

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA
ANÁLISE DOS ASPECTOS POLÊMICOS DA TUTELA PROVISÓRIA
FRENTE AO SOBRESTAMENTO DAS DEMANDAS AFETADAS**

Thaís Bariani Guimarães

Presidente Prudente/SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA
ANÁLISE DOS ASPECTOS POLÊMICOS DA TUTELA PROVISÓRIA
FRENTE AO SOBRESTAMENTO DAS DEMANDAS AFETADAS**

Thaís Bariani Guimarães

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Título da Especialização em Direito Civil e Processual Civil, sob a orientação do Prof. Mestre Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP
2019

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA
ANÁLISE DOS ASPECTOS POLÊMICOS DA TUTELA PROVISÓRIA
FRENTE AO SOBRESTAMENTO DAS DEMANDAS AFETADAS**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Título de
Especialista em Direito Processual Civil.

PROF. M.E DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES
Orientador e Presidente da Mesa

PROF. M.^a ANA LAURA TEIXEIRA MARTELLI THEODORO
Examinadora

PROF. M.^a NATACHA FERREIRA NAGAO PIRES
Examinadora

Presidente Prudente, 22 de fevereiro de 2019.

Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada.
Rui Barbosa

*Todos os dias quando acordo
Não tenho mais o tempo que passou*
Tempo Perdido – Legião Urbana

*Aos meus anjos protetores, meus maiores conselheiros,
razão e alegria do meu viver, por serem essenciais à minha
vida, pelo amor e apoio incondicionais: **José Francisco,
Mercedes, Francisco e Miguel** – pai, mãe, irmão e
namorado.*

AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de agradecer porque sei que nada se constrói ou se alcança sozinho nessa vida, e com isso reconheço a importância daqueles que estiveram ao meu lado durante o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a Deus em primeiro lugar, meu grande protetor, pelo dom da vida, consagro a Ele este trabalho, por me sustentar nos momentos de dificuldade, jamais me deixar desistir, me conduzir sempre pelo caminho reto na busca dos sonhos que coloca em meu coração, Ele é minha força, meu escudo, minha proteção, fonte de toda inspiração e fé que move meus estudos; sinto em todas as coisas o Seu amor por mim, sem Ele eu nada seria. “Tudo posso n’Aquele que me fortalece” (Filipenses 4:13).

Agradeço aos meus pais, José Francisco e Mercedes, por serem os representantes de Deus mais próximos em minha vida, por seu amor incondicional, por confiarem em mim, sonharem meus sonhos ao meu lado, pelos sábios ensinamentos, valores e princípios com que me educaram. Minha gratidão a Deus e a vocês por tudo que fazem e já fizeram por mim não cabem neste trabalho.

Ao meu irmão Francisco, tesouro em nossas vidas, agradeço pelo carinho e incentivo, por sempre me motivar a ser melhor, vibrar com as minhas conquistas, e acreditar em mim motivando-me mesmo nos momentos em que eu mesma descredito. Obrigada por dividir comigo todos os momentos, tristes e alegres, minha caminhada é mais feliz com a sua presença.

Agradeço ao meu amado namorado, Miguel, por ser o presente mais lindo que recebi de Deus nesta vida, por seu amor infinito e incondicional, pela atenção e compreensão nos momentos em que estive ausente durante a conclusão de mais este passo em minha trajetória. Você é minha fortaleza e incentivo, orgulho e admiração diários, agradeço por realizar sonhos ao meu lado. Eu te amo de todo meu coração.

Agradeço aos pais do meu namorado, Miguel e Célia, por me receberem em sua família, pelo cuidado, atenção e carinho, por inspirarem a minha trajetória acadêmica e por todos os momentos juntos.

A minha avó por lembrar-se de mim em todas as suas orações. A toda minha família, tios, tias, primos e primas por partilharem desta conquista em minha vida.

Agradeço à minha tia Isabel (*in memoriam*) por ter sido expressão do amor em nossas vidas, por me ensinar que é possível realizar qualquer sonho e atravessar as tempestades mais difíceis quando se tem fé em Deus Nosso Senhor. À senhora tia, minhas saudades eternas.

Agradeço ao meu orientador, Daniel, a quem confesso, de enorme trabalho durante esta trajetória. Compartilhei minhas dúvidas, anseios e inseguranças, as quais incansável, paciente e gentilmente este se esmerou em atender a cada uma delas. Jamais conseguirei expressar quão grata sou. Professor, o senhor é um exemplo de profissional e ser humano, sua paixão pela vida acadêmica e pelo Direito é motivo de inspiração para mim. Agradeço de coração seus ensinamentos compartilhados, contribuições, paciência e confiança durante esta trajetória, sua presença foi essencial para a conclusão desta pesquisa.

Agradeço à banca examinadora pelas ponderações e considerações que abrilhantaram este estudo. Às Profs. Natacha e Ana Laura pelo exemplo de profissional, ser humano e mãe que são, por imprimir e inspirarem amor em todos os projetos sejam eles profissionais ou pessoais, minha admiração e carinho por vocês não caberiam nestas linhas tão singelas. Agradeço por gentilmente aceitarem o meu convite para compor esta banca, pela amizade e atenção comigo durante toda minha trajetória.

Agradeço a todos os professores que ministraram aulas na Pós-Graduação, é uma honra ter seus ensinamentos acrescentados à minha trajetória.

Agradeço por fim aos colegas de turma pela convivência diária, pelo sacrifício de muitos fins de semana no convívio com a família, sempre aprimorando conhecimento.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) em relação aos aspectos polêmicos e pontos controvertidos que envolvem as questões urgentes nas demandas suspensas frente à obrigatoriedade de sobrestamento de todas as demandas em trâmite que versem sobre a mesma tese jurídica afetada a julgamento. Trata-se o IRDR de nova técnica de julgamento instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 com a finalidade de racionalizar o sistema de justiça no que tange às demandas de massa. Fundamentado na eficiência (duração razoável do processo, efetiva prestação jurisdicional e celeridade), segurança jurídica (previsibilidade) e igualdade (uniformidade de decisões), foi inspirado no Direito Comparado e visa a fixação de tese jurídica acerca de questões controvertidas sobre o mesmo tema, de modo a garantir a uniformização do tema jurídico. De um lado, a obrigatoriedade de suspensão de todas as demandas em trâmite que versem sobre a mesma questão guarda respeito ao princípio da segurança jurídica enquanto se discute no IRDR a melhor tese jurídica a se estabelecer para aquela questão. Por outro viés, contudo, o legislador antecipando-se quanto às questões urgentes no contexto das demandas suspensas, previu a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência, cuja importância revela-se na medida em que há bens jurídicos como a vida, por exemplo, que não podem aguardar o deslinde do incidente para ser tutelado. A partir do método dedutivo, o estudo parte de premissas a partir da evolução das demandas repetitivas, o estudo propriamente dito do incidente, para no ponto central, examinar que emergem alguns aspectos polêmicos envolvendo o cabimento da tutela de urgência nas demandas suspensas afetadas a IRDR, que se relacionam com as alterações promovidas pelo legislador no capítulo dedicado pelo Código às tutelas provisórias, como a estabilização e o requisito negativo da irreversibilidade dos efeitos da decisão. Por fim, encerra-se com a análise de casos julgados que denotam a necessidade de racionalizar o julgamento do incidente, através de uma interpretação provisória da tese jurídica com algumas interpretações possíveis à tese jurídica, que possam servir de supedâneo aos julgadores das ações suspensas para apreciarem os pedidos de tutela de urgência com maior segurança.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tutela provisória de urgência. Sobrestamento de Demandas. Sistema de Precedentes. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the incident of resolution of repetitive demands (IRDR) in relation to controversial aspects and controversial points that involve the urgent questions in the suspended demands in view of the obligation to cover all the lawsuits in process that deal with it legal thesis affected to judgment. This is the IRDR of a new trial technique instituted by the Code of Civil Procedure of 2015 with the purpose of rationalizing the justice system with regard to mass demands. Based on efficiency (reasonable length of procedure, effective jurisdictional provision and celerity), legal certainty (predictability) and equality (uniformity of decisions), was inspired by Comparative Law and aims at establishing a legal theory on controversial issues on the same subject, in order to guarantee the uniformity of the legal theme. On the one hand, the obligation to suspend all pending applications on the same issue concerns the principle of legal certainty while the IRDR is discussing the best legal case to be established for that question. On the other hand, however, the legislator anticipating urgent questions in the context of suspended claims, provided for the possibility of granting provisional emergency protection, the importance of which is revealed to the extent that there are legal assets such as life, for example, who can not wait for the demarcation of the incident to be supervised. From the deductive method, the study starts from the evolution of the repetitive demands, the actual study of the incident, in the central point, to examine that some controversial aspects emerge involving the protection of urgency in the suspended demands affected to IRDR , which relate to the changes promoted by the legislator in the chapter on the provisional code, such as stabilization and the negative requirement of irreversibility of the effects of the decision. Finally, it closes with the analysis of cases judged that denote the need to rationalize the judgment of the incident, through a provisional interpretation of the legal thesis with some possible interpretations to the legal thesis, that can serve as a support to the judges of the actions suspended for emergency requests for safeguards.

Keywords: Incident of Resolution of Repetitive Demands. Temporary custody of urgency. Demands Overrun. System of Precedents. Legal certainty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

RE – Recurso Especial

REExt – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 BREVE HISTÓRICO DAS AÇÕES REPETITIVAS NO BRASIL E CONTEXTUALIZAÇÃO COM A REALIDADE DOS TRIBUNAIS	15
2.1 Aspectos históricos da litigiosidade repetitiva e origem das ações coletivas	15
2.1.1 Insuficiência dos meios processuais “tradicionais” para solucionar as ações repetitivas	15
2.1.2 O que são demandas repetitivas?	26
2.1.3 Da necessária distinção entre demandas repetitivas e direitos individuais homogêneos no contexto do processo coletivo	27
2.2 Precedente, decisão, jurisprudência e súmula	34
2.3 Apontamentos sobre precedentes judiciais	38
2.3.1 Precedentes no <i>common law</i>	41
2.3.2 Precedentes no <i>civil law</i>	43
2.4 Considerações e fundamentos para a técnica processual diferenciada.....	46
3 DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	49
3.1 Conceito e finalidade	49
3.2 A polêmica da natureza jurídica	56
3.2.1 Sistema adotado: causa-piloto ou causa-modelo?	58
3.2.2 Julgamento de causas repetitivas no Direito Comparado	63
3.3 Cabimento e procedimento do IRDR.....	71
3.4 Legitimados e sujeitos do IRDR	78
3.5 Distinção entre IRDR, recursos repetitivos e incidente de assunção de competência	81
3.6 Obrigatoriedade de suspensão das demandas em andamento	86
4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA	90
4.1 Apontamentos sobre a origem, conceito e objetivo	90
4.2 Dos pressupostos para concessão da tutela provisória de urgência.....	93
4.3 do cabimento da tutela de urgência nas ações suspensas como alternativa à suspensão total das demandas afetadas a IRDR	96
5 ASPECTOS POLÊMICOS E CONTROVERSOS DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA NAS CAUSAS SUSPENSAS EM RAZÃO DE IRDR	99
5.1 Do conflito entre a efetivação do princípio da razoável duração do processo e da segurança jurídica: o problema da harmonização de princípios constitucionais.....	99
5.2 Aspectos polêmicos da concessão da tutela de urgência nas causas suspensas: demoras (des)necessárias no âmbito do IRDR.....	105
5.3 Pontos controvertidos da tutela de urgência nas ações suspensas em razão de IRDR: a polêmica da efetividade vs. poderes e limites da atuação do magistrado.....	112
5.4 O tema nos Tribunais: análise panorâmica	122

6 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS.....	141

1 INTRODUÇÃO

Diante do clamor mundial e nacional em busca do desenvolvimento, modernização e do aperfeiçoamento dos instrumentos de acesso à justiça e efetividade do processo, o legislador do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) inseriu nesse cenário e imbuído do compromisso de racionalizar a Justiça, instituiu o microssistema de julgamento de casos repetitivos, para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Essa necessidade de modernização da prestação jurisdicional revela sua importância na medida em que ao longo dos anos, o crescimento exponencial das ações repetitivas vem tornando complexo o cenário, exigindo mais harmonia entre a celeridade, isonomia, segurança jurídica e eficiência nos julgamentos, haja vista que, não raras vezes, para não dizer diariamente, encontram-se soluções judiciais díspares para questões jurídicas idênticas, evidenciando a inadequação do processo civil tradicional, de bases puramente individuais, para tutelar a litigiosidade repetitiva.

O Código de Processo Civil de 2015 ao estabelecer um microssistema específico para este fenômeno da litigiosidade repetitiva, através da modernização da gestão processual e da atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais, passou a exigir coerência, estabilidade e observância pelos órgãos judiciais, bem como reestruturou o processo e a ideia de lide como seu elemento essencial, aprimorando o sistema de precedentes, o que é de extrema importância para um país de dimensões continentais como o Brasil, cujo grande número de tribunais imprime ímpar preocupação com a uniformidade do direito.

Entre os mecanismos que compõem este microssistema, está uma das mais importantes inovações trazidas pelo novo diploma processual, o incidente de resolução de demandas repetitivas, tema deste estudo.

A tutela da litigiosidade repetitiva ganhou novos contornos a partir do incidente de resolução de demandas repetitivas, que pode sobressair-se como um importante instrumento para conferir uma tutela constitucionalmente adequada e efetiva a tais demandas.

De um lado, a suspensão das demandas que versam sobre a mesma questão jurídica é deveras importante para que o incidente de resolução de demandas repetitivas alcance o fim pretendido, qual seja uniformizar e tornar estável a jurisprudência dos tribunais.

Por outro viés, contudo, a suspensão total das demandas pode trazer consequências irreversíveis ao jurisdicionado, sendo esta a razão pela qual o legislador previu a possibilidade de antecipação dos atos urgentes mesmo durante a suspensão, quando o bem da vida pretendido não pode aguardar o julgamento do incidente.

Não obstante o louvável esforço do legislador em conferir essa possibilidade, o exame da concessão da tutela de urgência nas ações suspensas, reveste-se de alguns pontos controvertidos sob os quais se debruçou o presente estudo, sem a pretensão, contudo, de esgotar o tema, mas sim o de desenvolver ideias que permitirão uma reflexão crítica sobre sua aplicação no cotidiano forense.

Inicialmente, traçou-se um breve panorama das demandas repetitivas no Brasil, a partir de sua evolução histórica, e contextualização com a atual realidade enfrentada pelos tribunais. Ainda, foram feitos apontamentos acerca do conceito de demandas repetitivas, precedentes, e os fundamentos à busca pela diversificação da técnica processual para lidar com o cenário atual.

No segundo capítulo, foi apresentado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como técnica processual diferenciada, a inspiração do legislador para criá-lo, seu conceito, finalidade, natureza jurídica, legitimados, julgamento de lides repetitivas no Direito Comparado, distinção em relação às demais técnicas que compõem o microssistema de julgamentos de casos repetitivos e o fundamento da obrigatoriedade de suspensão das demandas em andamento durante sua tramitação.

De modo a introduzir o tema central da presente pesquisa, o terceiro capítulo teceu breves considerações sobre a tutela provisória, desde os aspectos históricos, conceitos e pressupostos para concessão da tutela de urgência. Além disso, a partir de um paralelo entre a tutela provisória de urgência e o IRDR, tratou-se da previsão normativa de cabimento da tutela de

urgência nas demandas suspensas como alternativa à suspensão total das demandas afetas a julgamento.

Por fim, chegando-se ao ponto central desta pesquisa, o quarto capítulo inclinou-se a apontamentos relativos aos aspectos polêmicos e pontos controvertidos da concessão da tutela provisória de urgência nas demandas sobrestadas afetas a julgamento de IRDR, a *priori* tratando do conflito entre a efetivação dos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica.

Em seguida foi desenvolvido um breve esboço do que seriam demoras (des)necessárias no contexto do IRDR, por conseguinte, conduzindo aos pontos controvertidos verificados na possibilidade de concessão da tutela de urgência nas ações suspensas com o embate envolvendo o limite da atuação dos magistrado de primeiro grau. E através do exame de recentes casos trazidos a lume, evidenciou-se a cautela com que deve atuar o magistrado ao conceder ou negar a tutela de urgência, conduzindo, por fim, à conclusão do presente trabalho.

A metodologia adotada optou pelo método dedutivo, partindo de premissas gerais acerca das ações repetitivas, a partir de uma análise do seu histórico e que inspirou o legislador a criar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como tratou em linhas gerais acerca da tutela provisória para se chegar às premissas particulares quanto aos pontos controvertidos que envolvem a concessão da tutela provisória de urgência em demandas sobrestadas aguardando julgamento do Incidente.

Quanto aos instrumentos utilizados para a presente pesquisa, a mesma foi baseada em pesquisa doutrinária, normativa, jurisprudencial, escritas e digitalizadas.

2 BREVE HISTÓRICO DAS AÇÕES REPETITIVAS NO BRASIL E CONTEXTUALIZAÇÃO COM A REALIDADE DOS TRIBUNAIS

Antes de tecer qualquer consideração acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), é importante iniciar a presente pesquisa científica compreendendo os aspectos históricos e sua origem, para posteriormente debruçar-se sobre o incidente, uma das maiores inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Na atualidade, o Poder Judiciário como um todo, enfrenta uma grave crise com a litigiosidade repetitiva que reclama atenção e dedicação dos tribunais na busca por soluções efetivas.

Este capítulo traz ainda breves apontamentos sobre o sistema de precedentes além do estudo sobre a insuficiência dos meios processuais “tradicionais” para solucionar as ações repetitivas, que conduziram à criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como a distinção entre súmula, decisão, precedente e jurisprudência e os fundamentos para a técnica processual diferenciada.

2.1 Aspectos históricos da litigiosidade repetitiva e origem das ações coletivas

É certo que o aumento da população, bem como a expansão do acesso à informação e a educação, o surgimento e popularização da internet, e a massificação do consumo, provocou verdadeira revolução nas relações sociais e conseqüentemente das relações jurídicas decorrentes, o que gerou o aumento exponencial e desmedido dos litígios perante o Estado-Juiz.

Tais litígios, nas palavras de Sofia Temer e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, chamados “demandas isomórficas”, deram origem a uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas puramente individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas. Essa terceira categoria, denota um cenário próprio de litigiosidade de massa e caracteriza-se

pela “identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala”¹.

As origens do processo civil remontam ao período Romano, época em que não havia diferença formal entre o direito processual e o direito material, ambos na verdade, confundiam-se de tal modo na fase sincretista, que perdurou até o século XIX, que era um apêndice do direito material, segundo Fernando Gajardoni².

Ainda, de acordo com o mesmo autor, foi a partir do século XIX, através da contribuição de Oskar Von Bulow, na fase autonomista do direito processual, que o processo passou a ser observado de modo autônomo ao direito material, sob os aspectos: i) sujeitos, ii) objetos, e; iii) pressupostos processuais. Entretanto, ocorreu que, mesmo importante para o desenvolvimento do direito processual, o distanciamento entre o direito material e o direito processual nem sempre surtiu os efeitos esperados. Por vezes, as discussões processuais sem proximidade com o direito material a que visam tutelar, tornaram o processo uma técnica vazia³.

Nesse desiderato, em meados do século XX, teve origem a fase instrumentalista que perdura até os dias atuais. Sem renúncia à autonomia científica, o direito processual passou a ser analisado extrinsecamente, nas palavras de Fernando Gajardoni, “como um meio de acesso à Justiça, algo que seria impossível de ocorrer sem aferição dos resultados práticos e da capacidade dele de tutelar o direito material”⁴.

A partir da pesquisa de Bryan Garth e Mauro Cappelletti (“Acesso à Justiça”), mais um passo foi dado na evolução do direito processual, pois a única maneira de o processo tornar-se instrumento a serviço da Justiça seria passar por três grandes transformações para deixar de ser uma fórmula vazia, como bem leciona Fernando Gajardoni⁵:

¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 243, mai/2015, p. 284.

² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo)** – Coleção Saberes do direito; 34; coord. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital.

³ GAJARDONI, 2012, op. cit., s. p. (*ebook*).

⁴ GAJARDONI, 2012, op. cit., s. p. (*ebook*).

⁵ GAJARDONI, 2012, op. cit., s. p. (*ebook*).

Nesta época, por força de um relatório apresentado por dois juristas sobre acesso à justiça (Bryan Garth e Mauro Capelleti), passou-se a falar em 3 (três) ondas renovatórias de acesso à Justiça. Em outros termos, apregoava-se que a única maneira de o processo realmente se tornar um instrumento a serviço da Justiça era ele passar por estas três grandes transformações, sem o que ele continuaria a ser uma fórmula vazia. Primeiro, o processo deveria prover tutela aos necessitados (assistência judiciária). Segundo, o processo deveria ser capaz de tutelar os interesses supraindividuais (metaindividuais, transindividuais), especialmente por conta da indeterminabilidade dos seus titulares (processo coletivo). E, terceiro, o processo deveria ser eficaz, visto isto como a capacidade de alcançar resultados efetivos e satisfatórios (efetividade).

Em linhas gerais, o surgimento formal do processo coletivo remonta à fase instrumentalista do direito processual, na segunda onda renovatória de acesso à Justiça.

Sob a ótica constitucional, a necessidade de tutela dos direitos da coletividade, e o surgimento das ações coletivas, inserem-se no âmbito dos direitos de 3ª (terceira) dimensão (tais como meio ambiente, patrimônio público, criança e adolescente, entre outros), uma vez que na primeira e na segunda dimensão, os direitos fundamentais tinham como único destinatário o indivíduo.

O processo coletivo surgiu diante da premente necessidade de tutelar os interesses da coletividade, protegendo os direitos fundamentais, já que o processo individual se revelou incapaz de salvaguardar os interesses da sociedade em si considerada.

Conforme ensina Fernando Gajardoni, acerca da tutela coletiva são três os aspectos que justificam a proteção dos direitos transindividuais fundamentais para que o processo se torne instrumento de acesso à Justiça⁶:

Primeiro, a representação em juízo dos interesses e direitos supraindividuais é fundamental para a tutela de direitos cuja titularidade é indeterminada.

[...]

Segundo, a tutela coletiva dos direitos e interesses é fundamental para a proteção de certos bens ou direitos que, do ponto de vista da tutela individual, seriam economicamente desinteressantes. Existem alguns bens e direitos que, mesmo sendo lesados, não desafiam, por razões econômicas, uma reação individual dos seus titulares. É o caso de um dano mínimo causado a milhares de consumidores, aposentados ou contribuintes do país, do Estado, ou mesmo de

⁶ GAJARDONI, 2012, op. cit., s. p. (ebook).

determinado Município (v.g., débito indevido de R\$ 1,00 nas contas telefônicas, no benefício previdenciário, no IPTU).

[...]

Terceiro e finalmente, a representação em juízo dos interesses e direitos supraindividuais é fundamental para o trato de demandas individuais repetitivas, cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade e da economia.

Nesse particular, em relação ao terceiro aspecto, a evolução do processo, com sua base essencialmente individual, fez surgirem os conflitos de massa, a exemplo de um plano econômico governamental que frustra os interesses econômicos de milhares de correntistas ou um grande lote de produtos eletrônicos vendido com defeito a milhares de consumidores, como menciona Fernando Gajardoni⁷.

E a tutela coletiva surgiu com a proposta de equilibrar a situação explosiva das demandas de massa que emergiram no século XX, pois para o sistema judicial tratar destas questões individualmente, como “átomos de um gigantesco universo”, representa um duplo prejuízo, de acordo com Fernando Gajardoni⁸:

Primeiro, por ter que enfrentar diversas vezes – com todo o custo a isso inerente – problemas de solução idêntica ou semelhante. E, segundo, por propiciar, no mais das vezes, decisões individuais total ou parcialmente contraditórias, tratando, portanto, indivíduos em situações idênticas ou semelhantes de modo distinto.

Kazuo Watanabe emprestou o título “molecularização de litígios” ao processo coletivo, à luz dos princípios da economia processual e do acesso à justiça, afirmando que sua finalidade visa evitar a replicação de milhares de processos voltados à solução de controvérsias dispersas⁹.

Com o objetivo de aperfeiçoar a atividade jurisdicional e minimizar os riscos das decisões contraditórias é que nasceu a técnica processual coletiva.

⁷ GAJARDONI, op. cit., s. p. (*ebook*).

⁸ GAJARDONI, op. cit., s. p. (*ebook*).

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

2.1.1 Insuficiência dos meios processuais “tradicionais” para solucionar as ações repetitivas

Antes de adentrar ao estudo propriamente dito do Incidente de resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), é preciso entender o contexto vivido pelo judiciário brasileiro, e a preocupação do legislador do Novo Código de Processo Civil em buscar alternativas para solucionar as ações repetitivas que abarrotaram o Poder Judiciário nas últimas décadas.

Em que pese os meios consensuais de solução de conflitos terem ganhado a preocupação dos tribunais, o que se revelou no cotidiano foi o aumento desproporcional dos litígios levados até o Judiciário, mesmo porque os meios consensuais versavam até então, apenas sobre questões particulares e privadas dos indivíduos, não abrangendo os interesses da coletividade, o caráter era totalmente individual.

Foi a partir da concepção das ondas renovatórias de acesso à justiça de Mauro Cappelletti, que teve início a preocupação com meios de solução que pudessem alcançar a evolução das relações sociais, pois insubsistente que a abrangência se referisse apenas aos litígios individuais. Em meio a esse contexto, também surgiram outras dimensões de direitos, e o *boom* das lides repetitivas, ações individuais com a mesma causa de pedir e/ou mesmo pedido relacionadas ao mesmo fato.

Sobre tal panorama, Leonardo José Carneiro da Cunha leciona que¹⁰:

Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios (...). Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução dos processos judiciais.

De um lado, o processo civil clássico, cuja base alicerçava-se, essencialmente, na individualidade, revelou-se insuficiente para conter a explosão de demandas isomórficas que surgiram.

¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul-dez/2009, p. 20.

Conforme a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha, o processo civil brasileiro limitava-se aos conflitos puramente individuais, centrado na ideia de lide entre Caio e Tício¹¹.

Trilha no mesmo sentido, o entendimento de Alexandre Freitas Câmara que destaca o caráter individualista que prevalecia no processo civil moderno¹²:

É preciso, então recordar aqui que o processo civil moderno começou a se desenvolver em uma época em que prevalecia uma visão individualista de mundo, tendo recebido os influxos do liberalismo individualista. Esta visão, porém, já há bastante tempo deixou de prevalecer. Vive-se, hoje, em uma sociedade transformada, em que os interesses são coletivizados. Afinal, já há muito tempo se sabe que a sociedade contemporânea é uma sociedade de massa, que tem entre suas características principais a despersonalização do indivíduo, forçado pela própria sociedade a ser igual a todos os demais. É o fenômeno da indiferenciação dos indivíduos.

Tal modelo, contudo, revelou-se insuficiente na prática para tutelar os conflitos contemporâneos, em razão da complexidade das relações humanas, alta concentração demográfica nos centros urbanos, globalização, universalização do acesso a serviços e sua conseqüente insuficiência na prestação de tais serviços, utilização da internet nas relações jurídicas, o aumento exponencial do consumo e comercialização pela internet de produtos e serviços; por conseguinte, aumentou o volume de conflitos levados ao Judiciário.

