questão de fundo, coloca em descrédito a perspectiva de um processo verdadeiramente coletivo, concebido para concentrar em um único feito as decisões, a colheita de provas, os recursos e, eventualmente, a própria execução.

Da mesma forma, Ada Pellegrini Grinover,

21 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 302.

com peculiar argúcia, também explicita as inúmeras dificuldades que o processo coletivo brasileiro tem enfrentado, inclusive no tocante à explícita preferência de se conferir soluções individualizadas – e repetitivas – a situações jurídicas massificadas, em lugar de conferir-lhes tratamento molecularizado e concentrado²².

[...] a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação e de sua interpretação: assim, por exemplo, dúvidas surgem sobre a natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a competência concorrente (que tem como consequência a proliferação de demandas, chegando a questão ao STJ só para resolver conflitos de competência), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a solução do problema de coexistência de ações individuais e coletivas, a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações e à multiplicação de decisões contraditórias), o controle difuso da constitucionalidade, a possibilidade de se repetir a demanda em razão de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no polo passivo da demanda. Por outro lado, é certo que o Poder Executivo tem tomado diversas iniciativas capazes de limitar a abrangência das ações coletivas; que o Poder Judiciário, como um todo, tem hesitado em relação a teses que oscilam entre a abertura e o fechamento das vias coletivas; que o

juiz, via de regra, não sabe lidar e não gosta de ações coletivas, preferindo sempre a solução individual; que os legitimados subutilizam as ações coletivas, sobretudo em campos como o da saúde, em que se multiplicam e proliferam as ações individuais. E o legislador brasileiro não se tem mostrado sensível à necessidade de aperfeiçoamento do sistema.

No primeiro aniversário de vigência do NCPC, colocam-se à frente da tutela coletiva brasileira grandes desafios, sobretudo, como se verá a seguir, no que tange aos impactos que o sistema de julgamento de casos repetitivos produzirá para a tutela dos direitos individuais homogêneos.

2. O tratamento processual das questões massificadas

As questões jurídicas massificadas, ensejadoras de demandas repetitivas, tanto individuais quanto coletivas, têm ocupado a dianteira de seguidas reformas processuais ocorridas especialmente na última década no Brasil. Por diversos instrumentos processuais, o que se tem incessantemente buscado é aumentar a velocidade e a produtividade do Poder Judiciário (inclusive com a fixação de metas), ainda que, numa primeira leitura, sob o prisma meramente estatístico.

O NCPC sobreveio justamente num contexto histórico marcado pela “crise numérica” dos processos (tanto individuais quanto coletivos) e pela frustração quanto aos resultados efetivamente advindos da tutela processual tipicamente coletiva. Segundo a ideologia encampada pelo NCPC, ainda que se

22 GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 265, p. 213-218, mar 2017.

opte pela via individual, não é juridicamente aceitável que uma quantidade exacerbada de demandas repetitivas sigam sendo tratadas de modo pulverizado pelo Poder Judiciário, ou seja, uma a uma. Menos aceitável ainda, que tais demandas sigam recebendo soluções jurídicas as mais diversas, a despeito da similitude fática dos casos concretos, “loterizando” a prestação da Jurisdição.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni aponta que “a multiplicação de ações repetitivas desacredita o Poder Judiciário, expondo a racionalidade do sistema judicial”²³.

Marcos de Araújo Cavalcanti destaca que o foco sobre a “crise numérica” dos processos configura verdadeira tendência do direito processual brasileiro, ao menos do ponto de vista legislativo, observada com maior ênfase a partir da Reforma do Poder Judiciário promovida pela EC 45/2004²⁴

Na incansável tentativa de lidar com os litígios de massa, as reformas processuais acima mencionadas, principalmente aquelas que decorreram dos aludidos *I e II Pactos Republicanos*, consagraram a tendência do legislador brasileiro em adotar, cada vez mais, novas *técnicas processuais* que buscam resolver, em bloco, demandas repetitivas, com a utilização de decisões-modelo, proferidas em julgamento de *causas-piloto*.

O NCPD optou por enfrentar a problemática da litigiosidade repetitiva, tendo

23 MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 858. p. 11-19. Abri-2007.

24 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 140.

como propósito primordial reduzir a quantidade de ações (individuais e coletivas) em tramitação que tratem das mesmas questões de Direito, atribuindo-lhes uma mesma solução jurídica, por meio de um único julgamento²⁵. Isso é possível porque os casos repetitivos veiculam questões homogêneas, do ponto de vista fático e/ou jurídico²⁶, o que significa que é possível analisar a questão controvertida uma única vez, resolvê-la judicialmente e replicar a mesma solução para todos os casos nos quais tal questão se faça presente.