Diante da grave crise de demandas de massa nos tribunais pátrios, somada à ineficácia de efetividade do sistema processual coletivo, a mitigação do acesso à justiça, e a dispersão da jurisprudência que vem tratando litígios semelhantes de forma divergente, evidenciou-se a necessidade de repensar o sistema processual clássico, que já não atendia aos anseios da sociedade.

Pois, na forma como originalmente pensado, o sistema processual clássico, cada vez com mais frequência profere decisões antagônicas em

¹¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de processo, vol. 179, jan/2010, versão digital.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 410.

processos que deveriam ter tratamento homogêneo, o que instalou grave insegurança jurídica e total descrédito da sociedade em relação à justiça. Nem mesmo o devido processo legal conseguiu demonstrar-se adequado para as demandas repetitivas, era preciso reinventar o processo.

Para Sofia Temer, observa-se que a inadequação do sistema processual tradicional aos conflitos de massa, decorre, tanto sob a ótica do procedimento ordinário como da estruturação do sistema judiciário. Isso porque o procedimento foi organizado visando a ampla e completa cognição de questões individuais, a partir do ideal da atividade jurisdicional singularizada, de modo a individualizar uma norma para cada caso e não aplicação uniforme do direito¹³.

E prossegue a autora, ainda, destacando a ineficiência e despreparo da estrutura do sistema judiciário, o total despreparo organizacional para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e conclusão, somados ao risco de que essa tramitação individual de tais demandas furte a coesão, segurança e previsibilidade do sistema, de modo a ofender o direito à isonomia na prestação jurisdicional, como consequência para a insuficiência dos meios processuais tradicionais¹⁴.

No mesmo sentido, leciona Sérgio Arenhart¹⁵:

Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o país, sendo deficiente a análise e o tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual.

Dada a evolução das relações jurídicas por todos os fatores já mencionados, denota-se que, muitas relações são padronizadas, e por esse fato, as pessoas titularizam direitos bastante similares. Tais direitos, de acordo com Eduardo Talamini, quando ameaçados ou lesados por condutas

¹³ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 33.

¹⁴ TEMER, Sofia, loc. cit.

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

semelhantes, “faz com que se reproduzam no Judiciário diversos conflitos que possuem o mesmo desenho, com causas de pedir e pedidos similares”¹⁶.

Por outro vértice, em que pese a técnica processual coletiva representar um grande avanço à tutela dos direitos da coletividade e abarcar tais situações conflituosas; inclusive, foi desenvolvida com o objetivo de adequar a tutela jurisdicional aos conflitos da sociedade contemporânea; na prática, não se demonstrou totalmente efetiva para a problemática tutela da litigiosidade repetitiva, padecendo de fragilidades.

Algumas dessas fragilidades são expostas por Sofia Temer¹⁷:

Com efeito, a doutrina aponta a existência de deficiências no sistema processual coletivo de defesa de direitos individuais homogêneos, como a restrição em relação a algumas matérias que poderiam ser objeto de tais ações, como as de natureza tributária; a restrição da legitimação ativa da pessoa natural, a falta de critérios para aferir e controlar concretamente a adequação da representatividade; a inadequada restrição da atuação de associações; o ineficiente sistema de comunicação da propositura da ação coletiva aos interessados; a condenação genérica e necessidade de execução individual; o sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada; a falta de uma cultura de associatividade e a tendência à propositura de processos individuais; a ausência de formas adequadas para flexibilização do procedimento e adequação do conflito. Há farta produção doutrinária apontando os motivos pelos quais o sistema coletivo relativo aos direitos individuais homogêneos, apesar de trazer relevante avanço em termos de tutela de tais direitos, não logrou o êxito esperado.

Porquanto, cada vez mais preocupante tornou-se o cenário da massificação de demandas, obstando o acesso efetivo à Justiça e gerando déficit de proteção às relações jurídicas.

Com efeito, uma das maiores preocupações e também desafio do legislador do atual Código de Processo Civil foi justamente como lidar com a litigiosidade de massa, a divergência de decisões para casos semelhantes e estabelecer um sistema de precedentes que alcance segurança, estabilidade e coesão.

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. **Direitos Individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015**. Revista de Processo, vol. 241, mar/2015, p. 337-358. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/90121>>. Acesso em set.2018.

¹⁷ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 35-36.

O sistema de precedentes existe no ordenamento pátrio há mais de 20 (vinte) anos, contudo, a sua importância alcançou ainda mais relevância com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, e posteriormente quando se iniciou a discussão e elaboração do Projeto do Novo Código de Processo Civil, até consolidar-se com sua promulgação em 2015.

Coube ao legislador processualista perscrutar no Direito Comparado possíveis soluções para as demandas repetitivas, através de técnicas processuais diferenciadas, objetivando contingenciar as demandas repetitivas, de modo eficiente e seguro revolucionando o sistema processual, visto que as demandas de massa não são exclusividade somente do cenário jurídico brasileiro. Nesse contexto é que foi concebido o incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a inadequação da tutela processual é bastante falha, na proteção das relações jurídicas.

Assim, o legislador processualista encontrou na Alemanha o *musterverfahren* (procedimentos-modelo), cuja origem remonta por volta da década de 1960 e 1980. Isso porque houve muitas ações intentadas em face de projetos estatais desenvolvidos, ligados a usinas nucleares e à instalação ou expansão de aeroportos.

Nesse desiderato, explica Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer o caso que deu origem ao *musterverfahren*¹⁸:

O Tribunal Administrativo de Munique, diante de 5.724 reclamações, resolveu inovar, selecionando 30 casos considerados representativos (modelo) da controvérsia, suspendendo os demais até o julgamento destes *Musterverfahren* (procedimentos modelo), cujo entendimento foi aplicado a todos os processos pendentes. A iniciativa do Tribunal de Munique provocou grande controvérsia jurídica, tendo em vista a falta de previsão, na *Verwaltungsgerichtsordnung* procedimento adotado. No entanto, a *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional) estabelecida. Como decorrência, o legislador alemão, ao editar nova versão do Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), em 1991, incorporou dispositivos, dentre os quais o parágrafo 93-a, com a previsão do *Musterverfahren*.

Os *musterverfahren*, ou procedimentos-modelo alemães foram desenvolvidos com a finalidade de firmar entendimento extensível aos demais

¹⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia, 2015, op. cit., p. 285.

casos, a partir do julgamento de um caso piloto, relacionado a outras demandas homogêneas de questões fáticas ou jurídicas comuns entre si.

Além da Alemanha, outros países como Inglaterra e País de Gales também buscaram, através de mecanismo semelhante ao *musterverfahren*, novas técnicas processuais para lidar com o desafio das demandas repetitivas, capazes de coabitar o código processual e com as ações individuais e as coletivas.

No âmbito interno, o que se viu no Brasil, foi a criação de variados mecanismos através de reformas pontuais no Código de Processo Civil de 1973 e algumas legislações extravagantes, como o incidente de uniformização de jurisprudência inserido no artigo 476 do CPC/73, a possibilidade de suspensão de segurança em liminares inserta nas Leis 8.437/1992 e 12.016/2009, a uniformização de jurisprudência em casos idênticos como disposto no artigo 285-A do CPC/73, as súmulas vinculantes trazidas no art. 103-A da CF, o julgamento de recursos repetitivos por amostragem consoante arts. 543-B e 543-C do CPC/73, aplicáveis inclusive na seara da Justiça do Trabalho (Lei 13.015/2014).

O Projeto do Novo Código vinha estudando uma forma adequada de tratar da litigiosidade repetitiva harmonizando todos esses mecanismos, e para isso, inspirou-se no instituto alemão *musterverfahren*, consoante se depreende da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015.

Na esteira deste entendimento, pontuou o Ministro Luiz Fux ao tratar sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda no Anteprojeto do Novo Código¹⁹:

[...] a instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos de encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagradora do princípio da isonomia constitucional.

¹⁹ BRASIL, Senado Federal. **Comissão de juristas Novo CPC**. Dez/2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/Cartilha1aFase.pdf>>. Acesso em jun.2018, s.p.

Em essência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, tem como fundamentos a eficiência (problema relacionado à sobrecarga dos processos no judiciário), a isonomia e a segurança jurídica, insculpida no artigo 8º do Código de Processo, buscando resolver questões repetitivas a partir do julgamento de um caso modelo, e aplicando aos demais casos relacionados com a mesma questão jurídica, de modo a pacificar entendimentos por toda a jurisdição, por meio de julgamento vinculante e único, a firmar uma tese que se aplique a todas as questões jurídicas de interesses individuais homogêneos.

Foi desejo do legislador do Novo Código, a efetiva proteção contra a litigiosidade repetitiva relacionada à mesma questão de direito que põe em risco tais princípios.

O princípio da eficiência, de acordo com Fredie Didier Junior, aplicado ao processo, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional²⁰.

Por conseguinte, para a condução eficiente, necessário que se busquem soluções que alcancem ao fim pretendido, preservando a qualidade e a satisfação no processo, utilizando-se do mínimo de recursos possíveis.

Não parece ter sido intenção do legislador, extirpar o sistema coletivo do ordenamento, pois as técnicas diferenciadas devem conviver de forma harmônica com as ações coletivas, que a propósito, têm papel de extrema importância no sistema jurídico contemporâneo; tais sistemas são na verdade, complementares, artérias de um mesmo coração.

Em que pese padecer de algumas inconsistências, entre as quais uma delas é tema central dessa pesquisa, é certo que o Código de Processo Civil de 2015, ao apresentar um microssistema específico para os casos repetitivos, evidencia o tamanho do impacto de tais demandas no universo jurídico, político e social. Entretanto, é imprescindível à efetividade de qualquer sistema processual, que a técnica utilizada alcance os conflitos a que se destina tutelar.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 101.

2.1.2 O que são demandas repetitivas?

É preciso, antes de qualquer coisa, entender um pouco mais acerca das demandas repetitivas, quais são as questões tratadas pelo ordenamento processual civil como repetitivas, estabelecer a sua relação e distinção com os direitos individuais homogêneos.

Por questões didáticas esse subtópico debruça-se sobre as demandas repetitivas propriamente ditas, ao passo que o subtópico seguinte destaca as distinções entre as demandas repetitivas e as demandas que tutelam direitos individuais homogêneos.

No contexto do Código de Processo Civil de 2015, o que classifica as demandas como repetitivas, no conceito de Sofia Temer²¹:

[...] é a existência de questões comuns, de direito material ou processual, ainda que estas questões não representem nenhuma parcela significativa do conflito subjetivo a ser resolvido em juízo, e ainda não que haja propriamente demandas homogêneas.

A designação “demanda” traduz o ato de postular, relacionando-se a uma relação jurídica material, identificado por pedido e causa de pedir.

Para Fredie Didier Júnior, “a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a pretensão processual relativa à relação jurídica substancial posta à apreciação do Poder Judiciário”²².

Sofia Temer critica o emprego do termo “demandas repetitivas”, por ausência de tecnicidade no seu emprego, posto que ao tratar de “demandas repetitivas” deveria estar referindo-se à pretensões homogêneas, relativas a relações-modelo. Atos de postulação constituídos de causa de pedir e pedido similares, porque referentes a situações substanciais análogas²³.

No mesmo sentido trilha o ensinamento de Marcos Cavalcanti que critica a utilização do termo “demandas repetitivas”, defendendo que se cuida de “questões repetitivas”, ideia também defendida por Sofia Temer,

²¹ TEMER, Sofia, 2017, op. cit, p. 60.

²² DIDIER JUNIOR, Fredie, 2016, op. cit., p. 286.

²³ TEMER, Sofia, 2016, op. cit, p. 61.

considerando que a similitude de causa de pedir e pedido não é fator determinante para a caracterização de um processo como repetitivo e conclui, “o IRDR visa a solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas”²⁴.

Isso porque, a sistemática do atual Código de Processo Civil compreende como “demandas repetitivas” as ações que não referem somente a relações substanciais-modelo, tampouco possui causa de pedir e pedido semelhante - demandas heterogêneas -, na verdade, tais demandas contêm áreas de homogeneidade relativas a uma ou algumas questões levadas a juízo; e ainda, algumas delas, caracterizam-se como repetitivas até aqueles casos em que alguma questão debatida seja repetitiva.

Assim, para Sofia Temer, as “demandas” repetitivas²⁵:

[...] são processos que contém questões jurídicas homogêneas. Não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. O relevante, nesse contexto, é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos.

Conclui-se, deste modo que as “demandas” repetitivas, apesar do termo empregado não ser o mais tecnicamente adequado, são feitos em que as questões jurídicas são repetitivas, ainda que a causa de pedir e o pedido não sejam uniformes.

2.1.3 Da necessária distinção entre demandas repetitivas e direitos individuais homogêneos no contexto do processo coletivo

Paulatinamente, o ordenamento jurídico brasileiro foi aprimorando o sistema normativo de proteção dos direitos coletivos, cuja evolução pode ser observada com o advento da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

²⁴ CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador. Editora Juspodivm, 2015, p. 527.

²⁵ TEMER, Sofia, 2017, op. cit, p. 63.

O microsistema processual coletivo optou pela adoção de três categorias principais para a tutela coletiva, quais sejam: os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos; nos moldes do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor²⁶:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A fim de estabelecer as semelhanças e distinções dos direitos individuais homogêneos em relação às demandas classificadas pelo atual Código de Processo Civil como repetitivas, a análise da presente pesquisa debruça-se tão somente aos direitos individuais homogêneos, preterindo os direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

De acordo com Kazuo Watanabe, nos moldes do artigo 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, a “origem comum” pode ser de fato ou de direito, e “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”²⁷.

Parte da doutrina defende que os direitos individuais homogêneos compreendem uma categoria de direito material distinta dos direitos individuais clássicos, uma vez que tais direitos são considerados espécie do gênero direito coletivo, pois possui características próprias que os diferenciam sob a perspectiva substancial.

Mas, de fato, os direitos individuais homogêneos são uma categoria autônoma de natureza coletiva? A conclusão dessa indagação

²⁶ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em set.2018.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson, 2011, op. cit., p. 76.

influencia sobremaneira sua equiparação com os direitos veiculados pelos processos repetitivos, portanto, a tutela propriamente coletiva, nesse caso, seria necessária e excludente.

Inexiste pacificidade sobre o tema na doutrina, mas a tese que tem prevalecido nega a dimensão exclusivamente processual dos direitos individuais homogêneos, em que pese basearem-se em ideias nem sempre convergentes.

Sofia Temer entende que os direitos individuais homogêneos não são “materialmente” coletivos, “assim sendo, sua natureza não impede, a princípio, que sejam equiparados aos direitos veiculados via processos individuais repetitivos”²⁸.

Em contrapartida, para Alcides Munhoz da Cunha os direitos individuais homogêneos distinguem-se dos direitos individuais clássicos e dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito em razão de sua dimensão substancial. Segundo Alcides, entretanto, os direitos individuais homogêneos não são autônomos em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, são na verdade uma peculiar modalidade desses interesses, um desdobramento subordinado àqueles direitos, sua natureza é meta-individual²⁹.

Ou seja, a mesma conduta que ofende a um bem jurídico difuso ou coletivo, pode ocasionar a violação homogênea a direitos individuais e o pedido na ação coletiva é que vai determinar a identificação do tipo de direito que se pretende tutelar.

De outra banda, Sofia Temer discorda de Alcides Munhoz da Cunha acerca dos direitos individuais homogêneos serem necessariamente um prolongamento de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, “porque é possível distinguir as pretensões de natureza difusa ou coletiva das pretensões individuais, demonstrando que não há aventada subordinação ou dependência”³⁰.

Há ainda, outra característica dos direitos individuais homogêneos que merece atenção, a divisibilidade. Em que pese o objetivo de um mesmo

²⁸ TEMER, Sofia, 2017, op. cit, p. 52.

²⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de Processo, vol. 177, jan/mar 1995, versão digital, p. 224.

³⁰ TEMER, Sofia, 2017, p. 46.

bem jurídico substancial a partir da tutela coletiva, de forma indivisível, o interesse envolvido é meta-individual na medida em que a sentença nessa ação coletiva será genérica, havendo, por outro lado, divisibilidade, em momento posterior, na liquidação.

O que significa dizer que a indivisibilidade se verifica apenas no plano da técnica processual coletiva e não do direito ou relação substancial conflituosa, como ensina Alcides Munhoz da Cunha³¹.

A doutrina aponta também o acréscimo de dimensão material pela proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos, entendida como uma proteção extra, em relação ao processo individual.

Trilha nesse sentido Eduardo Talamini, para o qual, há interesses difusos subjacentes aos direitos individuais homogêneos tutelados na ação coletiva, a exemplo da proibição de condutas ilícitas que geram lesões multitudinárias, segurança jurídica, isonomia e previsibilidade. Há uma transindividualização, verificada nos casos em que não é possível definir o número de atingidos pela lesão a direitos individuais, cuja indenização prevista pela lei destina-se a um fundo monetário, pena esta, com caráter punitivo pedagógico³².

Sofia Temer, todavia, discorda desse posicionamento³³:

A condenação genérica e a reversão ao fundo – escolhas do legislador para a via processual coletiva – não tornam o direito transindividual e tampouco tornam o objeto indivisível, mas apenas funcionam como uma consequência legal para a não manifestação dos interessados (determinados ou determináveis) sobre seus direitos (divisíveis). Até porque, se forem propostas execuções individuais em quantidades compatíveis com o dano estimado na decisão, não haverá reversão do fundo coletivo. Essa constatação demonstra que não há, então, um acréscimo em relação à soma das pretensões individuais, mas mera destinação diferenciada da condenação estimada para a soma de tais pretensões.

Por outro vértice, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, defendem que os direitos individuais homogêneos são uma categoria de

³¹ CUNHA, Alcides Munhoz da, loc. cit., p. 224.

³² TALAMINI, Eduardo. **Direitos Individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015**. Revista de Processo, vol. 241, mar/2015, p. 337-358. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/90121>>. Acesso em set.2018, p. 337-338.

³³ TEMER, Sofia, 2017, op. cit, p. 49.

direitos cuja natureza coletiva é híbrida, já que decorre de aspectos de direito material e processual. Pois, a especificidade do processo coletivo se encontra no objeto litigioso, ora indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, ora divisíveis havendo execução, e novamente tornando-se indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito³⁴.

Em que pese os titulares dos direitos individuais homogêneos serem considerados como grupo na ação coletiva, não perdem, entretanto, o caráter de individualidade e a divisibilidade de seus direitos. Significa dizer que podem praticar individualmente os atos relacionados aos seus interesses.

A inquietação partilhada pela parte da doutrina que reconhece a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos revela-se na valorização da via coletiva como mais adequada e efetiva para tutelar tais direitos, enfatizando a adequação da tutela coletiva como meio processual para tais conflitos, segundo Sofia Temer, que pondera³⁵:

Entendemos, então, que os direitos individuais homogêneos não são “materialmente” coletivos. Assim sendo, sua natureza não impede, a princípio, que sejam equiparados aos direitos veiculados via processos individuais repetitivos.

Consequente, a identificação de características distintas entre os direitos individuais homogêneos e os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* passou a conceber os direitos individuais homogêneos a partir de uma dimensão processual.

Um dos precursores dessa concepção processual foi Barbosa Moreira, cuja posição amplamente aceita; classifica tais direitos em direitos essencialmente ou acidentalmente coletivos. Conceitua os litígios essencialmente coletivos sob o aspecto subjetivo, como um número indeterminado de sujeitos, e do ponto de vista objetivo, como objeto indivisível. E prossegue em relação aos acidentalmente coletivos, como interesses, os quais são possíveis distinguir individualmente os membros atingidos, cujo

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Conceito de processo jurisdicional coletivo**. Revista de processo. Vol. 229, mar/14, versão digital, p. 84.

³⁵ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 51.

processo pode ter resultados não uniformes haja vista que o objeto é divisível³⁶.

De acordo com a ampla doutrina os direitos difusos e coletivos em sentido estrito têm natureza transindividual, cujos sujeitos são indeterminados ou determináveis e seu objeto de natureza indivisível.

Ao passo que os direitos individuais homogêneos possuem objeto de natureza divisível, cujos titulares são determináveis, o que implica impossibilidade de serem tratados como de mesma natureza dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Em decorrência desse distanciamento passou a observar-se, então, qual seria a distinção entre os direitos individuais homogêneos e os heterogêneos. Na lição de Sofia Temer, se analisados do ponto de vista individual, na realidade, não há nada que os distinga³⁷:

Apenas pela análise contextualizada das relações jurídicas, numa perspectiva comparativa, é que se pode observar se há repetição de pretensões homogêneas, com origem comum e prevalência de questões homogêneas em relação às particulares, para viabilizar a tutela coletiva. E apenas se esta resposta for positiva é que é possível enquadrá-los na categoria em análise. O emprego da via coletiva – que acaba por evidenciar a categoria dos direitos individuais homogêneos – depende dessa análise macro da conflituosidade.

Ensina Kazuo Watanabe, que os direitos individuais homogêneos são individuais em sua essência, entretanto, na forma como tutelados são coletivos³⁸.

Evidente deste modo, que os direitos individuais homogêneos consistem em um recurso processual, por questões de política processual, proporcionando coerência decisória e instrumento de acesso à Justiça. Ademais, reforça essa ideia de política processual ante a possibilidade de propositura e prosseguimento das ações individuais, mesmo com a tramitação da ação coletiva, influenciando apenas na coisa julgada a não suspensão das ações individuais propostas, conforme ensina o Código de Defesa do Consumidor.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo, vol. 61, jan.1991, p. 187.

³⁷ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 54.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., p. 81.

Feitas essas considerações, é preciso diferenciar as ações que versem sobre direitos individuais homogêneos das demandas repetitivas.

Isso porque, a categoria dos direitos individuais homogêneos está relacionada com as ações propriamente coletivas, no contexto legislativo pátrio. Não se pode generalizar, classificando todas as questões comuns como direitos individuais homogêneos, sob pena de prejudicar o desenvolvimento do sistema de resolução de demandas repetitivas, com o objetivo de evitar que se abriguem situações distintas através da mesma nomenclatura.

As demandas repetitivas, por sua vez, são aquelas ações em que se pretende a resolução de questões estritamente processuais que se replicam em vários processos, porém, não há semelhança em relação às pretensões substanciais. Igualmente, verifica-se a repetitividade nas ações cujo objeto litigioso seja distinto, contudo, a discussão possua ponto comum.

No contexto do Código de Processo Civil de 2015, o legislador trouxe a classificação das demandas repetitivas como a existência de questões comuns, de direito material ou processual, mesmo que tais questões não representem grande parte do conflito subjetivo posto em juízo, e mesmo que não haja demandas homogêneas.

O que significa dizer que o legislador do atual Código de Processo Civil, estabeleceu as demandas repetitivas, a partir de áreas de homogeneidade, relacionadas a uma ou alguma das questões tratadas na demanda, não se referindo a relações substanciais-modelo, sem similitude de causas de pedir e pedido.

Acerca da distinção entre demandas repetitivas e os direitos individuais homogêneos, Sofia Temer leciona³⁹:

E sendo assim, apesar de as “demandas repetitivas” compreenderem situações que, em tese, poderiam ser classificadas como “direitos individuais homogêneos” (nas hipóteses de demandas relativas a pretensões isomórficas, em que as relações substanciais sejam análogas e sejam repetidas as causas de pedir e pedidos), também compreendem situações que não poderiam ser enquadradas como tal (hipóteses em que há apenas um ponto marginal em comum entre as demandas), a menos que houvesse uma completa reconfiguração da categoria. As demandas repetitivas abrangem situações mais amplas

³⁹ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 62.

do que os direitos individuais homogêneos, o que é mais um dos motivos para evitar o emprego deste termo naquele contexto.

E prossegue a autora, concluindo que não é possível equiparar os direitos individuais homogêneos com as questões de direito veiculadas nas demandas repetitivas ainda que se entenda ser a origem comum, exclusivamente “ponto comum de direito”, posto que nos direitos individuais homogêneos exige-se uniformidade de demandas, e nas demandas repetitivas apenas uniformidade de questões⁴⁰.

Desta feita, partilhando do entendimento esposado de Sofia Temer, as demandas repetitivas são ações cujas questões jurídicas são homogêneas, embora não haja exigência de relação substancial padrão e sequer uniformidade quanto às causas de pedir e pedido, o que as distingue dos direitos individuais homogêneos.

As demandas repetitivas são mais amplas que os direitos individuais homogêneos, sendo relevante, a existência de controvérsia acerca de ponto de direito reiterado em diversos processos.

A ação de direitos individuais homogêneos evita a proliferação de demandas individuais, ao passo que o IRDR não evita a proliferação de tais demandas, ele concentra o julgamento dessas ações a fim de estabelecer uma tese jurídica aplicável a todos, solucionando-as de modo uniforme de uma única vez.

2.2 Precedente, decisão, jurisprudência e súmula

Ao longo do tempo, através de um processo evolutivo moroso, o processo civil pátrio, desenvolveu um sistema de precedentes judiciais que era bastante tímido no Código de Processo Civil de 1973, mas que se fortaleceu, sendo discutindo desde o projeto do novo Código de Processo Civil, até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 com a inserção do sistema de precedentes.

⁴⁰ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 63.

A premissa maior estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 ao inserir o sistema de precedentes em seu bojo, tem o objetivo de uniformização da jurisprudência conforme se infere do artigo 926 que inaugura o Livro III da Parte Especial do Código, adequadamente intitulado “Dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

O Código de Processo Civil de 2015 revela sua preocupação com os “precedentes judiciais” na medida em que estabelece a necessária observância das decisões indicadas, as normas relativas à incidência dos entendimentos, bem como a não aplicação e a possibilidade de superação.

O artigo 926 disciplina como premissa fundamental o dever de uniformização da jurisdição, mantendo-a estável, íntegra e coerente, como modo seguro de efetivar o princípio constitucional da isonomia e a segurança jurídica.

No mesmo trilhar, Cássio Scarpinella Bueno destaca o papel do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015⁴¹:

O *caput* do art. 926 quer evidenciar qual é o papel que o CPC de 2015 quer emprestar à jurisprudência dos Tribunais a título de racionalização e uniformização dos entendimentos obteníveis como resultado da prestação jurisdicional. Jurisprudência parece, aí, ter sido empregada como palavra genérica para albergar as súmulas e também os “precedentes”. Os Tribunais *devem* uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, palavras que merecem ser compreendidas, para os fins a que se predispõe este Manual, como técnicas de realização da segurança jurídica, inclusive na perspectiva da previsibilidade e da isonomia.

O que se tem no ordenamento jurídico brasileiro é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características do ordenamento *civil law*, como ensina Alexandre Freitas Câmara⁴².

Inicialmente, sem qualquer pretensão de esgotar o tema que é extremamente amplo, mas apenas com o intuito de contribuir para a compreensão do tema dessa pesquisa, é preciso trazer ao lume os conceitos doutrinários, distinguindo os precedentes das decisões, da jurisprudência e das

⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 983-984.

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, op. cit., p. 367.

súmulas, que embora, umbilicalmente interligados possuem distinções bem características.

Nesse desiderato, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, conceituam precedente em sentido *lato*, como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁴³.

Perfilha de entendimento semelhante Alexandre Freitas Câmara conceituando⁴⁴:

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente*.

A decisão judicial, de acordo com a lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação. A decisão é, pois, conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo”⁴⁵.

A *ratio decidendi* consiste nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. É a essência da tese jurídica, também chamada *holdings* pelos norte-americanos, é a opção adotada na sentença sem a qual, não teria sido a decisão proferida da forma como o foi, segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁶.

⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**/Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 441.

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, loc. cit., p. 367.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, op. cit., p. 444.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, op. cit., p. 442.