Com efeito, a litigiosidade repetitiva não é um fenômeno verificado exclusivamente no Brasil, e pode ser analisada sob duas perspectivas fundamentais: i) pela ótica da gestão dos processos, ou seja, pelo modo pelo qual se presta a tutela jurisdicional e; ii) pela ótica da tutela dos direitos propriamente dita. Interessa-nos, neste momento, a análise do primeiro aspecto.

No que tange ao modo de prestação da tutela judicial, importa primeiramente analisar a tutela jurisdicional sob o enfoque ontológico, de modo a se determinar se se trata de tutela individual ou coletiva. Para

25 Parece-nos que o afã de se reduzir o volume de processos judiciais em tramitação, ao menos em certa medida, desconsidera a obviedade de que, se há muitos processos, há muitos litígios. E, se há muitos litígios, significa que determinadores setores da sociedade – o Poder Público incluído – seguem pautando suas respectivas condutas não pelo que determina o Direito, mas pelo que determina o juiz no bojo do processo, em decisões definitivas e inexoravelmente irrecorríveis. Sob esse ponto de vista, a solução para a problemática da quantidade de processos que assola o Poder Judiciário haveria de levar em conta as peculiaridades dos grandes “consumidores” de tutela judicial, bem como, as razões pelas quais ainda seguem orientando suas condutas em função do processo.

26 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 150.

tanto, é indispensável ter em vista o propósito da tutela judicial neste caso, ou seja, se o provimento jurisdicional se destina unicamente a resolver um conflito instaurado entre sujeitos determinados, ou se a sua finalidade é resolver uma quantidade indeterminada de conflitos homogêneos, presentes ou futuros.

Parece inegável reconhecer que a tutela judicial prestada pelo julgamento de casos repetitivos configura espécie de tutela coletiva, na medida em que haverá, também por esta técnica processual, o alargamento dos limites do procedimento, ou seja, uma maior abertura sob o aspecto da postulação e, conseqüentemente, uma vinculatividade maior dos resultados da tutela jurisdicional.

Essa característica é facilmente visualizada pelo sistema brasileiro de julgamento de casos repetitivos regulado pelo NCPC (art. 928), que reuniu sob um mesmo gênero, dois institutos distintos: os recursos especial e extraordinário repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Em ambos os casos, embora por técnicas processuais distintas, haverá a produção de um provimento jurisdicional destinado não apenas a regular um litígio concreto, certo e determinado, mas todos os demais litígios que contenham a mesma questão jurídica controvertida, presentes e futuros.

Para que se possa obter um provimento judicial com tal ordem de eficácia vinculativa, o tribunal, inexoravelmente, haverá de abrir-se para a participação qualificada, não apenas das partes litigantes, mas também do Ministério Público, da defensoria pública, de *amici curiae* e de terceiros que se vejam em situação jurídica análoga e poderão intervir, na qualidade de assistentes litisconsorciais.

Para Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, o denominado “microsistema” de tutela coletiva brasileiro deve integrar, além das ações coletivas, também o sistema de julgamento de casos repetitivos trazido pelo NCPC, tratando-se, mesmo, de espécies do gênero tutela coletiva²⁷:

O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: a) definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; b) eventualmente, uma vez observadas as exigências formais e materiais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. A tese jurídica vinculará todos os membros do grupo, como precedente-norma; não se trata de coisa julgada, mas de força obrigatória do precedente.

No mesmo sentido, Marcos de Araújo Cavalcanti esclarece que a natureza da tutela judicial não é dada, necessariamente, pela técnica processual empregada, mas sim pela sua finalidade²⁸:

[...] a coletivização de questões ou de interesses homogêneos pode ser

27 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. in DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord) **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 186.

28 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 154.

efetivada por meio de diversas técnicas processuais e em diferentes graus, não se confundindo, necessariamente, com as ações coletivas. Em verdade, haverá coletivização sempre que um instituto processual viabilizar o tratamento conjunto de questões comuns que poderiam ser examinadas em processos individuais.

Para que o NCPC concretizasse sua ideologia nesse aspecto, portanto, era necessário desenvolver mecanismos processuais que, a um só tempo, permitissem, num único julgamento, a resolução de questões homogêneas atinentes a diversos processos (individuais ou coletivos). Mais do que isso, era necessário que a solução atribuída a tais questões homogêneas se revestissem de vinculatividade (art. 927), inclusive para os casos futuros.

Tais mecanismos, embora já estivessem presentes na sistemática processual do CPC de 1973, especialmente no que concerne ao julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos, ganharam indiscutível destaque e preponderância no regime dos precedentes obrigatórios do NCPC. Isso porque os efeitos das decisões proferidas mediante o emprego de tais mecanismos decisórios se irradiam por todo o processo civil, obstaculizando recursos (art. 932, IV); permitindo julgamento de improcedência liminar (art. 332); permitindo a concessão de tutelas provisórias fundadas em evidência (art. 311, II); permitindo o ajuizamento de reclamação (art. 988) e, em última análise, até mesmo sujeitando a parte que se oponha aos seus resultados às penalidades inerentes ao ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 77, II).

Vale dizer que, ao conferir tal tratamento às causas repetitivas, o NCPC atribuiu verdadeira

eficácia normativa às decisões proferidas em sede de julgamentos de casos repetitivos, alçando-as ao mesmo patamar do texto legislativo, muito embora produto de atividade jurisdicional.

Evidentemente, as implicações práticas desse movimento são inúmeras e de grande impacto, a começar pela legitimação democrática dessa espécie normativa, produto da atividade de sujeitos que não foram eleitos pelo povo e não estão sujeitos ao controle político de sua atividade.

Seria possível argumentar que tal técnica processual, atinente às causas massificadas, na realidade, desloca a participação popular para dentro do processo, inclusive com ganhos de efetividade. Esse argumento, no entanto, sucumbe aos mesmos entraves já apontados para o sucesso da tutela coletiva no Brasil.

Por outro lado, como destacam Georges Abboud e Marcos Araújo Cavalcanti, mostra-se duvidosa a compatibilização desse sistema, particularmente no tocante à vinculatividade, à ordem constitucional vigente, uma vez que, exceção feita ao Supremo Tribunal Federal, nenhuma outra Corte de Justiça no país recebeu da Constituição Federal a competência para editar normas gerais e abstratas²⁹. Sofia Temer, todavia, sustenta inexistir qualquer violação à ordem constitucional como consequência da eficácia vinculante dos provimentos oriundos de tais espécies de julgamentos, em razão da necessidade de se rearticularem os poderes do Estado, de modo a se concluir que a norma judicial não se confunde com o texto legislativo:

29 ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev 2015.

[...] a atividade judicial com força normativa não é necessariamente a apropriação de uma atividade legislativa, senão a coordenação de atividades que têm condicionamentos recíprocos, haja vista a mútua implicação entre lei e decisão, quanto pela demonstração de que a norma judicial não se confunde com a lei, até porque o texto da lei pode dar ensejo a diversas normas³⁰.

Não se duvida, no entanto, que a se observar o regime das causas repetitivas nos moldes estipulados pelo NCP, a despeito das críticas quanto à sua adequação constitucional, haverá eficácia vinculativa às respectivas decisões.

3. O tratamento procedimental das questões massificadas

Como já apontado, as demandas repetitivas não configuram um fenômeno particularmente brasileiro e se apresentam como verdadeiros entraves à efetiva prestação da tutela jurisdicional em vários países, razão pela qual a ciência processual vem se deparando com a necessidade de se desenvolverem técnicas processuais adequadas a tais exigências, em complementação às ações coletivas.

Marcos de Araújo Cavalcanti esclarece que há, basicamente, dois modelos distintos de resolução de demandas repetitivas: o sistema de procedimentos-modelo e o sistema de causas piloto³¹:

30 TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 230.

31 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 53.

No sistema de *procedimentos-modelo*, instaura-se um incidente processual coletivo, determinando-se a suspensão do processamento de todas as causas repetitivas, até que o mérito do incidente seja julgado. As questões jurídicas homogêneas são apreciadas em *abstrato* e a decisão servirá de modelo para julgamento das demandas repetitivas suspensas. O tribunal onde foi instaurado o procedimento-modelo não julga o caso concreto e, portanto, não aprecia as questões particularizadas relativas aos processos repetitivos.