Imprescindível mencionar que a *ratio decidendi* “não se confunde como a fundamentação, mas nela se encontra”, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro possui um sistema de precedente bastante peculiar. A interpretação da norma legal que identifica a norma geral do caso concreto (*ratio decidendi*) é que molda o núcleo essencial do precedente.

A jurisprudência conceituada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, caracteriza-se pela aplicação retirada de um precedente, e que “se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal”⁴⁸.

As súmulas na concepção de Cássio Scarpinella Bueno são⁴⁹:

[...] a consolidação formalizada, em verbetes (ou enunciados), da jurisprudência dos tribunais em decorrência da reiteração de decisões idênticas proferidas a partir de casos substancialmente iguais. Elas, em si mesmas consideradas, revelam bem menos do que os seus “precedentes” têm capacidade de revelar.

Na esteira deste entendimento, Luiz Guilherme Marinoni assevera que o “enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente”⁵⁰.

É imprescindível que a súmula, como texto, seja reinterpretada, decorre daí a necessidade de ser ela escrita em termos precisos, o mais preciso possível, como alerta Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵¹.

Tecidas tais distinções, é preciso ponderar que a súmula e a jurisprudência são instrumentos que têm como alicerce para a sua construção o precedente e a decisão.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 221.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, op. cit., p. 487.

⁴⁹ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 977.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, 2010, op. cit., p. 217.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, loc. cit., p. 487.

2.3 Apontamentos sobre precedentes judiciais

As decisões proferidas com base em precedentes visam assegurar o respeito aos princípios constitucionais que compõem o modelo de processo constitucionalizado.

O que se pretende aqui é trazer, ainda que de forma breve, alguns apontamentos importantes sobre os precedentes, e em um segundo momento, estudar sua origem no sistema *common law* e como foi adaptado o modelo para o sistema *civil law*, buscando compreender como se forma no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de precedentes, estabelecendo algumas premissas e distinções essenciais e sua relação com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tema central desta pesquisa.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a tradição de respeito às decisões judiciais, tem origem no sistema do *common law*, cujas decisões possuem papel fundamental neste modelo⁵².

O sistema brasileiro, entretanto, segue a tradição do *civil law*, quanto à importância da decisão judicial e seu caráter normativo, por esse sistema, cuja origem remonta o Pós-Revolução Francesa, o juiz fica adstrito à lei, tendo por objetivo a segurança jurídica, considerando que da lei decorre a certeza do direito.

Ocorreu que, ambos os sistemas evoluíram no atual contexto jurídico; dada a complexidade das relações humanas, o que ocasionou um intercâmbio de ambos os sistemas, cujos reflexos dessas modificações são notáveis em relação à decisão e sua eficácia.

Sofia Temer elenca alguns motivos que justificam as mudanças levadas a efeito pelo sistema brasileiro, que antes, totalmente legislado, passou a conferir especial importância às decisões judiciais⁵³:

- a) Dos impactos do constitucionalismo, com o reconhecimento de força normativa e de supremacia da Constituição em relação à lei,

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme, 2010, op. cit., p. 17.

⁵³ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 204-206.

alterando-se a concepção do que é direito, jurisdição e da atividade exercida pelo juiz;

b) Da falência da concepção de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando, por isso, qualquer atividade interpretativa e/ou criativa do direito. A constatação de que o texto legal admite variadas normas, que deve ser interpretado e que o juiz tem papel criativo no exercício da jurisdição evidenciaram a necessidade de abandonar dogmas do *civil law*, para buscar a segurança jurídica e a previsibilidade em outras fontes que não na lei, como na decisão judicial;

c) Da inflação legislativa e da inatividade do legislador;

d) Da crescente exigência de segurança jurídica, racionalidade, previsibilidade, uniformidade e coerência, mormente diante da explosão da quantidade de processos judiciais, muitos versando sobre as mesmas questões, entre outros fatores.

Como já esposado no tópico anterior, entre os temas de maior importância no atual Código de Processo Civil, desde a elaboração do Projeto do Novo Código, o sistema de precedentes ganhou especial relevância no Código de Processo Civil de 2015, que dedicou todo um Livro (Livro III da Parte Especial) para o processo nos tribunais.

O precedente é um fato, e esse fato ocorrerá em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, como bem observam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵⁴.

Para a aplicação de precedentes, é imprescindível a similaridade do caso, tanto sob o aspecto fático quanto jurídico, bem como a demonstração correspondente dessa similitude. Exemplo do que ocorre no sistema *common law* o precedente é extraído de uma decisão proferida por um juiz ou órgão quando da aplicação de seus fundamentos, não sendo possível, via de regra, conferir tratamento de precedente a toda e qualquer decisão, além disso não é necessariamente vinculante.

No sistema adotado pelo Código de Processo Civil, não é este o tratamento conferido ao precedente, de sorte que, a lei é que estipula com antecedência quais decisões terão eficácia de precedente vinculante, conforme explica Alexandre Freitas Câmara⁵⁵:

[...] Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado 'para

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, op. cit., p. 453.

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, op. cit., p. 437.

ser precedente vinculante'. Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são 'precedentes de propósito'.

Todavia, o tema não navega em águas calmas, o Código de Processo Civil de 2015 tem sofrido diversas críticas acerca do seu "sistema de precedentes", grande parte delas questiona a eficácia das decisões constantes do rol do artigo 927, pelo simples motivo de ter o Código adotado um sistema que poderia ser melhor, como pontua Sofia Temer⁵⁶.

Notadamente, não poderia ser idêntico ao modelo *common law*, pois em sua essência, a tradição brasileira, segue o modelo *civil law*, pelas diferenças que serão tratadas nos subtópicos seguintes.

Nesses moldes, a eficácia jurídica de um precedente sofre variações a partir do modelo definido pelo direito positivo. Consoante lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, no direito brasileiro, "os precedentes judiciais têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que não se excluem. É possível e até comum que um mesmo precedente produza mais de um tipo de efeito". O autor vislumbra pelo menos seis espécies de efeitos, quais sejam⁵⁷:

i) Vinculante/obrigatório (art. 927 do CPC); ii) persuasivo; iii) obstativo da revisão das decisões; iv) autorizante; v) rescindente/deseficacizante; e vi) de revisão da sentença. O efeito do precedente decorre de sua *ratio decidendi*. Assim, "os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante" (enunciado nº 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Não obstante, quanto à decisão proferida no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, é certo que foi criado para ser "precedente", por opção política do legislador.

Acerca da natureza de precedente conferida à decisão do IRDR, entende Sofia Temer⁵⁸:

⁵⁶ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 206.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, op. cit., p. 454.

⁵⁸ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 207.

O desenho procedimental do incidente de resolução de demandas e a eficácia conferida pela lei para suas decisões demonstra que ele foi criado para que, numa sede qualificada – tanto em termos de competência do órgão julgador como de participação democrática – seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão analisada.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é propositadamente precedente, dada a sua finalidade de fixar uma tese que será adotada pelo tribunal em casos que versem sobre a mesma questão.

Com efeito, há ainda outro aspecto do IRDR destacado por Sofia Temer, que o distingue como precedente, daqueles precedentes originários do *common law*. É a abstração das particularidades fáticas para a fixação da tese jurídica, sobre a questão, de modo que a decisão do IRDR “não possa ser compreendida como a solução de um caso concreto de onde se extraem razões decisórias que podem ser aplicáveis a outros casos”⁵⁹.

Isso porque, de um lado, a ideia de precedente, como já mencionado, vincula-se à decisão sobre caso concreto, o que significa dizer que não se fixam teses jurídicas, exceto quando vinculadas a determinado caso, apenas retira-se razão de decidir universalizável, a partir da decisão do caso concreto, conforme ensina Sofia Temer⁶⁰.

De outra banda, entretanto, tal situação não ocorre com o IRDR, pois o mesmo não se propõe ao menos não em primeira análise, à solução de casos concretos, tão somente a fixação de teses seja de direito material ou processual.

2.3.1 Precedentes no *common law*

É preciso ainda trazer ao lume, breves distinções entre os precedentes no sistema *common law* e no sistema *civil law*.

A origem do sistema *common law* é anglo-saxônica, e influencia os países que politicamente estiveram ou não associados à Inglaterra, como os Estados Unidos. Sua essência baseia-se na atuação dos tribunais judiciais, que

⁵⁹ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 208.

⁶⁰ TEMER, Sofia, 2017, loc. cit., p. 208.

ao decidir um caso concreto, extraem do julgado norma a ser aplicável a casos futuros e análogos, intitulado essa decisão de precedente.

Em outras palavras, a análise do direito é feita casuisticamente, de forma indutiva, partindo-se do caso particular para a produção da norma, de modo a assegurar o princípio da igualdade às partes em juízo.

Nesta toada, a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁶¹:

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.

No sistema do *common law*, é o juiz ou órgão através da aplicação dos seus fundamentos no julgamento de caso análogo, quem, ao proferir uma decisão, tece um precedente.

São características do sistema *common law*, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶²:

- a) Efeito vinculativo das decisões: os tribunais inferiores estão obrigados a acolher os entendimentos emanados das cortes superiores, as quais também se obrigam por suas próprias decisões.
- b) Importância da decisão judicial por si só: toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte a ser levado em consideração na atividade judicante, podendo ser adotada como fundamento do magistrado no seu decidir.
- c) Construção jurisprudencial da doutrina jurídica: o elemento vinculativo do precedente não é, porém, a sua conclusão, mas sim as suas razões de decidir (*ratio decidendi*), entendidas como o princípio geral de direito tomado como premissa para fundamentar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão.
- d) Perpetuidade do precedente: a *ratio decidendi* nunca perde sua vigência, ainda que os anos a tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas, podendo ser invocada desde que se demonstre a sua utilidade para o caso.

Neste sistema, as leis são escassas, a Constituição é basicamente expressa em princípios, que serão moldados para os casos

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, 2015, op. cit., p. 443.

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 16 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, versão digital (*ebook*), s.p.

concretos na medida em que se apreciam os conflitos perante os tribunais. A pressão e influência são exercidas não sobre o parlamento, mas sobre os tribunais.

A norma que se constitui a partir do precedente é tida como regra nesse modelo jurídico. Ao passo que no sistema *civil law* a norma está positivada, sendo a lei, a regra à qual está adstrito o julgador.

Pondera Cássio Scarpinella Bueno, que a palavra “precedente” constante do parágrafo 2º do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, não trata dos precedentes característicos do sistema *common law*, ao contrário, o emprego dessa palavra pretendeu demonstrar que se tratam de casos que foram julgados com antecedência a outros, desejando que aquela decisão seja observada em julgamentos posteriores⁶³.

Por essa razão, com a devida vênia a entendimentos em sentido contrário, o Novo Código de Processo Civil emprestou ao sistema de precedentes um procedimento diverso do sistema *common law*, adaptado ao nosso modelo brasileiro que adotada o *civil law*, tendo acertado em alguns pontos, e errado em outros.

2.3.2 Precedentes no *civil law*

O sistema da *civil law*, por sua vez, distingue-se do *common law* especialmente em razão das fontes de Direito, pois neste, o ordenamento é composto principalmente por leis, atos normativos, decretos, resoluções, medidas provisórias, entre outros.

No sistema *common law* os juízes e tribunais julgam o caso concreto, com base no direito consuetudinário. Contudo, em que pese no sistema *civil law* preponderar a lei, os precedentes judiciais encontram seu espaço.

A implementação do direito jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, cujo papel evidencia-se com clareza no Código de Processo Civil de 2015, estabelece o “papel de impactar o procedimento para fins

⁶³ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 980.

variados e, em última análise, para concretizar a estabilidade, a integridade e coerência do *caput* do artigo 926”, como pontua Cássio Scarpinella Bueno⁶⁴.

De origem romano-germânica, do direito legislado, tal sistema baseia-se na positivação do Direito pela norma legal, no qual a atuação do operador é predominantemente técnica, exigindo-se que seja profundo conhecedor da norma integrante do sistema e da doutrina, interpretando-as, apesar de também ser um dever conhecer a jurisprudência.

Neste, a Constituição é a norma fundamental do sistema, seguida de normas infraconstitucionais. Diferentemente do que ocorre no *common law* a Constituição não é baseada em princípios que serão amoldados pelos tribunais na análise do conflito. Aqui, os tribunais estão adstritos às normas positivadas, o juiz deve julgar segundo a lei.

Destarte, a jurisprudência não é prescindível nesse sistema, tem reconhecida a sua importância, entretanto, o que acontece é que, os juízes e tribunais inferiores não estão vinculados às decisões dos superiores, sequer dos demais juízes de mesma hierarquia, nem mesmo às próprias decisões, ele pode alterar sua orientação ainda que diante de casos semelhantes a outros já julgados pelo mesmo tribunal, conforme ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶⁵.

É certo que em tal sistema, a lei já estabelece com antecedência quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante, segundo Alexandre Freitas Câmara⁶⁶:

Assim, quando um tribunal vai exercer controle concentrado de constitucionalidade, vai decidir um incidente de assunção de competência ou vai julgar casos repetitivos, já se sabe, de antemão, que a decisão que ali será proferida será um precedente vinculante. Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado “para ser precedente vinculante”. Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são “precedentes de propósito”.

Teria o ordenamento jurídico brasileiro migrado para o sistema *common law* com o advento do Código de Processo Civil? Ao que parece, o

⁶⁴ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., 981.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, 2014, op. cit., versão digital (ebook), s. p.

⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, op. cit., p. 377.

fortalecimento do sistema de precedentes no ordenamento pátrio, não promoveu uma “migração” para o sistema do *common law*, houve a adaptação de um sistema de precedentes às características do *civil law*.

Como já dito, a técnica de proferir decisões a partir de precedentes, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ligados à tradição do *common law*, que faz utilização dos precedentes como princípios argumentativos, com o que corrobora Alexandre Freitas Câmara⁶⁷:

Isto não significa, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica (conhecida como *civil law*), tenha “migrado” para o *common law*. Muito ao contrário, o que se tem no Brasil, é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento *civil law*.

Ocorre no direito processual civil brasileiro, que a lei estabelece com antecedência quais decisões terão eficácia de precedente vinculante. Por opção do legislador, o precedente é criado para ser vinculante, já nasce com esse objetivo.

Ao contrário, do que ocorre no sistema *common law*, no qual ao se proferir uma decisão, não se sabe ao certo, se aquela decisão será, no futuro, um precedente. Somente quando surgir um segundo caso, em que se analisando as circunstâncias, havendo semelhanças ao caso anterior, é que o órgão jurisdicional dirá ou não se aquela primeira decisão é considerada um precedente.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero criticam a forma como o Novo Código de Processo Civil tratou o precedente⁶⁸:

Em qualquer ramo do direito, portanto, os precedentes devem ser considerados obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos. O Novo Código imagina, porém, que os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV, CPC), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III, CPC) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e V). Os precedentes, porém, não são exclusivamente formais e quantitativos – inclusive muitas vezes

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, op. cit., p. 367.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1005.

sequer são quantitativos. São também materiais e qualitativos. Por essa razão, por exemplo, acaso um julgamento de recursos repetitivos não contenha razões determinantes e suficientes claramente identificáveis, não formará precedente, nada obstante oriundo da forma indicada pelo novo Código.

Em que pese inconsistências notáveis no sistema trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, é preciso levar em consideração o objetivo maior do legislador, no sentido de alcançar uma jurisprudência que seja íntegra, estável e coerente, visando como fim maior a segurança jurídica e promovendo a tutela dos princípios da igualdade e da liberdade.

2.4 Considerações e fundamentos para a técnica processual diferenciada

Nada obstante, há diversos fundamentos que fomentam o desenvolvimento das técnicas processuais diferenciadas, com vistas a orientar a evolução de sua estruturação e aplicação prática.

Sob a ótica da Constituição, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem como base, a tríade trazida por Sofia Temer, composta pelos princípios constitucionais da isonomia, a segurança jurídica e a duração razoável do processo, que o sustentam e legitimam a sua criação enquanto técnica processual diferenciada⁶⁹.

Acerca da isonomia, ensina Sofia Temer⁷⁰:

O incidente tem potencial para concretizar a isonomia entre os jurisdicionados, através do tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação. A prestação jurisdicional díspar a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia.

Isso porque, ao fixar uma tese jurídica, o incidente de resolução de demandas repetitivas é capaz de estabilizar padrões de jurisprudência, conferir uma cognição adequada no incidente antes de estabelecer a tese,

⁶⁹ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 39.

⁷⁰ TEMER, Sofia, loc. cit., p. 39.

debater o tema e consolidar o seu entendimento, de modo a restabelecer a confiança do jurisdicionado.

No que tange ao princípio da razoável duração do processo, o IRDR foi idealizado para efetivá-lo, propiciando a solução dos processos em tempo de duração reduzido em relação aos demais processos que atualmente tramitam no Poder Judiciário.

Na concepção de Sofia Temer, a consagração da razoável duração do processo se observa sob duas perspectivas distintas⁷¹:

De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio dos recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão.

De outro lado, a resolução concentrada das questões repetitivas possibilita o “desafogamento” do Judiciário e permite que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos. Nesta medida, também concretiza o direito à razoável duração do processo para todos os outros processos “não-repetitivos”.

Cabe aqui, entretanto, uma ressalva, inicialmente acerca da complexa tarefa de quantificar o prazo de duração de um processo que seja razoável, amplamente debatida na doutrina.

Além disso, imperioso destacar que o prazo para julgamento do IRDR previsto pelo Código de Processo Civil, conforme se verá no capítulo seguinte é de um ano, porém, tal prazo não abarca eventuais recursos contra a tese fixada. E dado o contexto atual dos Tribunais Superiores, a fixação e efetiva aplicação da tese pode facilmente estender-se por muito mais que um ano.

Sob o prisma da segurança jurídica, embora já mencionado em diversos pontos no presente trabalho, é preciso pontuar que se trata dos mais relevantes fundamentos para a adoção da técnica diferenciada, em razão do tratamento que, diuturnamente, é dado às demandas repetitivas, rompendo

⁷¹ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 40-41.

com a isonomia e a segurança jurídica, uma insegura “jurisprudência lotérica” sob o fundamento do livre convencimento motivado.

A respeito desse cenário, Alexandre Freitas Câmara⁷²:

Muito frequentemente, porém, essas demandas repetitivas receberam, do Judiciário brasileiro, tratamentos diferentes, o que levou a incompreensíveis quebras de isonomia. É que muitos juízes e tribunais, em nome de uma suposta “liberdade decisória”, davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. Inaugurou-se, então, no Brasil o que se chegou a chamar de *jurisprudência lotérica*, já que o resultado do processo muitas vezes dependia da distribuição por sorteio, e dependendo do juízo para o qual o processo fosse distribuído, o resultado final poderia variar completamente.

Assim, entre outros fundamentos que justificam a adoção de técnicas processuais diferenciadas, optou-se por tratar apenas dos principais elencados pela doutrina, com o escopo de melhor compreender o cenário que motivou a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e que funcionarão como vigas-mestras em sua interpretação e aplicação no cotidiano forense, temas estes que serão abordados no capítulo seguinte.

⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, op. cit., p. 412.

3 DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, lastreou-se pelo objetivo de lidar com o binômio crescente aumento de demandas vs. baixa solução dos conflitos, além da impossibilidade de proferir decisões justas e adequadas para todas as demandas relacionadas ao mesmo tema sujeitas à subjetividade dos magistrados.

Consoante se observa da exposição de motivos do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, o objetivo é conferir uma prestação jurisdicional capaz de julgar o mérito da demanda com celeridade e eficiência, “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”⁷³.

Este capítulo, já introduzindo o tema central do presente estudo, dedica-se à apresentação do novel instituto trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, com escopo de uniformizar o entendimento jurisprudencial nas demandas repetitivas perante os tribunais, tecendo considerações iniciais, sua finalidade, a polêmica da natureza jurídica, o sistema adotado pelo CPC, legitimados, a distinção entre IRDR, Recursos Repetitivos e o Incidente de Assunção de Competência, poderes do relator e a obrigatoriedade de suspensão das demandas em andamento que versem sobre a mesma questão.

3.1 Conceito e finalidade

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) consiste em um mecanismo diferenciado trazido pelo Novo Código de Processo Civil, inserido no contexto do recém-criado microssistema de formação de precedentes.

⁷³ BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7ª ed. Senado, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em set. 2018, s.p.

O microsistema de formação de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 compreende diferenciadas técnicas de julgamento dos casos repetitivos, como a súmula vinculante, o recurso especial, o recurso extraordinário, entre eles o IRDR objeto desta pesquisa científica.

Seguindo a tendência de modernização do sistema processual, evidenciada a partir do século XX, diversas reformas foram promovidas no ordenamento jurídico, com o escopo de adequar as normas processuais à realidade política, social, econômica e jurídica da sociedade, além da almejada segurança jurídica, como traz Guilherme José Braz de Oliveira⁷⁴.

A guisa de exemplo de tais reformas, foi implementado o processo cautelar; a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em 1993; a Lei nº 9.756/1998 que atribuiu ao relator a possibilidade de monocraticamente negar seguimento ao recurso; a Lei nº 10.352/2001 que estabeleceu a dispensa do reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal; a Emenda Constitucional nº 45/2004 que instituiu a “súmula vinculante”; a Lei nº 11.276/2006 que criou a figura da súmula impeditiva de recursos, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Além desses, a Lei nº 11.418/2006 que inseriu a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade para o recurso extraordinário; e também a Lei nº 11.672/2008 que criou mecanismo peculiar de julgamento dos recursos especiais repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça; entre outras reformas.

Entre outras razões que justificam as reformas e diplomas legais aptos a modernizar o sistema processual, pesam milhares de críticas tecidas ao Judiciário, em especial à morosidade na prestação da atividade jurisdicional. A necessidade de mudança foi tamanha, que em 2009, o Senado federal ao instituir a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do

⁷⁴ OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. **Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo código de processo civil: o incidente de resolução de demandas repetitivas.** Tese de doutorado, São Paulo, março/2015. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-143212/pt-br.php> >. Acesso em out. 2018, p. 12.

Novo Código de Processo Civil, criou uma página virtual para o recebimento de sugestões, além da realização de audiências públicas e fóruns para legitimar democraticamente o Novo Código.

As reformas promovidas no Código de 1973 (que foi criado em meio à plena ditadura militar) revelaram a busca incessante do legislador pátrio pela criação de técnicas diferenciadas de julgamento que pudessem ao mesmo tempo, lidar com as causas repetitivas e equacionar a morosidade, até que com a publicação do Novo Código de Processo Civil em 16 de março de 2015, apresentou-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tema central dessa pesquisa.

O IRDR foi concebido com o intuito de uniformizar a jurisprudência nos tribunais pátrios, efetivar as garantias constitucionais de isonomia e segurança jurídica, bem como desafogar o Judiciário.

A adoção desse instituto inspirado no Direito Comparado, adaptado à realidade brasileira, revoluciona os fundamentos estruturais do ordenamento pátrio. Pois de todas as mudanças promovidas pelo legislador do Novo Código, sem dúvida o IRDR é a mais profunda delas.

Em que pese o legislador do CPC ter se inspirado no *musterverfahren*, procedimento-modelo alemão, para criar o IRDR, como expressamente menciona na exposição de motivos do Novo Código, é certo que com esse não se confunde, várias são as diferenças existentes entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o procedimento-modelo alemão, conforme se verá neste capítulo em seção própria.

Isso porque, muito embora inspirado no *musterverfahren*, deve ser interpretado à luz das premissas estabelecidas pela Constituição Federal, segundo José Miguel Garcia Medina, o Código de Processo Civil de 2015⁷⁵:

[...] disciplinou o instituto de modo diferente e mais minucioso que a lei alemã. Além disso, o instituto deve ser interpretado à luz das premissas estabelecidas no direito brasileiro, notadamente a Constituição Federal. É à lei brasileira, pois, que deve voltar os olhos o intérprete, para se compreender como opera o incidente, entre nós.

⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1322.

A técnica processual diferenciada trouxe ainda, uma inovação ao julgamento de casos repetitivos; cujo julgamento chega às instâncias ordinárias, não se verificando mais apenas na via recursal, como antes. O legislador do Novo Código deu um passo adiante às reformas que já vinham sendo feitas na vigência do CPC/1973, pois estendeu as técnicas previstas para a via recursal aos julgamentos de causas repetitivas em estágio inicial, como observa Guilherme José Braz de Oliveira⁷⁶:

Ou seja, o legislador agora dará um passo adiante no sentido de estender as técnicas já previstas em âmbito recursal, também aos julgamentos de demandas ainda em seu estágio inicial, até como forma de prevenir, tanto quanto possível, a dispersão da jurisprudência. Isso tudo tendo em vista, fundamentalmente, os efeitos expansivos produzidos pelo julgamento desse incidente, na tentativa de compatibilizar, verticalmente, as decisões judiciais.

O IRDR consubstancia-se em procedimento que possibilita a fixação da tese jurídica acerca de questão de direito, a ser aplicada, de forma vinculante, a casos semelhantes que tramitem na competência do tribunal que a fixou.

Em detida análise, observa-se que o IRDR não se trata de um julgamento único para uma concentração de processos, na medida em que vinculará casos semelhantes através de fixação da tese jurídica, presta-se, portanto, a formular precedente, como o conceitua Humberto Theodoro Júnior⁷⁷:

O incidente autorizado pelo art. 976 do NCPC é um instrumento processual destinado a produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios, mediante estabelecimento de tese aplicável a todas as causas em que se debata a mesma questão de direito. Com tal mecanismo se intenta implantar uniformidade de tratamento judicial a todos os possíveis litigantes colocados em situação igual àquela disputada no caso padrão. Trata-se, portanto, de remédio processual de incontestado caráter coletivo. Não se confunde, entretanto, com as conhecidas ações coletivas, que reúnem num mesmo processo várias ações propostas por um único substituto processual em busca de um provimento de mérito único que tutele os direitos subjetivos individuais homogêneos dos interessados substituídos.

⁷⁶ OLIVEIRA, Guilherme José Braz de, op. cit., p. 25-26.

⁷⁷ THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal.** v III. 49ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 913.

Na esteira deste entendimento, Alexandre Freitas Câmara conceitua o IRDR⁷⁸:

[...] o CPC de 2015 criou um mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais: o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas), que pode ser instaurado perante os tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho: FPPC, enunciado 343). Este é um incidente processual destinado a, através do julgamento de um caso piloto, estabelecer um precedente dotado de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos recebam (dentro dos limites da competência territorial do tribunal) soluções idênticas, sem com isso esbarrar-se nos entraves típicos do processo coletivo, a que se faz referência. Através deste incidente, então, produz-se uma decisão que, dotada de eficácia vinculante, assegura isonomia (já que casos iguais serão tratados igualmente) e segurança jurídica (uma vez que, estabelecido o padrão decisório a ser observado, de forma vinculativa, pelos órgãos jurisdicionais em casos idênticos, será possível falar-se em *previsibilidade do resultado do processo*).

Na mesma senda, trilha Dierle Nunes ao estabelecer o conceito do IRDR⁷⁹:

[...] trata de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.

O que significa dizer, por conseguinte, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas integra o microssistema de litigiosidade repetitiva, cujo escopo é a obtenção de decisões uniformes, de modo a alcançar e garantir a isonomia e a segurança jurídica.

Nesse viés, a doutrina de Cássio Scarpinella Bueno realça a finalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, elencando dois objetivos⁸⁰:

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2017, p. 412.

⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização**. In: Arruda Alvim, Teresa (org.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. NUNES, Dierle José Coelho. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. Revista Consultor Jurídico. Versão digital, s.p.