Diferentemente, no sistema de *causas piloto*, uma ou mais causas são escolhidas como representativas da controvérsia, servindo de processos paradigmas (causas piloto), nos quais serão proferidas decisões com o objetivo secundário de servir como referência para a resolução coletiva de uma quantidade significativa de demandas repetitivas até então suspensas pelo incidente instaurado.

Antônio do Passo Cabral, por sua vez, distingue os referidos sistemas de julgamento esclarecendo que o sistema de *causa piloto* apresenta como característica principal uma unidade cognitiva, ao passo que no sistema de “processos-modelo” somente se apreciam as questões repetitivas³², cindindo-se o julgamento de tal sorte que o tribunal julgue a questão comum e o juízo *a quo* julgue a causa.

[...] este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia

32 CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. in DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord) **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 38.

a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que essa mesma questão esteja sendo objeto do debate), algo como um “julgamento por amostragem” da causa piloto.

[...]

O segundo formato é aquele dos processos-modelo: neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário.

Pelo que se verifica, é possível identificar o sistema de julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos com o modelo de *causas piloto*, especialmente, porque nessa sistemática, não há cisão cognitiva. Escolhe-se uma causa para ser julgada, cuja decisão será também aplicada às demandas congêneres, que restarão suspensas até que se conclua o julgamento. Há, portanto, uma verdadeira escolha da *causa piloto*, dentre todas aquelas versando sobre a mesma matéria. A causa a ser escolhida deverá ser aquela que contenha em seu bojo o melhor substrato argumentativo e probatório ao julgamento que, por sua natureza, produzirá efeitos vinculativos. No sistema de *causa piloto*, o julgamento recai, a um só tempo, sobre o caso concreto e também sobre a questão abstrata (repetitiva).

No sistema do procedimento modelo, por outro lado, extrai-se um incidente processual a partir de uma determinada causa – que não necessariamente deverá conter o melhor substrato argumentativo e probatório – para que se julgue aquela determinada

questão repetitiva. Como a análise se dará de modo abstrato, unicamente sobre a questão jurídica repetitiva, perde relevância a escolha de uma determinada causa de onde se extrairá o incidente.

4. O julgamento do IRDR

No caso específico do IRDR, o sistema adotado pelo NCPC mesclou características de ambos os modelos acima identificados, tendo em vista que haverá a cisão cognitiva típica do procedimento modelo, no entanto, o julgamento não se aterá unicamente à questão repetitiva, abstratamente considerada. Incumbirá ao órgão competente julgar, além da questão repetitiva, também o recurso, a remessa necessária ou a ação originária de onde se originou o incidente (art. 978, parágrafo único).

Há duas questões de altíssima indagação relativas ao julgamento do IRDR que ainda não foram pacificadas pela doutrina e pela jurisprudência. Questiona-se, em primeiro lugar, se o incidente pode ser instaurado pelos respectivos legitimados diretamente a partir do primeiro grau de jurisdição, independentemente da pendência de uma causa que veicule questão repetitiva no segundo grau. Em segundo lugar, questiona-se a própria estrutura procedimental atribuída ao incidente, para se determinar quais os âmbitos de cognição permitidos ao órgão competente para julgá-lo.

Sofia Temer, arrimada no entendimento abraçado por autores como Aluiso Gonçalves de Castro Mendes e Luiz Henrique Volpe Camargo, defende não apenas ser dispensável a pendência de causa no Tribunal para conhecimento do IRDR, como também a inexistência de resolução

da questão concreta por meio do incidente³³:

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

Quanto ao segundo ponto de dissenso doutrinário, Luiz Guilherme Marinoni entende a competência conferida ao Tribunal para o julgamento do incidente produzirá uma decisão que apenas será tida por questão prejudicial ao julgamento da causa, pelo juízo do primeiro grau³⁴:

Se o órgão que julga a questão, além de julgar o recurso e o reexame necessário, deve também julgar “o processo de competência originária”, isso quer dizer que o juiz de primeiro grau não abre mão da sua competência para resolver a demanda que tem a questão de direito resolvida no incidente como prejudicial, mas o órgão competente para julgar a questão de direito assume a competência de julgar, por exemplo, o mandado de segurança que, de competência originária do tribunal, constitui uma das demandas

33 TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 111.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: RT, 2016, p. 71.

caracterizadas como repetitivas.