O instituto quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos Tribunais e permitir que a decisão a ser proferida nele vincule todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do Tribunal competente para julgá-lo. Pode até ocorrer de haver recurso especial e/ou extraordinário para o STJ e/ou para o STF, respectivamente, viabilizando que o “mérito” do incidente alcance todo o território nacional.

De modo semelhante, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardino de Pinho destacam como objetivo do IRDR “promover uma superior concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica”⁸¹.

Preceitua o artigo 985 do Código de Processo Civil que julgado o IRDR a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão, que tramitem no mesmo tribunal e aos casos futuros que versem sobre idêntica questão.

Em que pese a doutrina, de forma pacífica destacar como objetivo do IRDR a celeridade processual e a uniformização da jurisprudência, é preciso ter cuidado com tal afirmativa, para não distorcer a concepção de celeridade processual e subtrair a garantia dos princípios institutivos do processo, como ponderam Guilherme Gomes Pimentel e Cynara Silde Mesquita Veloso⁸²:

[...] o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não se coaduna com o acesso efetivo à justiça, uma vez que não garante a observância aos direitos e às garantias fundamentais, isto é, distorce a concepção de celeridade processual para uma noção de decisão rápida, subtraindo a efetividade dos princípios institutivos do processo e, por consequência lógica, retira a discursividade que deve envolver o procedimento judicial democrático, não garantindo a (re)construção dos provimentos jurisdicionais, além da legítima produção jurídica.

Doravante, a doutrina processualista discute a finalidade preventiva ou não do IRDR, tema que divide opiniões. No projeto original que tramitou perante o Senado, o incidente tinha natureza preventiva, e deveria ser

⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 1.042.

⁸¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Novo código de processo civil: anotado e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 569.

⁸² PIMENTEL, Guilherme Gomes e VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito**, in RDC nº 86, Nov.Dez/2013, s.p.

instaurado quando “identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito”, como relembra Daniel Amorim Assumpção Neves⁸³.

Por outro lado, grande parte da doutrina defende que o IRDR não possui caráter preventivo. Entre eles, a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, defendendo que o próprio Código de Processo Civil afastou essa possibilidade ao prever que a questão jurídica deve verificar-se em diversos processos para que seja instaurado o incidente⁸⁴.

Partilha do mesmo entendimento, defendendo a natureza não preventiva do IRDR, Daniel Amorim Assumpção Neves, que ao elogiar a redação final dada ao artigo 976 aduz⁸⁵:

Entendo que deva ser encontrado um meio termo. Não se deve admitir o IRDR quando exista apenas um risco de múltiplos processos com decisões conflitantes, como também não será plenamente eficaz o IRDR a ser instaurado quando a quebra da segurança jurídica e da isonomia já forem fatos consumados. A instauração dessa forma, precisa de maturação, debate, divergência, mas não pode demorar demasiadamente a ocorrer.

[...]

E é justamente por essa razão que a interpretação mais adequada ao *caput* do art. 976 do Novo CPC é a necessidade não só de múltiplos processos, mas de múltiplos processos já decididos, com divergência considerável, nos quais a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões. Caso a mera existência de processos sem decisões sobre a matéria já seja suficiente para a admissão do incidente ora analisado, teremos uma natureza preventiva, o que parece não ter sido o objetivo do legislador.

De outra banda, a parte da doutrina que entende pela natureza preventiva do IRDR, argumenta dois motivos principais: i) que o inciso I do artigo 976 do Código de Processo Civil ao condicionar o IRDR à “efetiva repetição de processos” revela o caráter preventivo do incidente, embora tenha sido suprimido o *caput* do art. 930 do Projeto do Senado; e ii) no Projeto da Câmara, o incidente somente poderia ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal, entretanto, o CPC de 2015, retirou essa

⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único – 9ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1495-1496.

⁸⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, p. 626.

⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2017, loc. cit.

exigência, evidenciando o caráter preventivo do IRDR, entre os defensores dessa corrente, Cássio Scarpinella Bueno⁸⁶.

Não obstante, é certo que de forma pacífica a doutrina processualista, seguindo o disposto pelo Capítulo VIII do Código de Processo Civil de 2015, sublinha como objetivos do IRDR: i) agilizar a prestação jurisdicional, ii) diminuir o número de processos judiciais e iii) conferir uniformidade à jurisprudência, sendo certo que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas inaugura um novo capítulo no microsistema de litigiosidade repetitiva brasileiro, na busca pela isonomia e segurança jurídica, apesar das muitas dúvidas e inconsistências que o envolvem.

3.2 A polêmica da natureza jurídica

Como sugere o próprio nome do instituto, observa-se que sua natureza jurídica é incidental. Inserido no capítulo VIII do Título I - Da ordem dos Processos nos Tribunais -, no Livro III - Dos Processos nos Tribunais e dos meios de Impugnação das Decisões Judiciais -, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas encontra-se disciplinado nos artigos 976 a 987.

Nesse passo, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha sustentam a natureza jurídica incidental do incidente de resolução de demandas repetitivas⁸⁷:

O IRDR é, como seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em recursos (inclusive na remessa necessária). (...).

Há, no IRDR, a transferência de competência a outro órgão do tribunal para fixar a tese a ser aplicada a diversos processos e, ao mesmo tempo, a transferência do julgamento de pelo menos dois casos: esse órgão do tribunal, que passa a ter competência para fixar o entendimento aplicável a diversos casos, passa a ter competência para julgar os casos que lhe deram origem (art. 978, par. ún, CPC).

⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 1043.

⁸⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 13ª ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 625.

Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal.

Bruno Dantas perfilha do mesmo entendimento, ao afirmar que a natureza jurídica do incidente é incidental *sui generis*, mantendo relação idêntica de partes com todas as consequências que dela sucedam isso porque, há um fracionamento no conhecimento e no julgamento da lide, o tribunal estabelece a tese em abstrato, cabendo ao juízo de origem a aplicação da tese ao caso concreto e proferindo decisão⁸⁸.

Sob esse mesmo prisma Marcos de Araújo Cavalcanti defende a natureza jurídica incidental do IRDR⁸⁹:

Desde já, cumpre afastar a natureza jurídica recursal do IRDR. Conforme dito alhures, para ser recurso, o direito positivo deve admitir o remédio processual como tal. O livro III do NCPC trata “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”. O Título II (“Dos Recursos”) do referido Livro III define, taxativamente, os remédios processuais que serão tidos como recursos. Nos termos do seu art. 994, serão cabíveis apenas os seguintes recursos: a) apelação; b) agravo de instrumento; c) agravo interno; d) embargos de declaração; e) recurso ordinário; f) recurso especial; g) recurso extraordinário; h) agravo em recurso especial ou extraordinário; e j) embargos de divergência (sic). Além de o aludido dispositivo não mencionar o IRDR, o que já é suficiente para afastar sua natureza recursal, todos os remédios processuais mencionados no art. 994 do NCPC constituem meios de impugnação, no mesmo processo, de decisão judicial preexistente.

A técnica processual diferenciada consistente do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como se viu, tem por objetivo decidir os casos repetitivos de modo racional e uniforme, através da criação de precedente obrigatório, que vincule o próprio tribunal e seus órgãos.

Sob essa perspectiva, inclusive, leciona Leonardo Carneiro da Cunha sobre a formação de precedente no julgamento do IRDR⁹⁰:

⁸⁸ DANTAS, Bruno. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2179 e 2185, versão digital.

⁸⁹ CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador. Editora Juspodivm, 2015, p. 177-178.

⁹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 213.

Tanto no IRDR como nos recursos repetitivos, o tribunal julga a causa e fixa o entendimento a ser seguido: da *ratio decidendi* do julgado surge o precedente a orientar os casos pendentes que ficam sobrestados e, igualmente, os casos futuros que se enquadrem na mesma situação ou que se assemelhem à hipótese decidida.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni, entretanto, discorda da formação de precedente no âmbito do IRDR, argumentando que o incidente apenas resolve casos repetitivos, criando-se uma solução que será replicada nas ações presentes e futuras que versem sobre a mesma questão, o que significa dizer que o IRDR discute o caso concreto. Somente há formação de precedentes quanto ao julgamento de recursos repetitivos, uma vez que o julgamento se procede nas Cortes Supremas, aqui o discurso é de ordem pública⁹¹.

Há, conforme se vê dos insertos colacionados, tormentosa inquietude na doutrina acerca da natureza jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, questionando se o sistema adotado é o da causa-piloto ou de causa-modelo.

3.2.1 Sistema adotado: causa-piloto ou causa-modelo?

Tarefa complexa, mas de extrema importância para todo o estudo em desenvolvimento, é a definição da natureza jurídica do IRDR, considerando-se que o Código de Processo Civil de 2015, não refere com clareza necessária, se o incidente julgará a causa, adentrando ao conflito subjetivo, ou se se limitará ao julgamento apenas da questão de direito. Justamente por essa razão, sua natureza jurídica divide a doutrina processualista.

Inicialmente, é preciso estabelecer a distinção e as consequências da adoção de um ou outro sistema, a partir de tal definição, ficará mais fácil compreender as regras que compõem cada um deles.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demanda repetitiva e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 249, 2015, p. 399-419.

Conforme a doutrina de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, dois são os sistemas que permeiam a resolução de causas repetitivas, i) o da causa-piloto e ii) o da causa-modelo⁹²:

No sistema da causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais. Já na causa-modelo, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser arguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada.

Fato incontroverso é que o IRDR apresenta peculiaridades em relação aos modelos existentes no direito comparado, possuindo elementos próprios e adequados ao modelo processual pátrio.

De um lado, parte da doutrina sustenta que o IRDR adotou o sistema da causa-piloto, pois além de dirimir a controvérsia da questão de direito, há no incidente a resolução do conflito subjetivo, através de uma “unidade cognitiva e decisória”, o que se verifica, por exemplo, no julgamento por amostragem. Nesse desiderato trilha o ensinamento de Alexandre Freitas Câmara⁹³:

[...] É que, como se verá melhor adiante, uma vez instaurado o IRDR, o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros.

Ainda, no mesmo sentido, inclinam-se Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha⁹⁴:

Quanto ao IRDR, cumpre observar o disposto no parágrafo único do art. 978, segundo o qual “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”. Já se percebe que o tribunal, no IRDR, julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, então, também, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo. Ainda que não houvesse o texto do parágrafo

⁹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 593.

⁹³ CÂMARA, Alexandre Freitas, 2017, op. cit., p. 413.

⁹⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 594-595.

único do art. 978 do CPC, haveria aí uma causa-piloto, pois não é possível que o IRDR seja instaurado sem que haja causa pendente no tribunal. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. A instauração do IRDR repita-se, pressupõe a existência de uma causa no tribunal, assim como a instauração do incidente para julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo pressupõe a existência de um deles no âmbito do tribunal superior.

Sob o mesmo prisma defendido pelos doutrinadores acima esposados, o Fórum Permanente de Processualistas Civis através de seu Enunciado nº 344 afirma que a instauração do IRDR pressupõe a existência de processo pendente no Tribunal: “a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”⁹⁵.

Importante mencionar que Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha compreendem a adoção da causa-modelo como exceção à regra geral da causa-piloto, fundamentando com o exemplo da hipótese de desistência do IRDR, nos termos do parágrafo 1º do artigo 976 do CPC, ao prescrever que a desistência ou abandono do processo não impede exame do mérito do incidente⁹⁶.

Em vértice oposto, para outra parte da doutrina, o IRDR teria adotado o sistema do procedimento-modelo, aduzindo que o incidente não julga o conflito subjetivo, cinge-se apenas à fixação da tese jurídica sobre a questão, procedendo à fixação da tese em abstrato, há, na verdade, dissociação cognitiva e decisória, apreciando-se as questões comuns a todos os casos similares.

A esse respeito, Sofia Temer apresenta os fundamentos porque entende ter o sistema brasileiro adotado a causa-modelo⁹⁷:

Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Entendemos, portanto, que no incidente não haverá julgamento de “causa-piloto”, mas que será formado um “procedimento-modelo”. E essa posição decorre,

⁹⁵ Brasil, **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em out.2018.

⁹⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, loc. cit.

⁹⁷ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 68-69.

principalmente, dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da “demanda”; b) a desistência do que seria a “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais.

Na mesma linha, Eduardo Cambi e Mateus Fogaça afirmam a natureza de causa-modelo do IRDR⁹⁸:

[...] No modelo brasileiro, há a cisão do julgamento, que se desdobra em uma decisão objetiva e outra subjetiva complexa. Em outras palavras, enquanto um órgão judiciário julga todas as questões comuns objeto do incidente, o outro órgão julga o processo originário, com todas as suas especificidades, observando a prévia decisão do incidente, obrigatoriamente tomada como premissa à definição das demais questões versadas no processo. Mediante a técnica da cisão, a decisão do incidente decorre do julgamento em abstrato da questão jurídica submetida ao órgão prolator, sem prejuízo das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa daqueles cuja esfera jurídica poderá ser afetada.

Imprescindível ainda, trazer ao lume a corrente intermediária, admitida por Daniel Amorim Assumpção Neves⁹⁹:

Entendo que o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou ação e fixará a tese jurídica. Parece ser o sistema de causas-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na “causa-piloto”. E não é um procedimento-modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um sistema, portanto, brasileiríssimo.

No mesmo jaez, Bruno Dantas, adota a posição intermediária, afirmando que o IRDR fraciona a cognição e o julgamento da causa¹⁰⁰:

⁹⁸ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. **Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, 2017, op. cit., p. 1512.

¹⁰⁰ DANTAS, Bruno, 2015, op. cit., p. 2179 e 2185, versão digital.

Ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo originário a sua aplicação ao caso concreto. É importante observar que a fixação da tese contém não apenas cognição da *quaestio iuris*, mas também decisão, o que, todavia não significa julgamento da lide subjacente.

E, pontua Dantas sobre a regra do artigo 978 do CPC de 2015 que foi intenção do legislador conferir ao mesmo órgão que definiu a tese jurídica, a competência para aplicá-la ao caso concreto, de modo que seja o próprio tribunal a demonstrar os “limites e possibilidades na aplicação da tese fixada ao caso específico”¹⁰¹.

Ao completar seu raciocínio, Daniel Amorim Assumpção Neves vai além ao se posicionar, para o autor, o parágrafo único do artigo 978 do CPC de 2015 é inconstitucional e foi infeliz o legislador nesse ponto; sendo latente a inconstitucionalidade do dispositivo, porquanto em sua opinião, tão logo fosse reconhecida a inconstitucionalidade, vários problemas práticos do IRDR seriam resolvidos. Isso porque, a norma desse artigo não constava no Projeto aprovado pelo Senado, tampouco na versão da Câmara dos Deputados¹⁰².

Sob outro prisma assevera Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer que até a aprovação do Projeto do Novo Código pela Câmara dos Deputados, o desenho que permeava o IRDR era o sistema do procedimento-modelo. Contudo, após a inclusão do artigo 978, parágrafo único, de constitucionalidade duvidosa, ao prever que o órgão julgador passasse a deliberar simultaneamente a tese jurídica e o recurso, remessa necessária ou causa de competência originária, vislumbra-se que teria passado a adotar o sistema da causa-piloto¹⁰³.

Denota-se, nos moldes preceituados pelo Código de Processo Civil de 2015, que embora ele pareça ora ter adotado o sistema da causa-piloto, ora ter adotado o procedimento-modelo, na verdade, não adotou categoricamente nenhum dos sistemas.

¹⁰¹ DANTAS, Bruno, 2015, loc. cit., p. 2179 e 2185, versão digital.

¹⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, 2017, loc. cit.

¹⁰³ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1447.

Não pode ser o da causa-piloto porque exige a instauração do incidente processual, a tese, portanto, não é fixada na “causa-piloto”; tampouco pode ser o do procedimento-modelo, uma vez que o processo ou recurso do qual instaurado IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente, seguindo a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves, um sistema “brasileiríssimo”, portanto, um sistema *sui generis*.

Até o momento, enquanto as Cortes Superiores não se manifestarem a respeito, o que se tem é um cenário que divide a doutrina, revelando-se essencial acompanhar a jurisprudência dos tribunais no deslinde da questão de acordo com Rodrigo Becker e Victor Trigueiro. Enquanto isso, por mais estranho que possa parecer, haverá “a divergência jurisprudencial numa questão processual relacionada ao cabimento do instituto que deveria prezar pela uniformidade na jurisprudência”¹⁰⁴.

Vislumbra-se que o tema não navega em águas calmas, portanto, será preciso muita cautela dos aplicadores da norma, de modo a adotar a interpretação mais adequada do tema, até que as Cortes Superiores se manifestem e talvez consigam solucionar a controvérsia.

3.2.2 Julgamento de causas repetitivas no Direito Comparado

Consoante já assentado, o modelo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o Código de Processo Civil de 2015, inspirou-se no modelo alemão do *Musterverfahren*, como dispõe o próprio Código em sua exposição de motivos inclusive, pois as demandas repetitivas não são exclusividade do direito brasileiro.

Embora se tenha orientado pelo modelo alemão, o IRDR na forma como adotado pelo ordenamento brasileiro, com aquele, em quase nada se assemelha, conforme já dito, uma vez que a criação do incidente no

¹⁰⁴ BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **IRDR: causa-piloto ou procedimento modelo?** In: JotaInfo, 30 de março de 2017. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/irdr-causa-piloto-ou-procedimento-modelo-30032017>>. Acesso em out.2018, s.p.

microsistema brasileiro exigiu adaptações ao modelo de processo constitucionalizado concebido no ordenamento pátrio, com respeito às garantias processuais fundamentais da Constituição.

Pois bem, na presente seção, estabelecem-se as diferenças entre ambos, além de trazer ao lume outras técnicas de julgamento de casos repetitivos existentes no Direito Comparado que inspiraram o legislador processualista.

O direito estrangeiro contempla dois sistemas de tratamento para solucionar as questões repetitivas: o sistema da causa-piloto, em que o próprio processo é julgado no caso concreto e a tese sedimentada aplicada aos demais processos que versem sobre a mesma questão; e o procedimento-modelo, onde há uma cisão cognitiva e decisória, instaura-se um incidente no qual será fixada a tese jurídica, que posteriormente será aplicada a todos os processos repetitivos sobre a mesma questão.

O *musterverfahren* alemão foi desenvolvido a partir do sistema procedimento-modelo, cuja previsão encontra-se na Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren*), de forma abreviada *KapMuG*. O objetivo maior desse procedimento era racionalizar o julgamento de milhares de demandas propostas por investidores do mercado de capital da Bolsa de Frankfurt, que experimentaram prejuízos significativos em razão da divulgação de informações falsas por volta de 1999 e 2000, como retrata Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues¹⁰⁵:

O ordenamento alemão se viu obrigado a disciplinar uma técnica processual que contivesse o afluxo de demandas propostas nos Estados Unidos em face de empresas alemãs. Utilizando-se da técnica da *class action*, demandantes alemães ingressavam com pedidos de ações coletivas nos Estados Unidos, principalmente em face das empresas *Deutsche Telekom*, *Daimler Chrysler* e inúmeros bancos alemães. O caso mais significativo foi protagonizado pela empresa de telecomunicações *Deutsche Telekom*, que, ao deixar de prestar informações aos seus investidores, deu ensejo à propositura de aproximadamente 2200 (duas mil e duzentas) ações por mais de

¹⁰⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada.** Revista Eletrônica de Direito Processual, V. III, jan./jun. 2009. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20849>. Acesso em out.2018, s.p.

quatorze mil autores. Diante deste cenário, o Poder Judiciário alemão chegou a asseverar que o julgamento de todas estas ações em primeiro grau poderia levar até quinze anos.

Até o momento, não havia no direito alemão qualquer sistema de ações coletivas, assim, diante do cenário instalado, o legislador decidiu criar o *Musterverfahren*, com o objetivo de efetivar a prestação jurisdicional no tratamento das demandas repetitivas. Através desse mecanismo firmando entendimento com a fixação de tese jurídica que será aplicada aos demais casos que versem sobre a mesma questão.

Feitas essas considerações, imprescindível ao presente estudo estabelecer as principais diferenças entre o *Musterverfahren* e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A primeira e importante, senão a principal distinção entre ambos, diz respeito ao seu objeto. Enquanto no IRDR, conforme visto somente as questões de direito possam ser objeto do incidente, no procedimento alemão, o objeto abrange tanto as questões de direito como de fato. O julgamento do *Musterverfahren* tem como limite a definição de tese fática e jurídica que seja comum às ações repetitivas.

Acerca do objeto no procedimento-modelo alemão, ensina Antonio do Passo Cabral¹⁰⁶:

Pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.

No IRDR não há previsão de que as questões fáticas se submetam ao incidente, apenas as questões jurídicas. Aqui igualmente há uma cisão da atividade cognitiva, cujo objeto restringe-se às questões jurídicas

¹⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007, p. 132-133.

comuns, e o julgamento apenas estabelecerá a tese jurídica e central para a resolução das questões repetitivas.

Em relação ao juízo de admissibilidade, no requerimento de instauração do *Musterverfahren*, o juízo de admissibilidade é realizado pela Corte competente para o julgamento da ação individual em que o pedido foi formulado, ao juízo *a quo*¹⁰⁷.

Entretanto, tal previsão não encontra correspondência no IRDR, pois o legislador brasileiro optou por outro caminho, aqui a competência para realizar o juízo de admissibilidade do IRDR é do juízo *ad quem*, ou seja, o próprio tribunal competente para o julgamento é quem realiza o juízo de admissibilidade.

Outra relevante distinção entre o IRDR e o *Musterverfahren*, relaciona-se com a eficácia da decisão em ambos os procedimentos.

O *Musterverfahren* não adota a lógica da formação de decisão com eficácia vinculativa, todavia, adota o regime de coisa julgada, limitando a aplicação da decisão aos casos pendentes por ocasião de seu julgamento, conforme ensina Sofia Temer¹⁰⁸.

Em que pese a questão da eficácia no IRDR ter sido discutida durante a tramitação do Projeto do Novo Código, foi cogitada a ideia de extensão da coisa julgada, uma vez que a lei não previa expressamente a aplicação aos casos futuros; o que se concretizou com a aprovação do Projeto foi a eficácia vinculativa da decisão, diversa, portanto, da coisa julgada, por meio de dispositivo que expressamente previu no NCPC a aplicação da tese aos casos futuros que tratem da mesma questão jurídica (artigo 985, inciso II).

Importante notar que para a admissibilidade do *KapMuG*, necessário, ao menos, mais nove demandas que tratem da mesma questão fática ou jurídica, em um período de quatro meses. Ou seja, no *Musterverfahren*, há um número mínimo de demandas a ensejar sua instauração. Em contrapartida, no IRDR, o legislador do Código de Processo Civil não estabeleceu um número mínimo de demandas para legitimar o pedido de instauração.

¹⁰⁷ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, 2009, op. cit., s.p.

¹⁰⁸ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 98-99.

Sobressai ainda, um ponto interessante acerca do *KapMuG*, que é bastante elogiado pela doutrina, segundo Antonio do Passo Cabral, o modo de distribuição das custas processuais, que são computadas de forma proporcional “como despesas do processo de origem, devendo as cotas-parte serem calculadas comparando a grandeza das pretensões individuais com o total das exigências paralelas das partes intervenientes”¹⁰⁹.

Inexiste previsão a respeito da divisão das custas no incidente de resolução de demandas repetitivas, o legislador pátrio limitou-se no parágrafo 5º do artigo 976 a aduzir que não serão exigidas custas processuais no IRDR, porém, nada disse sobre custas das demandas individuais que versem sobre a questão objeto do incidente.

No que tange à previsão de publicidade, ambos os institutos assemelham-se, pois no procedimento alemão, admitido o *Musterverfahren*, incumbe à Corte competente, realizar anúncio público de sua decisão na Gazeta Federal eletrônica¹¹⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 de modo semelhante assegurou ampla publicidade do IRDR, através de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Denota-se que o procedimento-modelo alemão possui características que o aproximam sobremaneira do sistema coletivo, sendo visto como meio coletivo de resolução de conflitos. Por outro lado, tais características não permeiam o IRDR, que trabalha a partir de uma dessubjetivação, como leciona Sofia Temer¹¹¹.

E sublinha a autora¹¹²:

O que se observa, então, é que o *Musterverfahren* não trabalha com a abstração de norma e fato da mesma forma como ocorre no IRDR. A restrição à análise de questões de direito é, aliás, um dos principais elementos que demonstra que o IRDR é meio processual objetivo e que, portanto, justifica a distinção em relação à natureza do procedimento-modelo alemão.

¹⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo, 2007, op. cit., p. 143.

¹¹⁰ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, 2009, op. cit., s.p.

¹¹¹ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 99.

¹¹² TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 98.

Há outras características que permeiam o sistema alemão, mas que não serão tratadas no presente estudo, por não guardarem pertinência com a temática apresentada, optou-se por realçar apenas os pontos principais acerca do *KapMuG*.

Contudo, o direito alemão não foi o único a buscar técnicas diferenciadas de julgamento de casos repetitivos, outros países como Inglaterra e País de Gales também buscaram lidar com tal realidade, através de mecanismo semelhante ao *Musterverfahren*.

No direito inglês, ao contrário da tradição germânica, que resiste às demandas representativas, a Inglaterra é considerada o berço dos litígios coletivos. Além de processos representativos, há no sistema inglês, outros dois procedimentos destinados a lidar com as demandas de múltiplas partes, quais sejam, o litígio consolidado e a *Group Litigation Order* (ordem para litígio em grupo) ¹¹³.

A *Group Litigation Order* adota o sistema da causa-piloto, conforme ensina Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹⁴. Hodiernamente, as *GLO* consistem no principal mecanismo do sistema inglês destinado a lidar com a litigiosidade repetitiva. Seu objetivo é promover a “administração do caso” das ações que versem sobre a mesma questão de fato ou de direito, sendo um pressuposto para a sua admissão, um número expressivo de ações.

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues citando o parágrafo terceiro da Regra 19.11 (define o instituto *GLO*) traz as circunstâncias que podem ser determinadas no procedimento das *Group Litigation Order*¹¹⁵:

Sua alínea “a” estabelece que, com relação às ações que dão ensejo ao surgimento de uma ou mais questões comuns, pode ocorrer uma das três hipóteses a seguir: a) seu encaminhamento à *management court*; b) sua manutenção no juízo de origem até nova decisão; e c) determinação de seu ingresso no *group register*.

Outros aspectos importantes do instituto que merecem destaque são trazidos pelo mesmo autor¹¹⁶:

¹¹³ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, 2009, op. cit., s.p.

¹¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, 2017, op. cit., p. 1511.

¹¹⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, 2009, op. cit., s.p.

¹¹⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, 2009, op. cit., s.p.

a) A faculdade de aderir ou não ao grupo, resguardando-se a possibilidade de não se submeter à eficácia vinculante da decisão nele proferida, caso o autor da demanda individual opte pela segunda alternativa (filiação à sistemática *opt-in*, conforme já analisado); b) a possibilidade de, mesmo tendo manifestado interesse em integrar o grupo, escapar da incidência de efeitos desfavoráveis aos seus interesses, mediante a formulação de requerimento para interposição de recurso contra a decisão proferida no incidente; e c) mesmo nos casos em que a parte passa a integrar o grupo após o julgamento de questões que lhe produzem efeitos vinculantes desfavoráveis, existe a possibilidade de requerer à corte que tais determinações não lhe sejam vinculantes.

Nota-se que a cisão da cognição judicial dá origem a duas formas distintas de julgamento da *GLO*, uma forma coletiva para as questões comuns a todas as demandas repetitivas, e outra mais individualizada, com vistas à averiguação das peculiaridades de cada ação. E, de forma totalmente coerente, esse mecanismo da *GLO* confere equilíbrio às ações-teste.

Tal equilíbrio se verifica na medida em que, a extensão dos efeitos da decisão aos casos cujas questões são comuns, efetivando a tutela jurisdicional, e salvaguarda as garantias processuais individuais dos jurisdicionados ao possibilitar que esses exerçam o contraditório e a ampla defesa no que tange às peculiaridades fáticas de suas causas.

Com efeito, observa-se que o desfecho desfavorável quanto ao julgamento das questões comuns no âmbito das *GLO* não implica necessariamente o desfecho desfavorável no processo individual que verse sobre a mesma questão, já que há possibilidade de detectarem-se circunstâncias fáticas ou jurídicas peculiares que conduzam à decisão em sentido diverso, através da demonstração da distinção. Nesse ponto, o sistema inglês assemelha-se ao *musterverfahren* e ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Importante trazer ao lume, ainda que de forma breve, o sistema e a técnica diferenciada adotada em outros países.

Na Áustria, de acordo com Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, vige o sistema da causa-piloto, intitulado *Testprozess* ou

Pilotverfahren, em que se seleciona por amostragem uma causa a ser julgada, cuja tese fixada será seguida nos demais casos¹¹⁷.

Em Portugal, na legislação contenciosa administrativa, há adoção do sistema de causa-piloto nas demandas que envolvem a Administração Pública, através do qual se escolhe um ou alguns processos que serão apreciados e julgados, enquanto os demais ficam suspensos aguardando o desfecho daqueles escolhidos, como retrata Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹¹⁸:

Nos termos do n. 5 do art. 48º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CTPA, após a decisão final transitada em julgado, as partes, nos autos suspensos, têm a possibilidade de, no prazo de trinta dias, (a) desistir de sua ação, (b) requerer a extensão dos efeitos da decisão ao seu próprio processo, (c) requerer a continuação de seu próprio processo ou (d) recorrer da sentença, se ela tiver sido proferida em primeira instância. Enfim, tem-se aí um sistema de causa-piloto, aplicável às demandas que envolvem a Administração Pública: escolhe-se um ou mais processos para análise e julgamento, devendo os demais ficar aguardando a solução. Operado o trânsito em julgado da decisão final, as partes de cada um dos processos suspensos terão trinta dias para adotar uma das citadas medidas.

No direito espanhol, de acordo com Daniel Penteado de Castro, no âmbito do direito administrativo, há adoção da técnica processual diferenciada, orientada a otimizar a tramitação de causas através da extensão dos efeitos da sentença proferida em julgamento de recursos semelhantes, que visem impugnar o mesmo ato¹¹⁹.

Imperioso consignar, diante dos institutos apresentados, que nenhuma previsão semelhante foi adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, tendo sido estabelecido um sistema totalmente adaptado.

¹¹⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 593.

¹¹⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, loc. cit., p. 593-594.

¹¹⁹ CASTRO, Daniel Penteado de. **Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo**. Revista de Processo. Vol. 206, São Paulo: RT, 2012, p. 79-122.

3.3 Cabimento e procedimento do IRDR

Estabelecidas tais premissas basilares acerca do instituto, após breve análise de procedimentos diferenciados semelhantes no Direito Comparado, com o olhar voltado para o Código de Processo Civil, passa-se ao estudo do IRDR no contexto do Código.

O artigo 976, incisos I e II do Código de Processo Civil de 2015 elenca as hipóteses de cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, cujos requisitos para a sua instauração compreendem simultaneamente: i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, e; ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica¹²⁰:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Por certo, a ausência de qualquer desses requisitos implica inviabilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo essa a razão pela qual o legislador inseriu a palavra “simultaneamente” no mencionado artigo.

Nada impede que o IRDR seja provocado no primeiro grau de jurisdição, entretanto, a análise de seus pressupostos de admissibilidade, bem como seu julgamento, incumbe aos tribunais de justiça, pois se trata de procedimento judicial de competência originária dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais, e por analogia, dos tribunais regionais do trabalho, órgãos esses competentes para o IRDR.

Com relação ao primeiro requisito, necessária se faz a efetiva repetição de processos, todavia, o legislador não previu requisito numérico de

¹²⁰ BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, op. cit., s.p.

demandas homogêneas para a instauração do incidente, deixando a critério do julgador tal análise. Nada obstante, é possível a instauração do IRDR para assentar questão jurídica comum seja a demandas individuais ou coletivas.

Acerca do termo utilizado pelo legislador “questão unicamente de direito”, Teresa Arruda Alvim ensina que o emprego correto, deveria ser “predominantemente de direito”, admitindo-se graus de predominância sob o aspecto jurídico da questão, sendo equivocado o emprego do termo “unicamente”, já que por tratar-se de um incidente, necessário ter uma causa na qual foi suscitado, o que obviamente envolverá um caso concreto¹²¹.

Como ensina Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, é tarefa árdua distinguir a questão de fato da questão de direito¹²²:

Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo.

No que tange ao segundo requisito, exige-se o pressuposto do risco à isonomia e à segurança. O legislador pretendeu solucionar questões que ofereçam risco à credibilidade do Judiciário, posto que, para se fixar uma tese jurídica a aplicar-se a casos futuros, necessário examinar todos os pontos de vista, com todos os argumentos cabíveis, estabelecendo uma ampla discussão sobre a questão.

O que significa dizer que, mais do que o risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica, imprescindível é a comprovação da divergência para a instauração do IRDR, com risco potencial a tais preceitos, pois a mera repetição de demandas cujos julgamentos não geram divergência, não pode ser objeto de IRDR, por inexistir risco à isonomia e à segurança jurídica.

¹²¹ ALVIM, Teresa Arruda. **Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial**. Revista de processo, n. 7. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, outubro/2011, p. 582.

¹²² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 439.

Decorre da análise de ambos os pressupostos de cabimento do IRDR, segundo Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹²³:

(a) O caráter não preventivo do IRDR, (b) a restrição do seu objeto à questão unicamente de direito, não sendo cabível para questões de fato e (c) a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

Ao prever a possibilidade de inadmissão do incidente, o Código de Processo Civil dispôs que uma vez satisfeito o requisito, nada impede novo pedido de instauração, conforme o parágrafo terceiro do artigo 976.

Outrossim, guardando compatibilidade com a competência dos tribunais superiores, o parágrafo quarto do artigo 976 ressalta que se a questão houver sido afetada para definição de tese em recursos repetitivos pelos tribunais superiores, seja de direito material ou processual, prejudicado estará o IRDR que será inadmitido, o Código estabelece assim um requisito negativo do incidente.

No que concerne à competência do relator, o IRDR deve ser distribuído ao órgão colegiado designado pelo regimento interno do tribunal, e que nos moldes prescritos pelo artigo 978 do Código, tenha competência para a uniformização de sua jurisprudência. A interpretação desse dispositivo necessita ir além, a fim de que esse mesmo órgão colegiado seja competência para conhecer do IRDR e do Incidente de Assunção de Competência.

Depois de admitido o IRDR, passa-se à segunda fase do procedimento, qual seja o seu processamento. Quanto ao processamento do incidente, encontra-se disciplinado nos artigos 981 a 984 do Código de Processo Civil, sendo de competência dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, cujo pedido de instauração será direcionado para o Presidente do respectivo Tribunal, que o distribuirá ao órgão julgador.

Realizada a análise dos pressupostos de admissibilidade e designado o relator, o mesmo deverá adotar o procedimento previsto no artigo 982 do Código de Processo Civil, através do qual, suspenderá os processos

¹²³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 626.

pendentes individuais e coletivos por meio de ofício encaminhado aos juízos das comarcas no território do tribunal.

Ao prever essa suspensão, o legislador teve o escopo de evitar decisões conflitantes em demandas que versem sobre a mesma questão jurídica.

Sua importância destaca-se sobremaneira dentro de um cenário que clama por segurança jurídica, vez que, julgamentos distintos motivam o descrédito na Justiça pelos jurisdicionados, e causa insegurança em todo o sistema.

Preceitua o artigo 979 do CPC que tanto a instauração como o julgamento do IRDR devem possuir a mais ampla divulgação e publicidade, como já sublinhado anteriormente, tal como no *KapMuG*, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

O contraditório, como se sabe, não se restringe apenas às questões de fato, alcançando as questões de direito também. Por conseguinte, após admitir o IRDR e suspender todos os processos pendentes.

É possível ao relator, com fulcro no inciso II do artigo 982, solicitar informações a órgãos onde tramita processo que discute o objeto do incidente, hipótese em que tais órgãos terão o prazo de quinze dias para prestá-las. Contudo, é dado ao relator dispensar tal pedido de informações, caso entenda que essas, não contribuirão para a decisão do IRDR. As partes poderão ter conhecimento do IRDR através da divulgação, constante do artigo 979.

No inciso III do citado artigo, o relator deverá ainda intimar o Ministério Público, que se não for o autor do incidente, manifestar-se-á no incidente como fiscal da lei. Vale destacar que, essa intimação não é faculdade do relator, prevalece na doutrina a obrigatoriedade de intimação do *Parquet*.

Posteriormente, a instrução do incidente disposta no artigo 983 do Código de Processo Civil, tem início na ocasião em que o relator dará oportunidade de manifestação às partes, que poderão requerer diligências necessárias para a elucidação da questão controvertida, além de designar audiências públicas e inquirir pessoas com experiência e conhecimento na matéria, ampliando dessa forma o debate, e salvaguardando o contraditório.

Consequente à conclusão das diligências, o relator designará dia para o julgamento do incidente, que seguirá a seguinte ordem elencada no artigo 984:

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I – o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II – poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos,

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§1º. Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§2º. O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrárias.

O acórdão do incidente deve abranger a análise sempre fundamentada de todas as teses apresentadas para conferir solução à questão de direito objeto do IRDR, como deve ser a construção de um precedente, de sorte que enfrente todos os argumentos colacionados ao incidente.

A esse respeito, ensina Cássio Scarpinella Bueno “trata-se, neste sentido, de ênfase do que consta no § 1º do art. 489, em especial de seu inciso IV, e que deve presidir concretamente a construção e a vivência do direito jurisprudencial”¹²⁴.

Trilha no mesmo sentido o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que consolidou tal entendimento no Enunciado 305: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados”¹²⁵.

Por opção expressa do legislador do Novo Código de Processo Civil, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas tem eficácia vinculativa. O que, para Sofia Temer é “pressuposto do sistema de resolução de questões a partir da formação de um ‘modelo da controvérsia’”. A

¹²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 1057.

¹²⁵ Brasil, **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em out.2018.

decisão que fixa a tese jurídica é “aspecto central e inafastável de tais técnicas processuais diferenciadas”¹²⁶.

A eficácia da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas é vinculativa na medida em que é vista como precedente, sendo esta a razão pela qual o que vincula é a tese jurídica sedimentada.

Consoante entendimento de Sofia Temer, o acórdão do IRDR há que ser observado sob dois aspectos, um quanto aos fundamentos que levaram à fixação da tese jurídica e outro que abarca as demais questões marginais não exatamente relacionadas ao objeto do incidente. Assim, a compreensão da tese jurídica por Sofia deve identificar¹²⁷:

a) Categoria fática em relação à qual a questão de direito é apreciada; b) o raciocínio empreendido pelo tribunal na análise dos fundamentos aventados; c) a conclusão sobre a controvérsia jurídica, apontando para uma só solução. Apenas pela análise contextualizada é que se pode compreender a tese e, assim, expandir sua aplicação aos casos que enquadrem nessa moldura.

Preleciona o Código de Processo Civil que julgado o incidente, a tese é aplicável inclusive no âmbito dos Juizados Especiais, conforme o artigo 985, inciso I. Ocorre que essa norma tem gerado grande controvérsia na doutrina. Isso porque parte da doutrina defende a inconstitucionalidade dessa disposição, sob o argumento de que os juizados não se vinculam aos tribunais. Por outro lado, há autores que concordam com a norma; e ainda há alguns que expõem que a aplicação do IRDR nos juizados depende de instauração e julgamento pelas Turmas Recursais e Órgãos de Uniformização em harmonia, portanto, com o sistema dos juizados.

É certo que contra o julgamento do IRDR há previsão de recorribilidade da decisão, podendo ser interpostos os recursos especial e extraordinário, conforme versar a matéria, nos moldes do artigo 987 do Código de Processo Civil.

Prescreve o parágrafo 1º do artigo 987 do Código de Processo Civil que os recursos especial e extraordinário da decisão do IRDR têm efeito

¹²⁶ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 215.

¹²⁷ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 218.

suspensivo automático. No mesmo íterim, o recurso extraordinário interposto contra acórdão em IRDR, possui repercussão geral presumida.

Consentâneo, o artigo 986 do Código de Processo Civil preceitua a possibilidade de revisão da tese jurídica firmada, cuja razão de ser dessa norma ensina Artur César de Souza¹²⁸:

Essa permissão legal denota que a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas não faz coisa julgada material, no sentido de que somente poderia ser modificada por meio de demanda rescisória. Ao contrário, a resolução do incidente de resolução de demandas repetitivas está sujeita à cláusula *rebus sic standibus*, tendo eficácia enquanto no âmbito social, cultural e econômico for legítima a tese jurídica adotada no incidente, assim como ocorre com eventuais súmulas expedidas pelos tribunais.

Totalmente adequada a permissão legal de revisão da tese, pois como se sabe, o Direito não é uma ciência exata, e nessa medida, a vivência revela, por vezes, alterações nas circunstâncias fáticas e até jurídicas, todos os dias, diversas leis são alteradas pelo legislador pátrio. Por que motivo tal raciocínio não se aplicaria ao direito jurisprudencial? O direito jurisprudencial é construído diuturnamente.

Na esteira deste entendimento, Cássio Scarpinella Bueno defende a importância da revisão da tese¹²⁹:

O dispositivo é pertinentíssimo para a construção e para a vivência do direito jurisprudencial (...). Para tanto, é absolutamente fundamental que as questões jurídicas, ainda que fixadas para aplicação presente e futura (art. 985, I e II), possam ser revistas consoante se alterem as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas subjacentes à decisão proferida. É assim com a edição de novas leis e não haveria razão para ser diverso com os “precedentes judiciais”, mesmo com os brasileiros.

Denota-se a partir da detida análise desse dispositivo que a tese jurídica não faz coisa julgada.

¹²⁸ SOUZA, Artur César de. **Resolução de demandas repetitivas, comunicação de demanda individual e incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 163.

¹²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil, inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei 13.256, de 4-2-2016**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 650.

Se de um lado impende observar que a impossibilidade de revisão da tese poderia ferir a hierarquia das normas, o que não se admite em um Estado Democrático. Por outro lado, a possibilidade de revisão da tese gera certo grau de insegurança jurídica, pois o legislador não explicitou com clareza suficiente os motivos pelos quais pode ser feita a revisão, tampouco o prazo e o efeito dessa revisão perante as demandas já julgadas com base na tese firmada.

É bem verdade que a revisão deve ser analisada com cautela por parte do aplicador do direito, mas sempre com vistas a acompanhar a evolução das relações sociais, jurídicas, econômicas, a partir das balizas do ordenamento, até mesmo como forma de legitimar a construção do precedente.

3.4 Legitimados e sujeitos do IRDR

No campo da legitimidade, além dos legitimados, diversos são os sujeitos processuais que podem intervir no âmbito do IRDR, sendo essa, inclusive uma das razões pelas quais se evidencia sua natureza incidental.

Os legitimados a postular a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, constam em rol descrito pelo artigo 977 do Código de Processo Civil:

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

É possível que o IRDR seja suscitado de ofício provocado pelo juiz de uma das causas repetitivas ou pelo relator do processo que se encontra no tribunal.

As partes das causas pendentes no tribunal ou qualquer outro feito em que a questão seja idêntica, também são legitimados para requerer a

instauração do incidente. O artigo traz ainda como legitimados o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Através de ofício é que o juiz ou o relator dirigirão o pedido de instauração ao tribunal. Aos demais legitimados, formalizarão seu pedido através de petição.

Segundo expõe Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, ao juiz confere-se legitimidade para requerer a instauração do incidente, todavia, pondera que não se trata de qualquer juiz¹³⁰:

Deve ser um juiz que tenha sob sua presidência uma causa que apresente uma questão de direito repetitiva, que merece ser submetida a um IRDR. É preciso, porém, como já demonstrado, que haja uma causa pendente no tribunal. O juiz pode requerer ao tribunal, então, que suscite, numa das causas ali pendentes, o IRDR. Pode, até mesmo, ser um juiz de juizado, que não terá um processo seu apreciado pelo tribunal, mas este pode, em IRDR, definir a tese relativa a uma questão de direito que esteja sendo discutida em causas repetitivas, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais.

No que concerne ao IRDR em tribunal superior, o mesmo autor aduz a possibilidade de que o IRDR seja suscitado por juiz, se houver no tribunal superior, algum processo pendente que verse sobre a mesma questão jurídica a ser examinada pelo juiz, exemplificando com os diversos conflitos de competência suscitados no STJ entre juízos estaduais e trabalhistas, “determinado juiz, que se depare com situação análoga, pode requerer ao STJ a instauração do IRDR para que se defina a questão, evitando a reiteração de tantos conflitos de competência”¹³¹.

Em que pese o artigo 977 do Código de Processo Civil fazer opção pelo juiz e relator, é possível que o colegiado também requeira a instauração do incidente, como ensina Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹³².

Com relação às partes, é coerente, para que se possa requerer a instauração do incidente, que seja parte em processo que verse sobre tema

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 632.

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 633.

¹³² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, loc. cit., p. 633.

que repercute em diversas outras ações, ao que a doutrina denomina de “pertinência subjetiva”.

Neste particular, é certo que além de legitimidade para requerer a instauração do incidente, as partes podem ser ouvidas pelo relator, também é cabível intervenção de interessados, que *in casu*, seriam as partes de outros processos que versem sobre a mesma questão, já que possuem interesse jurídico na solução do IRDR.

Perfilha desse entendimento Daniel Amorim Assumpção Neves¹³³:

Entendo que as partes mencionadas no dispositivo legal sejam aquelas do processo que ensejou a instauração do incidente, enquanto os interessados são as partes em outros processos que versem sobre a mesma matéria jurídica e o *amicus curiae*. No primeiro caso, os sujeitos atuariam como assistentes litisconsorciais e no segundo, como auxiliares eventuais do juízo. As partes dos processos vinculados ao incidente ora analisado têm interesse jurídico em sua solução, considerando que serão diretamente atingidas pela eficácia *inter partes* do julgamento, já que, após a fixação da tese, o tribunal passa a julgar o recurso, ação de competência originária ou reexame necessário de onde surgiu o incidente, nos termos do art. 978, parágrafo único, do Novo CPC.

Por outro vértice, discorda Sofia Temer de que as partes dos processos sobrestados poderiam ser assistentes. Isso porque, para a autora, o sistema brasileiro é de causa-modelo, porquanto, não há falar em assistência, mas em intervenção, as partes seriam, portanto, intervenientes no incidente que fixa a tese jurídica, pois lhes interessa a formação do precedente devendo ser admitidas somente se demonstrarem que possuem argumentos que contribuirão à formação do precedente¹³⁴.

A legitimidade do Ministério Público para pleitear a instauração do incidente, se verifica na medida em que reconhecido no caso em apreço o relevante interesse social. Não obstante, nada impede que ao invés da instauração do IRDR, o *Parquet* ajuíze ação civil pública para resolução da questão de forma coletiva.

¹³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2017, op. cit., p. 1502.

¹³⁴ TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 173-174.

Acerca da relação entre o interesse da coletividade envolvido e a necessidade de participação do Ministério Público com o objetivo do incidente, Rodolfo de Camargo Mancuso leciona¹³⁵:

De outra parte, é inegável que consultam ao interesse da coletividade as finalidades perseguidas no IRDR: tratamento isonômico aos jurisdicionados e preservação da segurança jurídica, valores que se fragilizam ante a excessiva dispersão jurisprudencial instalada acerca de um dado tema jurídico repercutido em muitas ações. Assim, no tocante ao Ministério Público, sua legitimidade para o IRDR é, basicamente, ampla e presumida, em função da própria finalidade da instituição (CF, art. 127, caput; CPC/2015, art. 176 a 178) e do próprio conteúdo ocupacional de seus integrantes.

Destarte, o Ministério Público quando não for o autor do incidente, obrigatoriamente atuará como fiscal da lei, consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 976.

A legitimidade da Defensoria Pública para requerer a instauração do IRDR, de modo semelhante, afere-se por relevante interesse social, relacionado à sua função típica conforme preceito constitucional, devendo o caso envolver interesses dos hipossuficientes.

Doravante, considerando que a decisão proferida no IRDR consistirá em paradigma para todos os demais casos relacionados à mesma questão, um verdadeiro *leading case*, o Código de Processo Civil de 2015 traz a possibilidade de intervenção e *amicus curiae* contribuindo para o debate da questão e convencimento do tribunal.

3.5 Distinção entre IRDR, recursos repetitivos e incidente de assunção de competência

Nesta seção, traça-se breve análise da distinção dos recursos repetitivos e do incidente de assunção de competência, em relação ao IRDR.

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 220.

O incidente de assunção de competência encontra-se previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil, e não se confunde com o IRDR porquanto não se exige repetição da discussão em múltiplos processos. O incidente de assunção de competência destina-se a questões relevantes, capazes de gerar grande repercussão social, seja em poucos processos ou ainda em um processo específico.

Haja vista que ao se verificar a existência de múltiplos processos em que se discuta a mesma questão, o caso será de incidente de resolução de demandas repetitivas ou recursos repetitivos e não de assunção de competência.

Contudo, na prática, tal distinção em alguns casos não será tão facilmente notada, dada a linha tênue que distingue o IAC do IRDR, há casos em que poderá haver dúvida sobre o cabimento de um ou de outro, como exemplificam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹³⁶:

Imagine-se, por exemplo, que haja cinco ou dez processos que versem sobre a mesma questão de direito, tendo todos sido julgados no mesmo sentido. Há aí casos repetitivos, mas não há a existência de “múltiplos processos”. Por terem sido todos julgados no mesmo sentido, também não há risco de ofensa à isonomia, nem à segurança jurídica, mas a questão pode ser relevante, de grande repercussão social. Nesse caso, não caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas (por não haver risco à isonomia, nem à segurança jurídica), mas é possível que se instaure a assunção de competência, por ser conveniente prevenir qualquer possível divergência futura (art. 947, § 4º, CPC).

Em que pese tais institutos consistirem em técnicas de julgamento para situações distintas, possuem em comum a criação de precedentes obrigatórios.

Corroborando com esse entendimento, assevera Daniel Amorim Assumpção Neves¹³⁷:

É natural que o precedente formado no julgamento de casos repetitivos venha a ser aplicado com maior frequência do que aquele formado no incidente de assunção de competência, em razão da quantidade de processos que versem sobre a mesma questão

¹³⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 630.

¹³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, 2017, op. cit., p. 1399.

jurídica, mas em termos de eficácia vinculante não há diferenças entre eles, inclusive sendo reunidos num mesmo dispositivo legal.

Estabelecida tal distinção acerca da assunção de competência com o IRDR. É tarefa desta seção, tratar dos recursos repetitivos em relação ao IRDR. Importante mencionar que o termo “julgamento de casos repetitivos” abrange tanto a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas quanto nos recursos repetitivos.

Isso porque, o Código de Processo Civil de 2015 não apenas aprofundou a dedicação aos recursos repetitivos, como também criou o IRDR, aprimorando desse modo, o tratamento jurídico das demandas repetitivas, através de um microssistema de julgamento de casos repetitivos.

Cumprido consignar que segundo Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, tal microssistema divide-se em duas subespécies: microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, e microssistema de formação de precedentes obrigatórios, cada um deles, relacionado a uma das funções de ambos os institutos. Entretanto, apesar das diferenças, em relação ao objetivo, o IRDR e os recursos repetitivos partilham da mesma vontade, qual seja, “conferir tratamento prioritário, adequado e racional às questões repetitivas”, pois tem como função “gerir e decidir os casos repetitivos”¹³⁸.

Por essa razão, afirma-se que o IRDR e os recursos repetitivos integram tanto o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, quanto o microssistema de formação de precedentes obrigatórios. Por outro lado, o incidente de assunção de competência somente integra o microssistema de formação de precedentes obrigatórios.

Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha sustentam a natureza híbrida do microssistema trazido pelo CPC de 2015, revelada a partir de uma perspectiva de complementaridade das normas que compõem ambos os sistemas, pois possuem normas relativas à formação do precedente e normas à aplicação do precedente, interpretadas conjuntamente¹³⁹:

Por sua vez, o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC) não é integrado pelo incidente de

¹³⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 590.

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, 2016, op. cit., p. 592.

assunção de competência, compondo-se pelo IRDR e pelos recursos repetitivos, com a finalidade de escolher, ao menos, dois processos para discussão e decisão, paralisando-se os demais que ficam à espera da decisão paradigma. A percepção de que há um microssistema, com natureza híbrida, é importante. Os instrumentos que formam o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos são regidos por normas comuns, que se intercomunicam, garantindo, assim, unidade e coerência. Para a gestão dos casos repetitivos e a formação de precedentes obrigatórios, devem ser aplicadas as normas que compõem esses microssistemas, como normas que se complementam e se interpretam conjuntamente.

Entre as semelhanças do IRDR com os recursos repetitivos, verifica-se que ambos admitem a participação de terceiros e do *amicus curiae*, a suspensão pelo tribunal de todas as demandas em andamento após a admissão do IRDR e dos recursos, além disso, ambos têm preferência no julgamento em relação a outras causas, devem ser decididos no prazo de um ano sob pena de perda da eficácia, e também ambos não se sujeitam a remessa oficial.

No que concerne à distinção entre os recursos repetitivos e o IRDR, enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas é julgado originariamente pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais, os recursos repetitivos extraordinários são julgados pelo Supremo Tribunal Federal e os recursos repetitivos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao procedimento dos recursos repetitivos, segundo André Vasconcelos Roque, não pairam dúvidas que o legislador optou pelo sistema de causa-piloto, de sorte que, estabelecida a tese jurídica, ao próprio órgão que a julgou incumbe o julgamento dos casos representativos de forma individualizada. A escolha dos casos representativos, nessa hipótese, ocorre somente entre as demandas que se encontrem em fase de recurso especial ou extraordinário. A *ratio decidendi* em seguida ao julgamento, será utilizada para os demais casos que permanecerem suspensos¹⁴⁰.

Por outro lado, consoante já estudado, a doutrina discute se o IRDR teria adotado o sistema de causa-piloto ou procedimento-modelo, uma

¹⁴⁰ ROQUE, André Vasconcelos. **Ações coletivas, IRDR e recursos repetitivos. Qual o espaço destinado a cada um?** In. JotaInfo, publicado em 23/07/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/acoes-coletivas-irdr-e-recursos-repetitivos-23072018>>. Acesso em out.2018, s.p.

vez que o legislador não estabeleceu com a clareza necessária a escolha por um sistema ou outro.

Independentemente do sistema adotado, seu procedimento, já estudado em outra seção, revela que o IRDR é na verdade, um auxiliar dos recursos repetitivos, uma vez que as partes não precisam aguardar a fase de recurso especial ou extraordinário para um pronunciamento dos tribunais superiores acerca daquela questão. A afetação da matéria para cisão cognitiva ocorre no âmbito dos tribunais de justiça.