Em sentido diverso, parcela da doutrina³⁵ tem sustentado que o parágrafo único do art. 978 do CPC contém meramente uma regra de prevenção, e não de julgamento, de tal sorte que o mecanismo a ser adotado na apreciação do IRDR deverá ser o de integral cisão cognitiva. Ou seja, uma vez instaurado o IRDR, o tribunal apreciará e julgará unicamente a questão repetitiva e tal decisão, por ser vinculativa, será replicada inclusive ao processo de onde se originou o incidente. Segundo esse entendimento, quando tal feito for submetido ao segundo grau de jurisdição, deverá ser encaminhado ao mesmo órgão responsável pela fixação da tese jurídica no julgamento do incidente.

Nada obstante as diversas críticas que a doutrina tem tecido quanto ao instituto do IRDR, merecendo destaque aquelas que lhe imputam inconstitucionalidade formal e material³⁶, fato é que, mantido no sistema processual tal como restou estruturado pelo NCPC, o julgamento do IRDR imporá ao Tribunal a confecção de um novo modelo de acórdão, que contemple a um

35 Entendendo se tratar de prevenção: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.037.

36 Marcos Araújo Cavalcanti enumera quatro inconstitucionalidades verificadas no IRDR, destacando-se a inconstitucionalidade formal decorrente da ausência de regular deliberação legislativa acerca da inserção do parágrafo único do art. 978, bem como, a inconstitucionalidade material decorrente de violação aos princípios da separação de poderes e do contraditório CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 265). No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni também aponta inconstitucionalidade por violação ao contraditório (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: RT, 2016, p. 43).

só tempo a resolução da questão repetitiva, a se dar em caráter geral, abstrato e dotado e eficácia vinculativa, e também a resolução da lide concreta ventilada no recurso, na remessa necessária ou na ação originária de onde se originou o incidente.

Isso porque o parágrafo único do art. 978 estabelece mais do que uma singela regra de competência, tratando-se de verdadeira norma processual que impõe ao órgão competente a apreciação *conjunta* da questão repetitiva e também da questão de fundo, cindindo-se, obviamente, os respectivos âmbitos de eficácia da decisão.

Só por essa peculiar característica já se verifica não ser possível a instauração do IRDR independentemente da pendência de uma causa no Tribunal, na medida em que, do contrário, se retiraria do juiz natural a competência para julgar a causa, atribuindo-a, diretamente, ao órgão *ad quem*, em verdadeira manobra avocatória.

Entendido o texto normativo como simples regra de prevenção, significaria reconhecer mais uma inconstitucionalidade ao IRDR, já que a lei federal não poderia dispor sobre matéria que seria, em tese, afeita aos próprios Estados federados na organização de suas respectivas Justiças Estaduais.

Por outro lado, caso o modelo de julgamento aplicado ao IRDR observasse a cisão cognitiva integral, tendo-se atribuído ao órgão do Tribunal apenas e tão somente a análise da questão repetitiva veiculada no incidente, de modo abstrato, objetivo e com eficácia vinculativa, não haveria razão para se estabelecer ao mesmo órgão a competência para a análise de futuro recurso ou remessa necessária. Em outras palavras, uma vez fixada

a tese jurídica no precedente obrigatório, a ser aplicada pelo Juízo do caso concreto, bastaria ao Tribunal apreciar o caso à luz do precedente, por seus órgãos fracionários regulares.

Veja-se que no caso de aplicação de precedente obrigatório proveniente do julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, não se cuida de regra semelhante, cabendo aos órgãos fracionários a análise da aplicação, distinção ou superação do precedente (art. 1.036 e ss).

Ora, se a finalidade do sistema de julgamento de casos repetitivos é justamente a fixação de tese jurídica vinculativa, voltada a conferir isonomia e previsibilidade (segurança jurídica) às questões repetitivas, não haveria razão para se fixar uma cláusula de competência diferenciada tão somente porque houve a fixação de um precedente obrigatório. Além disso, considerando que a questão controvertida é repetitiva e será resolvida pelo julgamento do IRDR, não haveria razão jurídica que justificasse competências distintas para o julgamento de recursos ou remessas necessárias decorrentes da aplicação do mesmo precedente. Haveria uma afronta à isonomia submeter o recurso do processo de onde se originou o incidente ao Órgão Especial de um determinado Tribunal e, aos órgãos fracionários, todos os demais feitos julgados com base no mesmo precedente obrigatório.