Entretanto, o risco decorrente desse julgamento no âmbito dos tribunais de justiça é o efeito contrário à pretendida uniformização da jurisprudência, uma vez que cada tribunal decidirá de uma forma, dentro de cada IRDR. Já prevendo tal risco, o legislador trouxe o sistema recursal do IRDR, ao possibilitar o ataque à decisão de mérito do IRDR através de recurso especial ou extraordinário.

A doutrina, entretanto, questiona a constitucionalidade dessa previsão recursal contida no artigo 987, se poderia lei federal (como é o CPC) admitir o cabimento de recursos especial e extraordinário como faz o caput do artigo, haja vista que a exigência constitucional é no sentido de que tais recursos dependem de causa decidida em única ou última instância, como observa Cássio Scarpinella Bueno, o que retornaria a discussão à natureza do IRDR, se de causa-piloto ou procedimento-modelo¹⁴¹.

Feita essa consideração, não há razão para aprofundamento no tema, por não guardar pertinência com o recorte do presente estudo, bastando para essa seção consignar a polêmica que envolve o tema da recorribilidade do IRDR.

Apesar das diferenças, as semelhanças e relação de complementaridade entre os institutos, trilhando o entendimento já exposto nessa seção, os institutos apresentados denotam o esforço do legislador processual civil em alcançar uma jurisprudência uniforme e a segurança jurídica, e justamente por esse motivo, deve prevalecer a relação de complementaridade entre tais institutos.

¹⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 1.067.

3.6 Obrigatoriedade de suspensão das demandas em andamento

Com a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, algumas diligências devem ser praticadas pelo relator para sua condução. Inicialmente, ao receber o incidente, o relator determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem na área da jurisdição do tribunal, cujo objeto verse sobre a mesma questão jurídica, nos moldes do artigo 982, inciso I do Código de Processo Civil.

A presente seção examina a obrigatoriedade de suspensão das demandas que versem sobre a mesma questão até o julgamento do IRDR. Essa previsão do CPC/2015 tem profunda relação com a segurança jurídica e a isonomia, preceitos maiores do sistema de precedentes estabelecido e do próprio IRDR.

A medida de suspensão, nos moldes do CPC, será adotada através da expedição de ofício encaminhado aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, conforme o artigo 982, parágrafo primeiro, em observância ao princípio da publicidade.

Quanto ao teor do ofício o CPC não trouxe previsão expressa, porém, de acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, o “ofício deve conter o inteiro teor do incidente para que os juízos de primeiro grau possam analisar no caso concreto quais processos estão vinculados ao incidente e por isso devem ser suspensos”¹⁴².

Consagra o artigo 979, o princípio da publicidade, estabelecendo como já mencionado na seção do procedimento, o dever dos tribunais de manter um banco de dados atualizado no Conselho Nacional de Justiça contendo informações específicas acerca das questões de direito submetidas ao IRDR.

Se de um lado, o legislador do Novo Código estabeleceu por razões de segurança jurídica a suspensão de todas as demandas em

¹⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2017, op. cit., p. 1507.

andamento quando da admissão do IRDR. De outro lado, disciplinou prazo de até um ano para julgamento do incidente (artigo 980), com prioridade de julgamento, com vistas à celeridade processual. Assim, depois de transcorrido tal prazo, se finda a suspensão, sendo possível a prorrogação do prazo de suspensão, por meio de decisão devidamente fundamentada pelo relator, nos moldes do parágrafo único do artigo 980.

Durante o período de suspensão, o legislador permitiu a possibilidade às partes de requerer tutela de urgência nas demandas sobrestadas, tema central deste estudo, além disso, é possível demonstrar que sua demanda não se amolda à questão jurídica objeto do IRDR, em que pese tal previsão ter sido retirada da versão publicada do CPC de 2015.

Todavia, o Projeto de Lei aprovado pela Câmara trazia regras que disciplinavam a atuação das partes nos processos suspensos pela admissão do incidente, porém todas elas foram retiradas pelo Senado na versão final do Código de Processo Civil.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, era possível que a parte que tomasse conhecimento do incidente, pedisse a suspensão de seu processo demonstrando que a questão jurídica a ser decidida estaria abrangida pelo IRDR. Para o autor, a mais importante regra contida no Projeto, estabelecia que se a parte não concordasse com a suspensão determinada pelo tribunal, poderia demonstrar que seu caso não se amolda à matéria jurídica a ser tratada no incidente, sendo para ele, perfeitamente possível tal hipótese, em que pese a supressão do dispositivo¹⁴³.

Nesse viés, inclusive, ante a supressão do dispositivo, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis manifestou-se através do enunciado 348, afirmando¹⁴⁴:

Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos.

¹⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2017, op. cit., p. 1507.

¹⁴⁴ Brasil, **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em out.2018.

Destarte, independentemente dos limites territoriais da competência do tribunal, é possível que a parte de qualquer processo que verse sobre a questão discutida, requeira ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça a suspensão nacional dos processos que versem acerca da mesma questão objeto do IRDR.

Impende mencionar que não se trata de um novo incidente a ser instaurado nos tribunais superiores. Nessa hipótese, ocorre que a questão objeto do incidente passa a ser comum em todo o território nacional, consoante se verifica da redação do parágrafo 3º do artigo 982.

A previsão de suspensão contida no parágrafo 3º do artigo 982, se observada isoladamente, denota a salvaguarda da segurança jurídica. Entretanto, pode ser deveras prejudicial aos jurisdicionados que prezam pela efetiva prestação jurisdicional. O prazo de um ano para o julgamento certamente é bem curto, considerando-se o panorama atual do Judiciário, assim, os relatores fundamentadamente podem requerer o elástico desse prazo, arrastando por anos o trâmite do IRDR.

E isso, frise-se, no âmbito do julgamento do IRDR, o legislador não contabilizou nesse prazo de um ano eventuais recursos aos tribunais superiores, que sabidamente, carecem de ainda menos celeridade que os tribunais de justiça. Nesse contexto, a suspensão pode surtir efeito contrário ao esperado, gerando mais angústia e descrédito nos jurisdicionados.

Com efeito, a suspensão das demandas merece ainda mais atenção, quando analisada lado a lado com o disposto no parágrafo 5º do artigo 982, afirmando que cessará a suspensão em território nacional caso não seja interposto recurso especial ou extraordinário da decisão do IRDR, em conjunto ainda com o parágrafo 4º do artigo 1.029, segundo o qual, no âmbito do IRDR, verificando os tribunais superiores requerimento de suspensão, podem por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, “até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto”.

Da análise dos dispositivos, nota-se curiosamente, que o legislador atribuiu efeito suspensivo a um recurso futuro que, sequer se sabe

se será ou não interposto. Não obstante, o legislador não estabeleceu qual será o mérito do recurso especial ou extraordinário que justifica mencionada suspensão.

Nesse ponto, Cássio Scarpinella Bueno indaga se trata de recurso contra a não instauração do incidente, recurso do acórdão que fixar a tese, recurso do julgamento que aplicar a tese no caso concreto. E tece interessante crítica acerca de tal efeito suspensivo, questionando os benefícios de se conceder efeito suspensivo a um recurso ainda não interposto, se seria positivo do ponto de vista da eficiência processual considerando a finalidade de evitar novos processos e novos recursos¹⁴⁵:

Com sinceridade prezado leitor, tenho dificuldade para fornecer respostas a essas questões. O que sei é que recomendável parcimônia na suspensão dos processos prevista no § 3º do art. 982 para não transformar o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas perante os TJs e perante os TRFs em mero rito de passagem até que o STF ou o STJ julguem o recurso extraordinário ou o recurso especial interponível de seu “mérito” com base no art. 987. Também para não transformá-lo (se é que já não é) em verdadeira avocação de processos, com inegável supressão (dupla) de instância.

O objetivo maior da suspensão, do ponto de vista do legislador processualista, ao que parece, foi a tutela da segurança jurídica, a isonomia e o interesse social, evitando ou tentando frear a chamada “jurisprudência lotérica”. Contudo, não se olvida, merecendo reflexão a perspectiva trazida por Cássio Scarpinella, se o efeito suspensivo automático dos recursos no IRDR não estaria, na verdade, transformando seu julgamento em mero rito de passagem para que os tribunais superiores julguem o “mérito”, ou ainda havendo dupla supressão de instância.

Não obstante, embora a regra seja a suspensão total das demandas em andamento, há ressalvas, considerando-se, por exemplo, a imprescindibilidade da prática de atos urgentes, trazidos pelo próprio Código de Processo Civil, doravante tratadas nos próximos capítulos, e tema central deste estudo, como a concessão da tutela de urgência.

¹⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella, 2017, op. cit., p. 1054.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA

Com vistas a introduzir o tema central desta pesquisa, este capítulo, de forma breve, mas essencial à compreensão do objeto em estudo, apresenta noções acerca do instituto da tutela provisória, a partir de uma perspectiva dos aspectos históricos, conceito, objetivo, passando pelos requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência, até o seu cabimento no âmbito das demandas suspensas cuja questão jurídica esteja afetada a julgamento em razão de incidente de resolução de demandas repetitivas.

4.1 Apontamentos sobre a origem, conceito e objetivo

Inserida no Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória revela-se como uma tutela diferenciada emitida em cognição superficial e caráter provisório protegendo uma ou mais pretensões, fundada em urgência ou evidência com vistas à efetividade do processo.

O Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe um conceito formado de tutela provisória, sendo possível defini-lo a partir de seus dispositivos. Nessa perspectiva, Marcus Vinícius Rios Gonçalves cunha seu conceito¹⁴⁶:

É inequívoco que ela é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada. [...] Feitas essas considerações, seria possível conceituá-la como a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, e que pode ser deferida em situação de urgência ou nos casos da evidência.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Volume I: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte), 15 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 328.

Na mesma senda, Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga definem a tutela provisória como a “antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida”¹⁴⁷.

Inegável é, que a entrega de todo tipo de tutela definitiva necessariamente exige tempo. Tempo, esse, que é um “mal” necessário para a tutela dos direitos, do ponto de vista da garantia da segurança jurídica.

Entretanto, em que pese ser um “mal necessário”, a morosidade do Poder Judiciário é reclamação frequentemente em pauta pelos jurisdicionados, que suportam o longo deslinde processual. Nesse ínterim, insere-se a tutela provisória, por meio da qual o juiz concede antes o provimento que somente seria concedido ao final, ou determine medidas necessárias para garantir o provimento principal.

Sem a tutela provisória, Marcus Vinicius Rios Gonçalves acertadamente observa que o ônus da demora seria sempre do autor, podendo o requerido sentir-se estimulado a utilizar os mais diversos mecanismos para retardar o desfecho do processo, na medida em que sua finalidade revela-se por¹⁴⁸:

[...] ou afastar o perigo a que está sujeita a tutela jurisdicional definitiva, o que ela alcança ou por meio da antecipação dos efeitos da sentença, ou pela adoção de uma medida protetiva, assecurativa, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final, ou redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente.

Não é outro senão, o caminho trilhado por Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga ao lecionarem sobre a finalidade da técnica processual¹⁴⁹:

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem

¹⁴⁷ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, 2016, op. cit., p. 567.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. 2018, loc. cit.

¹⁴⁹ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, loc. cit.

de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

O atual Código de Processo Civil dedicou um livro inteiro ao tratamento da tutela provisória.

Todavia, nem sempre foi assim, sua origem remonta a disciplina da tutela cautelar no Código de Processo Civil de 1973, tida como um grande avanço naquela época. Os provimentos jurisdicionais no CPC de 1973 dividiam-se em conhecimento, execução e cautelar, não havia a previsão de tutela provisória satisfativa, nem mesmo era possível pleiteá-la no processo de conhecimento, sendo possível somente através do processo cautelar autônomo e para alguns casos apenas.

Com a evolução das relações sociais que se tornaram mais complexas, somada a morosidade do Judiciário, o CPC de 1973 passou por algumas reformas pontuais, com o escopo de alcançar essa evolução, mas a grande inovação no ordenamento processual veio com a Lei nº 8.952/94, conferindo nova redação ao artigo 273 do Código, que introduziu a possibilidade de deferimento de tutelas antecipadas genéricas em praticamente todos os tipos de processos e procedimentos, atendidos os requisitos gerais estabelecidos.

Ocorreu que, tais tutelas eram passíveis de ser pleiteadas já no processo de conhecimento, sem a necessidade de um processo autônomo, contudo, coabitavam harmoniosamente o CPC/73 com o processo cautelar. Novamente, uma reforma no Código trouxe com a Lei nº 10.444/2002 a fungibilidade entre as tutelas, permitindo ao juiz que, ainda que tivesse sido postulada uma tutela antecipada, se entendesse mais apropriado, concedesse uma tutela cautelar, diante do perigo no caso concreto.

Após essa reforma, o legislador acabou por perceber que cada vez mais o processo cautelar se tornava inócuo, perdendo sua razão de existir, sendo esse o motivo pelo qual o legislador do CPC de 2015 retirou a tutela cautelar do Novo Código, e a introduziu no capítulo das tutelas, como espécies desse gênero.

4.2 Dos pressupostos para concessão da tutela provisória de urgência

De acordo com o Código de Processo Civil a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência, consoante artigo 294 do CPC/2015. A tutela provisória de urgência, de natureza cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Observa-se que o Código de Processo Civil apresenta como espécies de tutela provisória a satisfativa (antecipada) e a cautelar, haja vista a possibilidade de se antecipar provisoriamente a satisfação ou a cautela do direito postulado.

Neste viés, ensinam Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga que a tutela provisória satisfativa “antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa”, intitulada pelo legislador de “tutela antecipada”; ao passo que a tutela provisória cautelar “antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela”, o que significa dizer que o que se antecipa nessa espécie é a cautela a determinado direito¹⁵⁰.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves apresenta a classificação da tutela provisória, por sua natureza, fundamentação ou momento em que requerida, “conforme a natureza pode ser antecipada ou cautelar; quanto à fundamentação, de urgência ou da evidência; e quanto ao momento de concessão, antecedente ou incidental”¹⁵¹.

Os pressupostos da tutela provisória de urgência compreendem a demonstração de probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, de acordo com o artigo 300 do CPC de 2015.

Enquanto, por outro vértice, pressupõe a tutela de evidência a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas evidenciando-se o direito, segundo as hipóteses do artigo 311 do CPC de 2015, sua concessão independe do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

¹⁵⁰ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, 2016, op. cit., p. 568.

¹⁵¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, 2018, op. cit., p. 329.

Neste diapasão, afirmam Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga que a “a urgência pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória cautelar ou satisfativa” ao passo que, a evidência, contudo, “só autoriza a tutela provisória satisfativa (ou simplesmente ‘tutela antecipada’)”¹⁵².

Entre as características da tutela provisória, importante mencionar o seu caráter liminar, concedida no limiar do processo; a sumariedade da cognição, o que significa dizer que ainda que se verifiquem indícios da existência do direito, a cognição no momento da concessão da tutela não é baseada na certeza da existência, por isso é superficial; a provisoriedade, uma vez que as decisões não são definitivas sendo possível ao juiz revê-la a qualquer tempo para revogar ou conceder; e o poder-dever do juiz para determinar as medidas que julgar adequadas para efetivação da tutela provisória.

A tutela provisória é uma espécie de tutela diferenciada de caráter provisório e é justamente essa característica que a distingue do julgamento antecipado de mérito, na medida em que, exatamente nessa qualidade, esse, se trata de verdadeiro julgamento, proferido em cognição exauriente, não se confundindo, portanto, com a tutela provisória.

Tecidas essas linhas gerais sobre a tutela provisória, é possível adentrar a tutela provisória de urgência, umbilicalmente ligada com o tema central deste estudo.

A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa e pressupõe, conforme preceitua o artigo 300 do Código de Processo Civil, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), bem como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), como já dito.

Não obstante, de acordo com Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, a tutela provisória de urgência satisfativa (ou antecipada) “exige também o preenchimento de pressuposto

¹⁵² DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, 2016, op. cit., p. 570.

específico, consistente na reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória (art. 300, § 3º do CPC)¹⁵³.

Pode ser concedida e requerida em caráter incidental ou antecedente, sendo que a incidental se processa segundo as regras gerais destacadas anteriormente, ao passo que a tutela provisória de urgência antecedente pressupõe regras específicas.

Em análise pormenorizada dos pressupostos, a probabilidade do direito consubstancia-se na plausibilidade de existência do direito afirmado ou *fumus boni iuris*, cabendo ao magistrado avaliar os elementos que evidenciem a probabilidade do fato narrado.

Ponderam Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, que deve ser constatada tanto a verossimilhança fática como uma plausibilidade jurídica para a concessão da tutela pretendida, aduzindo que o juiz não dispõe de um termômetro preciso, sendo importante, que “o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação do seu convencimento”¹⁵⁴.

Conjuntamente, o pressuposto do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo foi trazido pelo legislador do CPC de 2015 como o perigo que a demora processual representa de dano ou risco ao resultado útil do processo, caracterizado pelo *periculum in mora*.

Nesse jaez, consignam Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga que tal perigo seja concreto, atual e grave¹⁵⁵:

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito. Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.

¹⁵³ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, 2016, op. cit., p. 595.

¹⁵⁴ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, 2016, op. cit., p. 596-597.

¹⁵⁵ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno, loc. cit.

Assim sendo, justifica-se a concessão da tutela provisória de urgência diante da impossibilidade de aguardar o deslinde processual para a entrega da tutela jurisdicional, haja vista que a demora do processo pode ensejar dano irreversível ou de difícil reversibilidade, comprometendo a efetiva prestação jurisdicional.

4.3 Do cabimento da tutela de urgência nas ações suspensas como alternativa à suspensão total das demandas afetadas a IRDR

A tutela provisória, aprimorada no atual Código de Processo Civil, revela-se como importante técnica processual apta a afastar o perigo a que se sujeita a tutela jurisdicional definitiva, seja pela antecipação dos efeitos da sentença, seja através de uma medida protetiva que visa preservar o provimento final, de modo que o autor não suporte sozinho o ônus da demora no deslinde da ação.

Conforme visto no capítulo anterior, a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão jurídica suscitada, nos exatos termos do artigo 982, inciso I do Código de Processo Civil.

Entretanto, no parágrafo 2º do mencionado artigo, o legislador assegurou a possibilidade de concessão de tutela de urgência durante a suspensão nos juízos em que tramitam os processos suspensos.

Ou seja, durante o período de suspensão enquanto aguarda-se o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, havendo necessidade da prática de ato urgente, é competente o magistrado de origem da ação suspensa para análise acerca do cabimento da tutela de urgência e respectiva concessão.

Neste ponto, acertadamente o legislador atribuiu a competência do juízo em que tramita o processo suspenso para analisar a possibilidade e concessão da tutela de urgência. Isso porque, não seria adequado direcionar tal pedido ao órgão colegiado no tribunal em que tramita o IRDR, haja vista que o magistrado do juízo em que tramita o processo possui maiores condições de

aferir a necessidade, urgência e adequação da medida, pois se encontra mais próximo das partes.

Com tal previsão, concorda Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵⁶:

Nesse caso, nos termos do § 2º do art. 982 do Novo CPC, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. Não haveria de fato outro juízo mais adequado para decidir tal pedido, deixando claro o dispositivo que a competência do órgão colegiado no tribunal é apenas para julgar o recurso, reexame necessário ou processo de competência originária, não para decidir sobre a tutela de urgência nesses processos.

Na mesma toada, Cássio Scarpinella Bueno elogia a redação do dispositivo, afirmando ser “pertinentíssimo diante do inciso XXXV do art. 5º da CF”. E nada obstante, vai além, em sua análise do dispositivo, o autor aduz que a exclusão da tutela provisória fundamentada na evidência pelo § 2º do artigo 982 “parece pressupor que, com o incidente não se fariam presentes seus pressupostos, ao menos não aqueles relacionados a esta técnica de julgamento de casos repetitivos”¹⁵⁷.

A presente seção introduz o tema central desta pesquisa, na medida em que apresenta a possibilidade de concessão da tutela de urgência nos feitos cuja tese jurídica está afetada a IRDR enquanto suspensos, conforme o disposto no artigo 982, § 2º do Código como alternativa à suspensão total de todas as demandas.

A possibilidade de concessão da tutela de urgência nas ações suspensas afetadas pelo incidente de resolução de demandas repetitivas vai de encontro à constitucionalização do direito processual civil brasileiro.

Isso porque, o Novo Código de Processo Civil atribui olhar constitucionalizado sob o processo (artigo 1º), com vistas à garantia de direitos fundamentais no menor tempo possível, privilegia o acesso à justiça, o direito material em detrimento da forma, e assegura a efetivação dos princípios constitucionais, de forma justa às partes e ao processo.

Em que pese a louvável e acertada intenção do legislador ao inserir tal dispositivo no capítulo do IRDR, apenas o fez em um único parágrafo

¹⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2017, op. cit., p. 1508.

¹⁵⁷ BUENO, Cássio Scarpinella, 2018, op. cit., p. 1051.

inserto no artigo 982. Ocorre, entretanto, que não estabeleceu critérios específicos para essa concessão, deixando tal análise à margem da discricionariedade do magistrado diante da análise do caso concreto.

Nesse desiderato, a doutrina começa a se inclinar sob as polêmicas que envolvem a concessão da tutela de urgência nos processos suspensos que versem acerca da mesma questão jurídica afeta ao IRDR, algumas destas controvérsias serão tratadas pormenorizadamente no capítulo seguinte.

5 ASPECTOS POLÊMICOS E CONTROVERSOS DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA NAS CAUSAS SUSPENSAS EM RAZÃO DE IRDR

Após análise do histórico que antecedeu a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como do estudo do IRDR em si e algumas das peculiaridades e polêmicas que o envolvem, passou-se ao breve exame da tutela provisória e da disciplina normativa que estabelece a concessão da tutela provisória como alternativa à suspensão total das demandas afetas a julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

O capítulo central da presente pesquisa é lastreado pelo conflito entre princípios constitucionais, aspectos polêmicos do julgamento do processamento do incidente, pontos controvertidos da concessão da tutela de urgência no incidente e o exame de casos recentes submetidos aos tribunais pátrios.

5.1 Do conflito entre a efetivação do princípio da razoável duração do processo e da segurança jurídica: o problema da harmonização de princípios constitucionais

Com a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1.988, um novo contexto social, jurídico, político e econômico teve início na sociedade brasileira, rompendo diversos paradigmas até então vistos como absolutos.

A doutrina, do ponto de vista jurídico, denomina como Neoconstitucionalismo esse fenômeno da ruptura de paradigmas no ordenamento. A origem desse movimento remonta à Europa do final da Segunda Guerra Mundial e posteriormente se difundiu para a América.

Em linhas gerais, o Neoconstitucionalismo atribui força normativa à Constituição conferindo maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais através da reaproximação entre o Direito e a Filosofia, introduzindo importante grau valorativo às normas positivas, passando a

observar a função jurisdicional como função essencial ao desenvolvimento do Direito.

Em decorrência do Neoconstitucionalismo, os princípios que até então eram vistos como exortações morais, meras balizas a serem seguidas, passaram a ser reconhecidos como normas, atribuindo-lhes caráter vinculante e coercitivo, influenciando e amoldando todos os demais ramos do Direito. Consagrando ainda, as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas, e os direitos fundamentais impondo o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como ensina Luís Roberto Barroso¹⁵⁸:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.

A transformação sofrida pela metodologia jurídica a partir da segunda metade do século XX originou o movimento do Neoconstitucionalismo, superando a ideia de um Estado fundado na lei, dando lugar a um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional). Ocorreu que essa transformação não passou despercebida pelo direito processual civil e pela teoria geral do processo, pois imprescindível a sua contextualização.

Sob essa perspectiva, no plano processual, o instrumentalismo rompeu com a fase do sincretismo e do processualismo, veio estabelecer uma ponte entre o direito processual e o direito material, obrigando o operador da norma jurídica a perceber que as regras processuais devem ser interpretadas e

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

aplicadas conforme a sua função de emprestar efetividade às normas materiais.

Isso porque ao processo, cabe a realização do direito material por meio de uma relação de complementaridade, enquanto o direito material sonha e projeta, o direito processual busca a concretização mais perfeita possível desse projeto. Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha ensinam que a premissa do instrumentalismo baliza-se na colocação do direito material “como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais”¹⁵⁹.

Não obstante as conquistas alcançadas com o instrumentalismo, em meio ao contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o direito processual evoluiu para uma quarta fase, ao que a doutrina intitula Neoprocessualismo.

Essa quarta fase destaca no direito processual a importância aos “valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”, pautando-se pelo reforço aos aspectos éticos do processo (princípio da cooperação, corolário do devido processo legal e da boa-fé processual), conforme a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶⁰.

Dada a imprescindibilidade do respeito aos princípios na aplicação das normas no contexto do Neoconstitucionalismo, que tem como escopo promover a concretização de um Estado ideal, é que foram concebidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os princípios coexistem no ordenamento jurídico, entretanto, é certo que em algum momento vão acabar colidindo-se.

Em linhas gerais, sem qualquer pretensão de adentrar o tema da colisão de princípios, extremamente amplo, com conteúdo suficiente para outra pesquisa monográfica, o princípio da proporcionalidade é importante instrumento diante de um contexto de colisão entre princípios constitucionais, pois cabe ao intérprete e aplicador da norma ponderar os valores em conflito, de modo a atribuir a solução mais justa ao conflito, com o menor prejuízo

¹⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., 2016, p. 40.

¹⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., 2016, p. 46.

possível, a partir do trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Assentadas tais premissas, introduzindo a problemática enfrentada por esta seção, faz-se necessário ainda, tecer algumas considerações acerca dos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica.

E qual a razão para debruçar-se especificamente sobre esses princípios? Porque um dos maiores desafios do processualista contemporâneo é exatamente conseguir estabelecer um microsistema de julgamento de casos repetitivos capaz de lidar com a morosidade do Poder Judiciário, sendo célere, e ao mesmo tempo proferir decisões dotadas de certeza jurídica, restaurando a confiança do jurisdicionado.

Em que pese a necessidade de tais princípios trilharem juntos, contudo, não é o que se observa na atualidade. Pois, aparentemente, ambos caminham em lados diametralmente opostos, quando na verdade deveriam caminhar de mãos dadas guardando, portanto, íntima relação com o objeto deste estudo.

O princípio da razoável duração do processo foi inserido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e ratificado em 2015 pelo Novo Código de Processo Civil. Esse princípio pode ser traduzido pela ideia de que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Dele decorrem ainda, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal, já que devido processo, é processo com duração razoável.

Não se olvide ainda, que o CPC/2015 foi além de apenas ratificá-lo, ao estabelecer no artigo 139, inciso II, o dever de o juiz dirigir o processo velando pela duração razoável do processo.

A seu turno, o princípio da segurança jurídica ao lado do princípio da proteção da confiança (considerado por parte da doutrina dimensão da segurança jurídica), são princípios basilares do Estado de Direito. É dever do Estado tutelar o direito fundamental à segurança.

De tormentosa conceituação, apesar de constar raras vezes explícita no ordenamento pátrio, a segurança jurídica não possui precisa e completa definição legal, é um princípio constitucional, inserto no artigo 5º, inciso XXXVI, que se relaciona à noção da necessidade de um mínimo de certeza, previsibilidade (projeção para o futuro), eficácia da norma jurídica e estabilidade da ordem jurídica.

Consoante se denota, os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, são alguns dos princípios que estruturam o Direito Processual Civil.