Voltando-se à ação de competência originária, resta ainda mais clara a impossibilidade de integral cisão cognitiva que se pretenda atribuir ao IRDR. Isso porque a questão repetitiva se mostra repetitiva em razão do direito material ou processual discutido, e não em função da competência. Em outras palavras, é possível que uma dada

questão de direito material repetitiva seja veiculada, concomitantemente, em ações de competência originária do Tribunal e em ações de competência atribuída ao primeiro grau de jurisdição. Não é necessário, portanto, que as questões repetitivas sejam veiculadas exclusivamente em outras ações originárias.

Há, por fim, um último aspecto que desautoriza o entendimento segundo o qual o julgamento do IRDR deva recair unicamente sobre a questão de direito repetitiva, sem que se proceda, na mesma decisão, também ao julgamento do recurso, da remessa necessária ou da ação originária. Trata-se da própria recorribilidade do incidente.

O NCPC previu a recorribilidade da decisão aplicada ao IRDR, estipulando serem cabíveis recurso extraordinário ou especial, conforme o caso (art. 987). Também aqui pendem novas críticas doutrinárias, destacando-se mais uma inconstitucionalidade, já que as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial são dadas pela Constituição Federal, não cabendo ao legislador ordinário inovar nesse campo.

Nada obstante, impõe-se destacar que, fosse o caso de se julgar unicamente a questão de direito, em caráter geral, abstrato e com eficácia vinculativa, restaria inviável a impugnabilidade da decisão proferida em sede de IRDR por meio de recurso extraordinário ou recurso especial, já que não haveria *causa* julgada em última ou única instância.

De modo que o IRDR, embora calcado no paradigma do procedimento modelo, servirá a uma dupla finalidade, a exemplo do que já se verifica no âmbito do julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos: fixar o precedente e, na mesma decisão, julgar o caso

concreto.

5. Conclusão

À guisa de conclusão, impõe-se frisar ser de todo lamentável que o NCPC tenha feito, claramente, a opção pela via individual, em detrimento da tutela coletiva, para o tratamento processual das demandas massificadas. A despeito dos inegáveis avanços que advirão da – indispensável – racionalização da atividade jurisdicional, é fato que a tutela coletiva se apresenta como o modelo por excelência adequado à resolução das questões de massa.

É preciso, portanto, prestigiar e, dada atual quadra, proteger a tutela coletiva, não apenas aos interesses essencialmente coletivos, como, sobretudo, aos interesses individuais homogêneos. Os corpos intermediários, atores processuais melhores vocacionados a conhecer a realidade das causas repetitivas e tutelar os interesses dos respectivos titulares devem ser prestigiados em sua atuação processual e democrática.

Nada obstante, o NCPC incorporou ao já conhecido microsistema de tutela coletiva, composto pelas ações coletivas (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, etc) também o sistema de resolução de demandas repetitivas. A esse especial sistema de julgamento, deve-se também aplicar não apenas o arcabouço normativo das ações coletivas, como a principiologia própria de tal sistema.

Dentre os mecanismos de resolução de casos repetitivos, destaca-se o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), cujos contornos e finalidades ainda impõem enormes dificuldades à doutrina

e jurisprudência, inclusive em razão de sua peculiar estrutura procedimental.

De fato, melhor seria que o NCPC tivesse adotado um modelo de resolução de casos repetitivos proceduralmente puro (*causa piloto* ou procedimento modelo) para o IRDR, a fim de, não apenas facilitar-lhe a compreensão, mas também de compatibilizar-lhe com o modelo constitucional de processo civil.

Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

_____; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 397-406.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. in DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord) **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 5, p. 128-159, jan-mar 1977.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. **Revista dos Tribunais**. n. 940. p. 89-, fev-2014.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. in DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord) **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 265, p. 213-218, mar 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 858. p. 11-19. Abri-2007.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: RT, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 16, n. 61, p. 187-200, jan-mar 1991.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral**. Rio

de janeiro. n. 47. p. 9-19. 1994.

ROCHA, Luciano Velasque. Por uma conceituação de ação coletiva. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 27, n. 107, p. 268-277, jul-set 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos? **Revista Eletrônica de Direito Processual**. volume XII. Ano 7. p. 36-65. jul-dez 2013.

SHIMURA, Sergio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; Thibau, Tereza Cristina Sorice Baracho e OLIVEIRA, Alana Lúcio. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 8. Volume XIII, jan-jun 2014, p. 66-82.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.