Partindo-se de tais premissas, no que tange à concessão da tutela de urgência nas demandas suspensas em razão de incidente de resolução de demandas repetitivas, é possível perceber um embate entre os princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica.

Pois, de um lado, a concessão da tutela de urgência durante a suspensão da demanda afetada a julgamento de IRDR constitui excelente resposta à necessidade de conferir efetividade ao direito fundamental à razoável duração do processo, privilegiando autor, réu e a sociedade em geral, uma vez que deixam de ser prejudicados pela demora e contribuem para o trabalho da administração da justiça.

Por outro vértice, entretanto, a concessão da tutela de urgência se não deferida com a cautela necessária pelo juiz, trilha em sentido contrário, afastando-se da segurança jurídica e violando-a.

Momentos de transformação, como vivencia diuturnamente o Direito, o aproximam da instabilidade social, porque muito embora as transformações da sociedade sejam positivas (intensificação das liberdades, crescimento da economia, valorização dos direitos humanos, progresso, globalização), elas refletem no direito alguma tensão. E essa tensão sentida no Direito, só é capaz de restabelecer o equilíbrio através dos princípios, que são mais fluidos e abertos que as regras.

O equilíbrio jurídico depende de formulações mais flexíveis, característica própria dos princípios, uma vez que o direito se apresenta como instrumento de coesão, corretor de excessos, que *prima facie*, deve tutelar a confiança dos jurisdicionados.

Assim, um princípio não se sobrepõe ao outro, eles se equivalem em importância e consubstanciam-se em garantias fundamentais, pois decorrem da Constituição. Trazendo essa perspectiva para o tema em estudo, observa Ruy Zoch Rodrigues¹⁶¹:

[...] em regra, tem-se menos tempo no processo contemporâneo do que as exigências da segurança jurídica reclamam. A tensão que se forma, assim, é por reduzir-se o procedimento, por acelerá-lo em nome do direito à prestação jurisdicional tempestiva (aspecto da ideia de maior efetividade). E, na medida em que o mal da demora está em especial evidência neste momento da “crise” do processo, a tendência é que a força de impulsão da tempestividade cresça em relação à força contrária da segurança jurídica. Passa-se, então, a um outro tipo de risco, qual seja, a perda de qualidade da jurisdição. Nessa linha já se disse que a excessiva brevidade, tal como a excessiva demora, pode comprometer a própria efetividade da jurisdição.

Teori Albino Zavascki defendia que a harmonização dos princípios em apreço reclama análise diante de uma situação específica, mas que diante da antecipação de tutela o princípio da efetividade e da duração razoável sobrepõe-se ao princípio da segurança jurídica, sempre que presentes as hipóteses que autorizam a concessão da tutela¹⁶².

De se concluir, portanto, que será sempre necessária a análise considerando o caso concreto e ponderar sobre o cabimento da tutela de urgência em demandas afetadas à julgamento em IRDR. Neste trilhar, os recursos repetitivos saem na frente, pois é possível que o magistrado vislumbre qual a tendência de entendimento será adotada pelos tribunais superiores, a partir de decisões já proferidas, e assim decidir pela concessão ou não da tutela de urgência com maior segurança.

Ao passo que, as demandas afetadas a IRDR, como o julgamento se dá no âmbito dos tribunais de justiça, já não ostentam a mesma segurança, pois não há um mínimo de certeza sobre qual será o julgamento do IRDR, criando uma neblina nos olhos do magistrado, que precisará analisar com cautela o cabimento da tutela de urgência no caso concreto, para não correr o

¹⁶¹ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas – casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 64, 1995, p. 395-417.

risco de concedê-la, e posteriormente com o julgamento do incidente, o Tribunal decidir em sentido contrário, causando prejuízos ao jurisdicionado que litiga de boa-fé, pois ao que litiga de má-fé, o legislador previu a sua responsabilização.

5.2 Aspectos polêmicos da concessão da tutela de urgência nas causas suspensas: demoras (des)necessárias no âmbito do IRDR

Em essência, a jurisdição deve primar pela resolução do conflito, proporcionando em tempo razoável e através do devido processo, a certeza jurídica necessária para solucioná-lo. Tal objetivo deve ser perseguido não só pelo autor ou pelo réu, pois milita em favor de toda a sociedade.

Perscrutar a segurança jurídica, contudo, exige tempo, pois a tutela definitiva com o profundo debate da questão, de modo a garantir o devido processo legal e demais garantias processuais são os sustentáculos da cognição exauriente, que predisposta a produzir resultados imutáveis, é construída paulatinamente. O que significa dizer que a segurança jurídica se constitui em uma demora útil e necessária, a todas as demandas, e com o IRDR não seria diferente.

A prática, ao longo do tempo, por outro lado, revelou que não era razoável o sacrifício da efetividade em razão da segurança jurídica. Pois o abarrotamento do Poder Judiciário com a expansão do acesso à justiça e a evolução da sociedade cuja vida se acelerou como nunca visto antes, trouxeram excessiva demora na solução dos conflitos.

Soma-se a esse fenômeno da excessiva demora os recursos protelatórios e todos os entraves criados pelos jurisdicionados das demandas de massa (a exemplo das bancárias, de planos de saúde, consumeristas, etc.) que mesmo sucumbindo em grande parte das ações, continuam criando óbices dentro da lide, ao exercício do direito pelo seu titular.

O próprio sistema judiciário é construído sob uma gama infinita de recursos, pois além daqueles previstos em lei, há aqueles previstos nos Regimentos Internos dos Tribunais e das Cortes Superiores. Considerando-se a vasta opção de recursos, intervenções, embargos e agravos à disposição, os

jurisdicionados acabam por utilizá-los com o único intuito de obstar que o titular do direito possa exercê-lo, a qualquer custo, de modo a impedir o trânsito em julgado em seu desfavor.

Tais situações consubstanciam as demoras desnecessárias no contexto processual.

Não se critica aqui, e nem poderia, o fim a que se prestam os recursos, ao contrário, pois se justificam exatamente por seu objetivo de salvaguardar o devido processo, de oportunizar e ampliar o contraditório e a ampla defesa, o direito ao duplo grau de jurisdição. Mas que, por um hábito cultural são utilizados praticamente como cópias da contestação ou da petição inicial, replicadas em recursos, agravos, agravos internos, regimentais, até a última instância para evitar o trânsito em julgado o máximo possível.

Dada a cultura de nossos tribunais, com o IRDR dificilmente será diferente. Sob esse ponto de vista, uma das demoras desnecessárias vislumbradas no trâmite do incidente é a possibilidade de prorrogação motivada do prazo de suspensão das demandas afetadas.

O legislador processual estabeleceu que o prazo de suspensão é de 01 (um) ano. Sem dúvida, a intenção do legislador ao asseverar tal possibilidade de prorrogação foi proporcionar um debate maduro à tese que deve ser fixada no IRDR, na qualidade de precedente obrigatório que será.

Entretanto, observa-se como demora desnecessária porque considerando o atual cenário enfrentado pelos tribunais pátrios, se não houver prioridade dos tribunais pelo órgão responsável em julgar dentro do prazo, em tempo hábil, a grande maioria dos IRDRs vão se alongar por dois, três ou dez anos, talvez mais, pois não há garantia de cumprimento desse prazo. A exemplo do que já ocorre no julgamento de recursos repetitivos nas Cortes Superiores.

E em se tratando de IRDR afetado pelas Cortes Superiores então, a delonga para julgamento seria ainda maior, em razão das demais competências abarcadas pelas Cortes. Conforme dados da FGV (Faculdade

Getúlio Vargas), há notícias de julgamento de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal que perdurou por mais de duas décadas¹⁶³.

Atualmente, conforme diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça há em média 990 temas de recurso especial repetitivo e 996 temas de repercussão geral. Entretanto, ausente desses dados, estima-se a existência de 2000 controvérsias jurídicas dissociadas umas das outras nestes temas¹⁶⁴.

Outro dado de salutar importância ao presente estudo versa sobre a demanda de feitos sobrestados aguardando julgamento dos recursos repetitivos no Brasil, que totaliza 2.376.247 processos suspensos em todas as Justiças, dentre os quais 196.722 estão suspensos por IRDRs afetados¹⁶⁵.

Os diagnósticos apontam para o aspecto polêmico do sempre presente conflito entre a necessidade de se garantir o contraditório dentro do devido processo legal e a necessidade de intervenção rápida e eficaz do Judiciário para combater o mal necessário da demora.

Convém destacar que nesse prazo de suspensão das demandas para o julgamento do incidente, além do tempo incerto para julgamento do IRDR, há outro aspecto de suma importância, não está compreendido nesse prazo o julgamento de eventuais recursos em face da decisão que estabelece a tese jurídica, o que reforça o receio da doutrina de que o julgamento definitivo do incidente pode sem qualquer sacrifício ultrapassar o lapso de um ano.

Vislumbram-se ainda, outras demoras que em um primeiro momento, são vistas com bons olhos, mas que em olhar mais detido, podem vir a ser tormentosas, como intervenções desnecessárias, é preciso lembrar que o debate deve ser ampliado, mas não ao ponto de tumultuar o incidente; ou ainda recursos infundáveis, totalmente protelatórios apenas com o objetivo de não

¹⁶³ FALCÃO, Joaquim. **III Relatório justiça em números**. Rio de Janeiro, FGV, 2014, p. 88.

¹⁶⁴ DELGADO, Lucas, STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; BORGES, Davi Ferreira, **Sistema de Julgamento Concentrado de Demandas Repetitivas e Formação de Precedentes Judiciais: realidade e desafios**. Revista CNJ, Brasília, v. 2, 2017. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/1a983fee51953c3af037626665851772.pdf>. Acesso em jan.2019, s.p.

¹⁶⁵ Notícia CNJ, Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em jan.2019.

solucionar o incidente, ao contrário, atrasá-lo quanto mais for possível para que a tese em seu desfavor não seja assentada.

As demoras desnecessárias dentro do contexto processual fizeram surgir o instituto da tutela antecipada já no CPC de 1973, que foi aprimorado pelo legislador do CPC de 2015, ao estabelecer um capítulo para as tutelas provisórias, consoante estudado pelo capítulo anterior desta pesquisa. Pois em situação de urgência ou evidência o tempo necessário para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) não deve ser suportado pelo titular do direito, que necessita exercê-lo com urgência, a exemplo das ações que envolvem o direito à saúde.

Nesse desiderato, como ensina Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, com o objetivo de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, “o legislador instituiu a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (satisfativa ou cautelar)¹⁶⁶.

Não é outro o raciocínio utilizado pelo legislador ao inserir a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência nas demandas suspensas durante a tramitação do IRDR, senão de abrandar os males do tempo no julgamento do incidente, e garantir a efetividade da jurisdição, redistribuindo igualmente entre as partes o ônus do tempo do processamento do incidente.

Desse modo, qualquer interpretação que crie obstáculo ao exame do cabimento da tutela de urgência em razão da suspensão do feito afetado pelo IRDR certamente trilha na contramão do acesso à justiça, da efetividade, da duração razoável, do devido processo legal, entre outras garantias processuais, preceitos estes, insculpidos no rol dos direitos e garantias fundamentais da Magna Carta.

Neste diapasão, Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro afirma que “a suspensão não alcança os pedidos de tutela de urgência e seus

¹⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., 2016, p. 567.

desdobramentos, que deverão ser feitos junto ao órgão jurisdicional que deu origem ao IRDR¹⁶⁷.

Isso porque, os pedidos emergenciais não se compreendem na temática do IRDR, esse dispositivo foi recebido com tranquilidade pela doutrina, conforme entendimento consolidado, inclusive, pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, no enunciado 205¹⁶⁸:

Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em que pese a polêmica e árdua tarefa de distinguir as medidas de natureza cautelar das satisfativas, temática à qual o presente estudo não vai mergulhar a fundo em razão de sua profundidade, é importante destacar apenas, que não foi cumprida com êxito pelo legislador do CPC, como bem observa Cássio Scarpinella Bueno ao alertar que “nem sempre é simples distinguir até onde vai o ‘assegurar’ e aonde começa o ‘satisfazer’ e vice-versa”¹⁶⁹.

Adota-se, porém, por critérios didáticos ao presente estudo a classificação adotada pela maioria da doutrina, sendo a tutela provisória cautelar dedicada a assegurar o resultado útil do processo, enquanto a tutela provisória antecipada, a técnica que permite satisfazer, desde logo, a pretensão do autor. Ou seja, a tutela provisória quanto ao seu fundamento, é dividida em tutela da urgência e tutela da evidência; quanto ao seu objetivo, cingida em cautelar e antecipada, e em relação ao procedimento, separada em antecedente e incidental.

Não obstante, é inegável que a possibilidade da concessão da tutela provisória no âmbito das ações suspensas afetadas a IRDR representa

¹⁶⁷ RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR: o procedimento padrão tupiniquim e suas peculiaridades (breves reflexões)**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 185-208, out/dez. 2015.

¹⁶⁸ Brasil, **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 24, 25 e 26 de março de 2017**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em jan.2019.

¹⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., 2018, p. 392.

um importante avanço em face das demoras (des)necessárias porventura verificadas no IRDR.

E por que se utiliza o da expressão (des)necessárias assim entre parênteses? Justamente com o escopo de evidenciar que tais demoras dentro do incidente são necessárias para a formação de um sistema robusto e uniforme de jurisprudência, mas que ao mesmo tempo, possuem alguns entraves criados pelo próprio legislador por comissão ou omissão e por vezes pela “cultura recursal” criada pelos operadores do direito, tornando certas demoras necessárias em desnecessárias.

Cabe ainda destacar o papel importante desempenhado pela tutela provisória dentro do microssistema de formação de precedentes, mormente quanto aos obrigatórios, fortalecidos pelo atual Código de Processo Civil, em que pesem fortes críticas expendidas pela doutrina em relação aos precedentes obrigatórios, e o engendramento dos magistrados se vinculados a tais precedentes. A tutela provisória predispõe-se à satisfação do direito material, através da entrega do bem da vida pretendido ao titular do direito, seja ele o autor ou o réu.

Não deve ser vista com temor a análise do cabimento da tutela provisória, de urgência ou de evidência, cautelar ou antecipada, antecedente ou incidental, em qualquer procedimento do Código, inclusive nos feitos suspensos pelo rito do IRDR. Uma vez que deve sempre ser motivada como o próprio legislador preceitua. Assim, o seu deferimento ou indeferimento deve indicar os motivos pelos quais se concede ou deixa de conceder e aqui se revela outro aspecto polêmico.

Parte da doutrina tece severas críticas ao Código em razão de firmar o dever de motivação das decisões, por entender que deveria ser um consectário lógico do livre convencimento, o que significa dizer que o magistrado é livre para decidir, mas deve indicar os motivos de sua decisão.

Entretanto, esse dever de motivação não se tornou um hábito, os magistrados tornaram-se fábricas de decisões genéricas diante da sobrecarga de trabalho nos tribunais, demasia de cargos vagos que acarretam excessivo ônus àqueles que estão em exercício para suprir tais ausências, o que tornou

humanamente impossível motivar todas as decisões e analisar pormenorizadamente caso a caso.

É certo que para lidar com esse aspecto, o juiz não deve ser o único a se comprometer com a causa e a efetiva prestação jurisdicional, seu dever estende-se aos seus auxiliares e a todo o sistema judiciário. Isso porque, os cargos vagos e o número insuficiente de servidores para a excessiva demanda de trabalho são questões de política financeira dos Estados, que esbarra em orçamentos e disponibilidade de verbas.

Diante do expressivo número de demandas sobrestadas em razão de IRDRs e Recursos Repetitivos afetados a julgamento, a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência é vista como uma luz no fim do túnel àqueles que não podem esperar para ter sua pretensão satisfeita, sob pena de irreparável lesão e perecimento do direito.

Neste ponto, o sistema de precedentes trilha um caminho menos árduo e mais aberto ao diálogo para formação da convicção do magistrado ao conceder ou negar a tutela de urgência. Pois uma decisão, inclusive, pode servir de supedâneo a outra, pautando-se pela previsibilidade e primando pela igualdade processual, amparada pelo sistema de precedentes, encorajando os juízes da instância em que tramita o processo a conceder ou negar o pedido.

Desse panorama, decorre que a concessão da tutela provisória, presta contributo inclusive ao réu, posto que se houver precedente que lhe garante a resolução do mérito em seu favor, é possível impedir a própria concessão da tutela de urgência, evitando até mesmo sua perpetuação no tempo, como exemplifica Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁰.

Ao contrário do que pensa parte da doutrina, a vinculação aos precedentes, ao invés de negar, fortalece o direito de acesso à justiça. O principal escopo da vinculação é inadmitir decisões várias, díspares e contraditórias a um mesmo caso.

Por tais razões, a concessão da tutela de urgência deve observar a previsibilidade, como ensina Luiz Guilherme Marinoni, “a previsibilidade elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., 2010, p. 187.

aberto a soluções díspares, que inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário”¹⁷¹.

Inobservados tais preceitos, por certo, ter-se-á uma tutela provisória concedida sem qualquer análise dos efeitos colaterais posteriores daquela tutela definitiva pretendida, que trará danos irreparáveis ao titular do direito, que além de suportar excessiva demora, terá que superar a instabilidade de um Poder Judiciário que vive a romper com a segurança jurídica em nome da (in)eficiência.

5.3 Pontos controvertidos da tutela de urgência nas ações suspensas em razão de IRDR: a polêmica da efetividade vs. poderes e limites da atuação do magistrado

Em linhas gerais, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi criado pelo Código de Processo Civil de 2015, inspirado no modelo alemão do *Musterverfahren* como mecanismo para o desenvolvimento do microsistema de julgamento de demandas repetitivas, na construção de uma jurisprudência estável e uniforme.

Como forma de se alcançar o objetivo pretendido, o legislador, entre outras peculiaridades do incidente, previu a obrigatoriedade da suspensão de todas as demandas em trâmite no tribunal, e até em âmbito nacional (se afetado recurso repetitivo pelos Tribunais Superiores) que versam sobre a mesma questão jurídica afeta ao IRDR.

Essa obrigatoriedade de suspensão, embora totalmente pertinente do ponto de vista da segurança jurídica, é vista como motivo de preocupação por parte da doutrina e pelo sistema Judiciário como um todo. Na presente seção, serão tratados alguns dos pontos controvertidos vislumbrados, obviamente, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas com a intenção de contribuir para o debate com vistas a aprimorar o instrumento processual.

De importante relevo no contexto do IRDR é a decisão de afetação do incidente, pois ela é marco inicial do período de suspensão das

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., 2010, p. 211.

demais ações no território do tribunal, delineando a precisa questão e os fundamentos divergentes da tese a ser submetida a julgamento.

Como dito, inexistente qualquer garantia de que o IRDR será julgado dentro do prazo de 01 (um) ano previsto para a suspensão das demandas que versam sobre a mesma questão jurídica, nesse prazo sequer está compreendido o julgamento de eventuais recursos em face da decisão do incidente.

Antes de qualquer consideração acerca da tutela provisória de urgência, é preciso mencionar que esta não é a única alternativa à suspensão total das demandas afetadas pelo IRDR.

De proêmio, é importante asseverar que a previsão de cabimento da tutela de urgência destina-se à demanda sobrestada cuja questão jurídica esteja afetada ao rito do IRDR, tanto que o legislador disciplinou a competência do juízo de origem das respectivas ações para apreciar as questões urgentes, e não do órgão do tribunal em que tramita o incidente.

O legislador trouxe algumas alternativas à suspensão total das demandas, como o julgamento parcial de mérito, que significa que a questão jurídica afetada pelo incidente ficaria suspensa, enquanto as demais teses sob as quais não pairam controvérsias seguem para julgamento, com produção de provas, viabilizando a continuidade do procedimento em relação àqueles pedidos não abrangidos pelo IRDR. A propósito, essa hipótese restou consolidada pelo Enunciado n. 205 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁷².

E ainda, a possibilidade de a parte demonstrar a distinção (técnica do *distinguishing*) de seu caso em relação àquele IRDR afetado. Acerca da possibilidade de distinção, leciona Sofia Temer¹⁷³:

¹⁷² Enunciado nº 205 do FPPC: Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. Brasil, **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 24, 25 e 26 de março de 2017**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em jan.2019.

¹⁷³ TEMER, Sofia, op. cit., 2017, p. 129.

A distinção poderá ser requerida por entender a parte que sua situação fática não se assemelha ao fato-tipo descrito pelo tribunal, bem como poderá demonstrar que a questão jurídica problemática em seu processo não é a que está sendo julgada no incidente. Comprovada a distinção, deve ser revogada a suspensão do processo.

O elevado número de demandas suspensas afetadas a repetitivos, como visto anteriormente, leva a crer que a suspensão pode se tornar altamente lesiva quando se observa o tema pela perspectiva do tempo de julgamento seja nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, seja nas Cortes Superiores, que pode levar inúmeros anos para ser julgado.

Essa preocupação com a lesividade da suspensão já foi pontuada inclusive pelo Ministro relator Marco Aurélio Mello no Recurso Extraordinário n. 566622/RS, do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a ausência de preocupação com os jurisdicionados e a ausência de otimização do tempo¹⁷⁴:

É preocupante a situação do Plenário em termos de julgamentos. Acumulam-se não só os processos que aguardam pauta como também outros que devem ter a sequência do exame. A situação deste é emblemática. Liberei-o para a pauta em 23 de maio de 2014. O pregão veio a ocorrer no dia 4 imediato, observado estão período razoável. Após o meu voto, no que fui acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa – que não mais integra o tribunal -, Cármen Lúcia e Luíz Roberto Barroso, pediu vista o ministro Teori Zavascki. Pois bem, Sua Excelência liberou o processo para a continuidade da apreciação há mais de ano, e isso não foi possível. O resíduo de processos que aguardam a pauta dirigida, publicada no sítio do Supremo, é muito grande. Somente sob a minha relatoria, existe mais de uma centena de processos. É hora de perceber o contexto, de voltar os olhos para os jurisdicionados. É hora de otimizar o tempo, agilizando-se os julgamentos. Em se tratando de processo sob repercussão geral, surgem consequências danosas. Uma vez admitida, dá-se o fenômeno do sobrestamento de processos que, nos diversos Tribunais do País, versem a mesma matéria, sendo que hoje há previsão no sentido de implemento da providência requerida - § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil. A entrega da prestação jurisdicional deve ocorrer conciliando-se celeridade e conteúdo. Daí a necessidade de atentar-se para o estágio atual dos trabalhos do Plenário. Dificilmente consegue-se julgar, fora processos constantes em listas, mais de uma demanda, o que projeta no tempo, em demasia, o desfecho de inúmeros conflitos de interesse.

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 566622/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data de julgamento: 23/02/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566622%2EENUME%2E+OU+566622%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mxkkg5t>>. Acesso em jan.2019.

Entre as alternativas à suspensão total das demandas que versem sobre a mesma questão dos repetitivos afetados a julgamento de IRDR, está ainda, a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência. Contudo há alguns pontos controvertidos que envolvem tal possibilidade.

Um destes pontos controvertidos da tutela de urgência, nesse ínterim, é justamente a lesividade da própria suspensão, pois em uma análise superficial, conforme Dierle Nunes e Antônio de Souza Viana pode gerar alguma resistência na concessão de tutelas provisórias por parte de um juiz de inferior hierarquia funcional¹⁷⁵:

Isso porque, ciente da suspensão do processo e da discussão da questão no âmbito do tribunal superior (ou mesmo de segundo grau), o magistrado com receio, por exemplo, de errar e decidir de modo possivelmente contrário ao futuro padrão decisório pode se retrair e indeferir a medida.

Outro ponto controvertido em face da possibilidade de concessão da tutela de urgência nas demandas suspensas, toca no § 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil: “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Dispositivo bastante questionado pela doutrina, o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão, ganha ainda mais relevo nas questões afetas à IRDR, haja vista que diante do sobrestamento de feitos há maior insegurança dos magistrados de origem para conceder a tutela, já que o parágrafo mencionado prevê a irreversibilidade como um requisito negativo para a concessão, determinando que ela não seja concedida se presente o risco. Como estabelecer precisamente em sede de cognição sumária a existência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão?

Poderia ser o caso de o magistrado da ação de origem conceder o pedido e antecipar a tutela pretendida, por exemplo, em questões

¹⁷⁵ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Suspensão integral de processos em recursos repetitivos preocupa**. Revista Consultor Jurídico (ConJur), edição 31 de maio de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/opinioao-suspensao-integral-processos-repetitivos-preocupa>>. Acesso em jan.2019.

consumeristas, a suspender determinada cobrança, certo de que a decisão do IRDR certamente a julgará indevida, porém, ao final do julgamento do incidente essa tese não se firmar. Tal situação, imagine, acarretaria um ônus desproporcional para a empresa que precisaria cobrar todo o período em que tramitou o IRDR de seus consumidores.

Outro ponto sensível da questão guarda relação com casos em que existe a irreversibilidade da tutela provisória satisfativa, como cirurgia em paciente terminal, cujo deferimento é essencial para o fim de se evitar a consequência irreversível da morte do demandante. Por essa razão, o pressuposto da irreversibilidade deve ser visto com cautela para que não conduza à inutilização do mecanismo processual.

É um risco que deve ser corrido à luz da teoria do mal menor, conforme a doutrina majoritária quanto a esse requisito, adotando-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, porquanto a demora do processo favorece quem não possui direito, porque a não concessão de forma imediata acarretaria a ineficácia da concessão no final do processo.

Seguramente, nada impede que se proceda à modulação dos efeitos da decisão se não confirmada em julgamento a tese estabelecida na decisão que concedeu a tutela, como se verá adiante.

Ademais, parte da doutrina já se inclina sobre a não aplicação do requisito da reversibilidade quando o direito tutelado for de grau de maior importância que a reversibilidade (Enunciado 25 do ENFAM)¹⁷⁶.

Nesses termos, o exemplo que melhor ilustra esse posicionamento é o da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos de alto custo por parte do Estado, quando imprescindível à sobrevivência do jurisdicionado hipossuficiente, que caso seja revogada ao final da demanda, não conseguirá devolver o valor pertinente àquele período.

¹⁷⁶ Enunciado nº 25 do ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”. Brasil, **Enunciados do ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), 62 enunciados sobre a aplicação do Novo CPC**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em fev.2019.

Sobrepuja ainda controvérsia quanto à estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, um dos pontos mais polêmicos relacionados à temática das tutelas no Novo Código.

Isso porque, nos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, o legislador trouxe a possibilidade de a petição inicial limitar-se ao requerimento de tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final, e após a concessão aditar referida petição, com a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final. Como o exemplo de um pedido de cirurgia negado pelo plano de saúde ou a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

Por conseguinte, se não interposto o competente recurso dessa decisão de concessão da tutela antecipada, nos moldes do artigo 304, essa tutela torna-se estável e é extinta.

A estabilização da tutela relaciona-se à manutenção dos efeitos, tanto que não há formação de coisa julgada daquela decisão, o que se estabiliza é os seus efeitos até que seja revista, no prazo previsto de 2 anos.

Em que pese a possibilidade de ser revista, reformada ou invalidada a qualquer tempo, o fato é que a tutela conserva seus efeitos enquanto não impugnada, e extingue-se após dois anos a contar da ciência da decisão que extinguiu o processo, conforme o § 5º do artigo 304, sem possibilidade de ser revista segundo parte da doutrina.

Em relação à extinção da tutela antecipada estabilizada, preceitua o legislador que não se trata de uma extinção com resolução de mérito, e, portanto, não se confunde com a coisa julgada, tão-só os efeitos daquela decisão são preservados.

Neste particular, a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷⁷:

Em primeiro lugar, não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória.

¹⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., 2016, p. 612.

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidade a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada.

A análise da estabilização da tutela antecipada sob a ótica do contexto do microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, no que tange a essa extinção prevista no § 5º, demanda extremo cuidado.

O IRDR pode levar mais de um ano para ser julgado, e supondo que julgado depois de transcorridos mais de 02 (dois) anos da decisão de concessão da tutela, se a tese fixada no julgamento for contrária àquela interpretação provisória dada pelo juiz na concessão da tutela antecipada, não poderá ser revista por que extinta?

Em um primeiro momento, pensa-se que os tribunais devem conduzir o incidente com estrita observância ao prazo para julgamento, de modo que não extrapole para além de 02 anos. Contudo, na hipótese de extrapolar o lapso de 02 anos, parece acertado que o biênio não afete o direito de os interessados questionarem em juízo as razões porque concedida a tutela, e consequências da concessão, ou seja, o direito sobre o qual versou a tutela estabilizada.

E se o julgamento contrário à tutela concedida ocorrer dentro do lapso temporal, ou seja, antes de 02 anos, compete à parte requerer o desarquivamento e revisão ou invalidação da tutela? Ou seria um consectário do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas?

Ao que se denota, parece que esse encargo recairá sobre o interessado em rever a decisão, pela ausência de qualquer previsão nesse sentido no capítulo do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Fato é que, as respostas a tais indagações não navegam em águas calmas, e são bastante tímidas nesse momento ainda embrionário vivido pelo Novo Código. Em contrapartida, é preciso atravessar esse caminho desconhecido para encontrá-las. Não será uma tarefa simples, mas sem dúvida, o mais afetado acabará sendo o jurisdicionado, por vezes, todo o sistema de jurisdição perde um pouco quando a credibilidade da Justiça fica abalada pela instabilidade.

Destarte, controvertida dentro do IRDR é também a questão da das díspares decisões de tutela provisória nessas demandas sobrestadas, que são tomadas em cognição sumária, em que um juiz vislumbra os requisitos e concede a tutela, outro com receio de que o julgamento do IRDR seja em sentido contrário, deixa de conceder, provocando impactos na sociedade e contribuindo para a litigiosidade “lotérica”.

É bem verdade que a tutela de urgência é muito casuística, mas a proposta aqui, é que o magistrado além de analisar pormenorizadamente as peculiaridades que envolvem a demanda sob sua jurisdição verifique outras decisões que envolvam o mesmo tema dentro daquele tribunal, de modo a reduzir essa disparidade.

Em todos os pontos controvertidos no cenário trazido a lume, há em comum entre eles o papel de destaque que tem o magistrado em seu poder-dever de analisar a possibilidade de concessão ou não da tutela provisória de urgência.

Feitas essas considerações, o questionamento de crucial importância para a conclusão do presente estudo é: qual o papel desempenhado pelo juiz da instância originária em que tramita o processo suspenso? Quais poderes ele tem na análise do cabimento da tutela provisória de urgência? E sob quais limites pode ser concedida essa tutela em sede de cognição sumária?

O julgador detém o dever-poder geral de cautela, consubstanciado na redação do artigo 297 do Código de Processo Civil: “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”.

Para Cássio Scarpinella Bueno, a tutela provisória deve ser compreendida como a reunião de técnicas aptas ao asseguramento do direito e/ou, à satisfação imediata de um direito, a depender das necessidades no caso concreto¹⁷⁸.

Inexiste discricionariedade judicial, presentes os pressupostos da lei, o juiz deve conceder a tutela provisória, e se ausentes, denegá-la. O que

¹⁷⁸ BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., 2018, p. 397.

significa, por conseguinte, que agir de modo contrário configura arbitrariedade judicial, prejudicando tanto demandante como demandado, pois ou se preserva efetividade do direito (para o demandante) ou resguarda-se a segurança jurídica (para o requerido), como aduz Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷⁹.

Assim, diante do modelo constitucional de processo trazido pelo atual Código, ao juiz, cabem todas as medidas que vislumbrar adequadas, em sentido amplo, de modo a criar condições efetivas para assegurar e satisfazer o direito de imediato, fazendo uso para efetivá-lo, da disciplina do cumprimento de sentença provisório, consoante o parágrafo único do artigo 297 do CPC.

Nesse jaez, ensina Cândido Rangel Dinamarco que sentenças, decisões, comandos e remédios ditos heroicos concedidos por juízes e tribunais não passariam de balelas, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com as outras e com os bens da vida¹⁸⁰.

Imprescindível ainda o dever de fundamentação, seja qual for a medida adotada pelo julgador, pela concessão ou pela denegação. Pois decisões que se resumem a afirmar “presentes os pressupostos, defiro...”, em verdade, além de trilharem o caminho da invalidação por ausência de fundamentação configuram violência a garantias constitucionais fundamentais.

O magistrado, portanto, além de comprometer-se com a causa, ainda que suspensa por afetação a julgamento em IRDR deve compreender seu papel no cenário das demandas repetitivas, qual seja efetivar as medidas necessárias à efetivação da tutela provisória de urgência prestando contributo ao sistema de precedentes como um todo e a efetividade da jurisdição.

Nesta linha, para auxiliar o magistrado da instância em que tramitam as ações suspensas, o Tribunal responsável pelo julgamento do IRDR, na decisão que o recebe, poderia desde logo, tecer espécie de “interpretação provisória”, sinalizando com informações iniciais alguns dos possíveis desfechos para aquele IRDR, admitindo duas ou mais interpretações

¹⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., 2016, p. 584.

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I 6. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010, p. 444.

da mesma questão, colaborando para formar a convicção dos magistrados da primeira instância ao examinar o cabimento da tutela provisória, até por questão de congruência e construção de um sistema de precedentes eficaz e justo.

Com a interpretação provisória, concorda Sofia Temer, como um modo de evitar a suspensão total dos processos. E ainda vai além, afirma a possibilidade de admitir duas ou mais interpretações dissonantes acerca da mesma questão, até que seja consolidado o entendimento, preservando-se os atos praticados. Em contrapartida, contudo, alerta¹⁸¹:

Claro que a possibilidade traz o risco de não amadurecimento do debate e simples confirmação da interpretação provisória, mas nos parece que alternativas precisam ser pensadas, em especial quando se demonstrar que a suspensão será muito gravosa.

Salutar destacar que o gerenciamento dos processos repetitivos não pode e não deve visar somente a eficiência quantitativa, deve sim visá-la, mas harmonizando-a com a preservação da coerência e integridade, para não violar direitos fundamentais, a exemplo dos casos que envolve o direito à saúde, por exemplo. Pois é certo que sempre haverá conflito, mesmo no plano sumário da cognição, entre a garantia da segurança e a efetividade da prestação jurisdicional, cobrando do Judiciário uma intervenção rápida e eficaz.

Não é diferente senão na esfera do Direito Comparado. Segundo Daniel Mitidiero, no direito inglês há previsão dos *interim remedies*, gênero em que se inserem as *interim injunctions* (tutela satisfativa à parte) e as *freezing injunctions* (espécie de tutela cautelar), a doutrina insere as *interim orders* dentro das *case management orders*, tais mecanismos ora visam outorgar proteção ao direito material debatido em juízo enquanto dura o processo, ora têm por escopo viabilizar o adequado exercício da ação em juízo¹⁸².

Em linhas gerais, o que se percebe no Direito Comparado, seja o inglês, italiano, português, espanhol, peruano, uruguaio, entre outros é que

¹⁸¹ TEMER, Sofia, op. cit., 2017, p. 134.

¹⁸² MITIDIERO, Daniel. **A técnica antecipatória na perspectiva do Direito Comparado.** In: Lex Magister, Doutrina. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25738622_A_TECNICA_ANTECIPATORIA_NA_PERSPECTIVA_DO_DIREITO_COMPARADO.aspx>. Acesso em jan.2019, s.p.

didaticamente todos sofreram influências da doutrina italiana do século XX, cuja essência está em combater o *periculum in mora* à base de *fumus boni iuris*.

Há urgências e urgências, cada caso é um caso, entretanto, cabe ao julgador ter a sensibilidade necessária para apreciar o caso com urgência comprovada, posto que à adequada compreensão da técnica de antecipação é imprescindível harmonizar a disciplina legal com as necessidades do Estado de Direito. Longe talvez de solucionar as problemáticas aventadas no presente estudo, o diagnóstico delas presta-se à provocação para reflexões em busca de alternativas.

5.4 O tema nos Tribunais: análise panorâmica

Fundamentalmente, é preciso lembrar que a opção política do legislador por incluir, no microssistema de julgamento de casos repetitivos, a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência nas ações suspensas em razão de IRDR afetado, consubstancia-se em importante instrumento de efetividade em si mesma.

Isso porque, tal possibilidade opera no sentido de atenuar as necessidades dos jurisdicionados que, mesmo diante do *fumus boni iuris*, ou seja, da probabilidade do direito, se veem obrigados a demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) para alcançar o bem da vida objeto da demanda.

Mormente nos casos mais urgentes, nos quais o bem da vida é a própria vida, e precisam socorrer-se da via judicial para ver efetivado seu direito à saúde, seja para a obtenção de medicamentos, tratamentos médicos cirúrgicos ou internações hospitalares, seja ainda atinente a questões ambientais, consumeristas, entre outras.

Com o escopo de evitar que a teoria seja apartada da realidade concreta e para ilustrar a relevância do tema deste estudo, esta seção atenta-se à análise da discrepância verificada no plano concreto quanto à concessão da tutela de urgência em demandas suspensas que versam sobre a mesma questão jurídica afetada a IRDR e Recursos Repetitivos.

Ressalva-se que os insertos trazidos a lume, não encerram de modo algum o debate acerca da possibilidade de se antecipar os atos urgentes em demandas suspensas afetadas a julgamento pelo microssistema de litigiosidade repetitiva, elencou-se algumas das mais polêmicas sob a perspectiva do bem da vida objeto da demanda.

De um lado, o Novo Código de Processo Civil já em sua exposição de motivos, revela um viés de pacificação social e estabilização das relações jurídicas com ênfase para a igualdade e a segurança jurídica na aplicação do direito.

A modernização da gestão processual impressa pelo novel diploma processual, sobretudo a relacionada ao microssistema de julgamento de casos repetitivos, aprimorado justamente sob esse viés da estabilização das relações jurídicas, de modo a construir uma jurisprudência estável e isonômica, deveria alcançar todo o trâmite processual, inclusive às decisões em sede de cognição sumária, como a que examina o pedido da tutela provisória de urgência.

Por outro lado, nem só de elogios a padronização do direito, o julgamento massivo de demandas e a criação de precedentes vinculantes vive, parte da doutrina sustenta que o legislador apresentou uma estrutura minimamente segura para uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

É sabido que o atual momento da nova legislação, ainda é embrionário e muita discussão há que ser fomentada para se alcançar uma adequada aplicação de seus dispositivos.

Após quase três anos de vigência do NCPC, notam-se alguns mínimos avanços, contudo, no plano de cognição sumária, é um sistema de jurisdição cada dia mais instável e inseguro, pois embora caminhe em busca de um sistema de jurisprudência estável e segura do ponto de vista dos tribunais, sob a ótica do jurisdicionado, não tem alcançado resultados satisfatórios, diante da vasta discrepância visualizada nos julgamentos de pedidos de tutela de urgência, sob os quais se debruça este estudo nas linhas que seguem.

A análise casuística parte do IRDR Tema n. 9 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000), afetado a julgamento diante da divergência de decisões

que ofereceram risco à isonomia e à segurança jurídica relacionada à temática da “inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica”,

Admitido o incidente em 04/08/2017, o relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros determinou o sobrestamento de todas as demandas individuais ou coletivas em trâmite no Estado de São Paulo, conforme determina o artigo 982, inciso I do CPC. De acordo com dado extraído do sítio do TJSP, o sobrestamento atinge 60.622 feitos que aguardam o julgamento do incidente¹⁸³.

A cobrança do imposto ICMS em fase anterior ao consumo onera reiteradamente os consumidores, o cerne da questão jurídica debate se incide ou não o ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, considerando que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria correspondente ao momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, o que não ocorre na fase de distribuição e transmissão.

Contudo, enquanto o Egrégio Tribunal debate a controvérsia no âmbito do IRDR, não parece razoável que o contribuinte seja obrigado a aguardar o deslinde do IRDR pagando diariamente o imposto, até que o Tribunal estabeleça a tese jurídica. Assim, ao ingressar com tais demandas, os jurisdicionados vêm pleiteando a concessão da tutela provisória de urgência para suspender a cobrança das taxas denominadas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica.

Na perspectiva de tais pedidos é que se encontra a divergência verificada por este estudo. Isso porque, no âmbito de ação interposta pela Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein em face do Estado de São Paulo, a concessão da tutela de urgência foi denegada pelo juiz

¹⁸³ Brasil, Tribunal de Justiça (São Paulo). **Tema 09 – IRDR – ICMS – Energia – TUSD – TUST, IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000**; Relator: Des. Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Turma Especial – Público; Data de admissão: 04/08/2017. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/Nugetp/Irdrr/DetailTema?codigoNoticia=51213&pagina=1>>. Acesso em jan.2019.

de primeira instância. O hospital insurgiu-se em face da decisão, e atacou-a por meio do Agravo de Instrumento n. 2232033-98.2018.8.26.0000.

De relatoria do Desembargador Oswaldo Luiz Palu, o Acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Público, concedeu a tutela provisória de urgência requerida determinando a abstenção da cobrança até o final do julgamento do IRDR.

Entendeu o relator que satisfeitos os requisitos para a concessão da tutela de urgência, e que a suspensão determinada, não impede a análise do pedido de tutela de urgência, como preceitua o artigo 982, § 2º do CPC. Pois a probabilidade do direito resta evidenciada dado que o conceito “circulação de mercadoria” demanda verificação da efetiva utilização da energia elétrica pelo consumidor final, o que não é possível na fase antecedente de distribuição e/ou transmissão, razão pela qual não vislumbrado o fato gerador.

Concernente ao requisito do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, afirmou o relator estar demonstrado pelo fato de que o Hospital vem sendo reiteradamente onerado com o pagamento do ICMS em fase anterior ao consumo, o que é bastante para a concessão da tutela, uma vez que, “ao desembolsar valor indevidamente cobrado, não terá alternativa senão valer-se de futura ação de repetição de indébito para reaver o montante despendido”, cuja Ementa segue¹⁸⁴:

AGRAVO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária c.c. Repetição de Indébito. ICMS. Cobrança do tributo sobre tarifas de transmissão e distribuição – TUST e TUSD. Antecipação de tutela. Cabimento. 1. Decisão que indeferiu o pedido de tutela e determinou a suspensão do feito até o julgamento do IRDR nº09. Reforma. Suspensão determinada que não impede a análise do pedido de tutela de urgência nos termos do art. 982, § 2º do CPC. Entendimento no sentido de inadmissibilidade de inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição (TUSD e TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica. 2. Recurso provido.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 2232033-98.2018.8.26.0000**; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/01/2019. In: JusBrasil. Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/663856740/agravo-de-instrumento-ai-22320339820188260000-sp-2232033-9820188260000/inteiro-teor-663856759>>. Acesso em jan.2019.

Enquanto por outro vértice, a 2ª Câmara de Direito Público, manteve a denegação da concessão da tutela de urgência no Agravo de Instrumento nº 2023656-25.2018.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Renato Delbianco.

No caso em comento, o julgador entendeu que não estava satisfeito o requisito do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, uma vez que inexistia comprovação efetiva de que a manutenção do pagamento da tarifa pudesse comprometer financeiramente o agravante, e ainda destacou que na hipótese de procedência da demanda, os valores reconhecidos como indevidos seriam passíveis de repetição, nos seguintes moldes¹⁸⁵:

Neste juízo de cognição sumária, próprio dos recursos de agravo, não se constata o indispensável requisito do “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, inexistindo comprovação efetiva de que a manutenção do pagamento da tarifa poderá comprometer financeiramente o recorrente.

[...]

Observe-se, outrossim, que nem mesmo o requisito do “*fumus boni iuris*”, outrora evidenciado em várias decisões judiciais, encontra-se hoje estreme de dúvidas, notadamente após as recentes oscilações de entendimento emanadas do C. Superior Tribunal de Justiça, a caracterizar a natureza altamente controvertida do direito posto em Juízo.

Com a devida vênia ao entendimento esposado, vê-se nessa decisão um dos pontos controvertidos trazidos na seção anterior deste estudo, o receio, pelo julgador, de irreversibilidade dos efeitos da concessão da tutela, que preteriu o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição em detrimento da segurança jurídica, por não saber o que esperar do julgamento.

Os insertos colacionados revelam lados antagônicos da mesma discussão acerca do imposto ICMS, e acertadamente em razão da controvérsia que envolve a questão, houve a interposição do IRDR. Entretanto, desde a admissão do incidente, que se deu em 04/08/2017, já transcorreu mais de um

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 2023656-25.2018.8.26.0000**, Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data de Julgamento: 17/07/2018. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/602067761/20236562520188260000-sp-2023656-2520188260000/inteiro-teor-602067808>>. Acesso em jan.2019.

ano sem o deslinde da tese jurídica, enquanto milhares de demandas estão sobrestadas aguardando.

No julgamento do primeiro agravo de instrumento (AI nº 2232033-98.2018.8.26.0000), o relator entendeu por bem conceder a tutela provisória de urgência de modo a observar a lide pela perspectiva do autor, que é onerado diariamente enquanto o Judiciário não soluciona a questão, prestigiando os princípios da efetividade, do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Enquanto o relator do outro agravo de instrumento (AI nº 2023656-25.2018.8.26.0000) optou por primar pela segurança jurídica, ressaltou a oscilação de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e não vislumbrou os requisitos para concessão da tutela de urgência ao aduzir que inexistia comprovação de que o pagamento da tarifa estivesse onerando financeiramente o agravante. Não foi capaz de equacionar a “demora” do processo com a efetividade.

A pedra de toque da questão se mostra ainda mais sensível na esfera do direito fundamental à saúde, sendo essencial trazer a presente discussão à luz. Isso porque, a demora do Poder Judiciário em solucionar a questão, estabelecendo a tese jurídica a ser aplicada em consonância com o microssistema de julgamento de casos repetitivos, além de atingir uma norma processual fundamental, tem o condão de ferir o próprio direito material em litígio, no caso, a vida humana.

Nesse contexto, há milhares de ações em todo o país que versam sobre a judicialização da saúde, desde a concessão de medicamentos, até procedimentos cirúrgicos, listados ou não pelo SUS, registrados ou não na ANVISA, cuja controvérsia essencialmente cinge-se na dicotomia direito universal à saúde *versus* dever constitucional do Estado de ampla e efetiva tutela da saúde e gestão de verbas públicas.

Na seção de 26/04/2017, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou o REsp 1.657.156/RJ (Tema 106 do STJ) ao rito dos recursos repetitivos, com o fim de uniformizar a tese da “obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do

SUS” na Portaria 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”.

Em 04/05/2018, após debate da tese foi prolatado o Acórdão que estabeleceu a tese no sentido de que a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa de três requisitos, a saber,¹⁸⁶:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) Existência de registro na ANVISA do medicamento.

Cumprе observar que, logo no início do julgamento, o relator Ministro Benedito Gonçalves consignou que o julgamento do repetitivo guarda similitude com o Tema 6 que está sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal nos RE 566.471/RN (“Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo”) e RE 657.718/MG (“Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”).

Embora semelhante, ponderou que as questões não são idênticas, que diante da meta do Conselho Nacional de Justiça impondo que os recursos repetitivos sejam julgados no prazo de 180 dias (Meta 07) e da existência de 8.841 feitos suspensos nos Tribunais em todo o país aguardando o julgamento daquela tese, não seria o caso de se aguardar o deslinde da questão dos casos com repercussão geral pelo STF.

No tocante ao Tema 6 afetado a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, houve reconhecimento de repercussão geral em 03/12/2007, nos Recursos Extraordinários RE 566.471/RN e do RE 657.718/MG cujo relator

¹⁸⁶ Brasil, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.657.156/RJ Tema Repetitivo 106**. Relator: Benedito Gonçalves; Órgão Julgador: Primeira Seção; Data do Julgamento: 25/04/2018; Data de Publicação: 04/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76923856&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em jan.2019.

é o Ministro Marco Aurélio Mello e tem pauta para julgamento agendado para o dia 22/05/2019.

Note-se que o esforço do julgador no caso do STJ em solucionar a questão no menor tempo possível, de modo a cumprir a meta do CNJ e o prazo estabelecido pelo CPC foi louvável e pontualíssimo. Contudo, consoante aduzido na íntegra do Acórdão, a Corte decidiu modular os efeitos dessa decisão afirmando que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento, por razões de interesse social e segurança jurídica nos moldes do preceituado pelo parágrafo 3º do artigo 927 do CPC, não conferiu solução efetiva à questão em relação aos processos sobrestados.

Há ainda, outras circunstâncias que circundam a mesma questão da dispensação de medicamentos, que conferem aos juízes e tribunais certa discricionariedade para debaterem outras controvérsias relacionadas ao tema em seu âmbito territorial.

Como é o caso do IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054 do Estado de Santa Catarina, de relatoria do Desembargador Ronei Danielli, afetado a julgamento considerando os milhares julgamentos discrepantes entre decisões proferidas naquele Tribunal de Justiça acerca da “(des)necessidade de comprovação da carência de recursos ou hipossuficiência financeira do cidadão nas ações voltadas a exigir prestação positiva do Estado em matéria de medicamentos, cirurgia e demais procedimentos afetos à saúde pública”. Consignou ainda, que o IRDR instaurado em âmbito estadual, volta-se à uniformização de antigas celeumas recorrentes em demandas movidas em face dos municípios catarinenses e do próprio Estado¹⁸⁷.

Sem dúvida, a questão de assistência à saúde, denominada judicialização da saúde é extremamente ampla, abrange tanto as demandas que versam sobre terapias e medicamentos que apesar de padronizados pela lista do SUS, não são regularmente fornecidos, quanto pretensões que

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça (Santa Catarina). **Acórdão IRDR 0302355-11.2014.8.24.0054 (Acórdão)**; Relator: Ronei Danielli; Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público; Data do Julgamento: 09/11/2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em jan.2019.

objetivam compelir o Estado ao fornecimento de insumos ou tratamentos não constantes nas listagens oficiais.

Atinente à matéria submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, já houveram diversos pedidos de vista ao longo do trâmite do julgamento (que tramita desde 2007) e sequer há certeza sobre seu julgamento definitivo ocorrer, de fato, em maio de 2019. E não se pode olvidar, que o amplo debate da causa é imprescindível para que estabeleçam teses que solucionem efetivamente a questão da saúde.

Todavia, enquanto não há um deslinde concreto, impera no Poder Judiciário como um todo, cenário de grave insegurança jurídica, mesmo com a suspensão de todas as demandas abrangidas, por determinação do Código de Processo Civil. Isso porque, a suspensão não é óbice à concessão da tutela provisória de urgência, como amplamente se discutiu neste estudo.

Há notória discrepância entre os tribunais e mesmo no âmbito interno deles para a questão da saúde, onde alguns ao argumento da segurança jurídica optam por não conceder, enquanto outros se sensibilizando com a situação a que submetido o jurisdicionado compreendem que a vida não pode esperar e concedem.

No contexto do Agravo de Instrumento nº 2014307-95.2018.8.26.0000, que tramitou pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a parte autora portadora de doença grave ingressou em juízo pleiteando o fornecimento de medicamentos à base de *canabidiol* para tratamento de esclerose múltipla, com pedido de concessão de tutela de urgência.

Na origem, no feito de número 1063106-61.2017.8.26.0053 o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de tutela de urgência, ao argumento de que alguns dos medicamentos não se encontravam discriminados nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, e que por essa razão, em observância à tese estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 106).

Não trilhou com acerto o julgador de primeiro grau, pois portadores de doença grave, não podem ter seu tratamento interrompido, sob pena de irreversibilidade do quadro de saúde, provocando aceleração degenerativa. Igualmente, não é razoável aguardar o deslinde do Recurso Extraordinário afetado pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de a autora

falecer pela ágil degeneração da doença. À autora, não restou alternativa senão recorrer da decisão por meio de Agravo de Instrumento para ver tutelado o seu direito.

No julgamento do mencionado recurso, de relatoria do Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, houve a reforma da decisão atacada para o fim de conceder a tutela provisória de urgência à parte autora. O julgador procedeu à modulação de efeitos do REsp nº 1.657.156-RJ, considerando que a demanda em análise foi distribuída em momento anterior ao julgamento do Recurso Especial, porquanto não adstrita à tese estabelecida.

Ademais, assentou o julgador que presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência pleiteada, haja vista que o laudo médico era suficientemente preciso ao relatar o caráter progressivo da doença e a ineficácia de tratamentos anteriores realizados, consubstanciando a probabilidade do direito. E que seria despiciendo qualquer debate sobre a eficácia do medicamento postulado, a uma porque naquele momento a análise da questão é perfunctória apenas e tão somente quanto aos pressupostos à concessão da tutela de urgência, a duas porque a prescrição do medicamento é de competência exclusiva do profissional médico que assiste o paciente, e não ao Judiciário.

Por certo a probabilidade do direito, no que concerne ao *periculum in mora*, evidenciou-se no caso por se tratar de doença grave, cuja interrupção do tratamento resultaria em grave decréscimo da qualidade de vida da parte autora. Nestes termos, o relator proferiu Acórdão reformando a decisão atacada, concedendo a tutela de urgência no caso em apreço¹⁸⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO) – TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU – INSURGÊNCIA DA AUTORA - O fornecimento de medicamentos e insumos decorre do direito à

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 2014307-95.2018.8.26.0000**; Relator (a): Antonio Tadeu Ottoni; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/09/2018. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625932446/agravo-de-instrumento-ai-20143079520188260000-sp-2014307-9520188260000/inteiro-teor-625932466>>. Acesso em jan.2019.

saúde (art. 196 da Constituição Federal) - Autora sem meios materiais para aquisição de medicamento essencial à preservação de sua saúde - Ausência de registro dos medicamentos em listas padronizadas não impede fornecimento, face à indicação médica de sua eficácia - Precedentes - Direito à saúde e à dignidade da pessoa humana que devem ser priorizados - Patente periculum in mora por tratar-se de doença grave (esclerose múltipla) que em caso de interrupção do tratamento pode acarretar inadmissível decréscimo da qualidade de vida, de improvável reversibilidade - Presentes os requisitos do artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, de rigor a concessão da tutela de urgência - Decisão reformada - Agravo de instrumento provido.

Por outro viés a grande maioria dos magistrados e desembargadores dos Tribunais de Justiça tem se sensibilizado com a vida dos jurisdicionados enquanto pendente julgamento da tese nas Cortes Superiores.

Nesse desiderato, o Agravo de Instrumento nº 3001579-39.2017.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Fermino Magnani Filho da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, versou sobre o reclamo da Fazenda Pública Estadual em face da decisão de primeira instância que concedeu tutela provisória de urgência para fornecimento do medicamento "*Remicado*" para tratamento de doença inflamatória intestinal (retocolite ulcerativa), medicamento esse não incorporado em ato normativo do SUS.

À época de interposição do Agravo, ainda pendia o julgamento do Tema 106 pelo STJ, portanto, demandas como esta permaneceram sobrestadas, o que, contudo, não impediu a apreciação da tutela de urgência. Inclusive, sobre essa ressalva do legislador processual (artigo 982, § 2º) afirmou o relator que a possibilidade de pedido de tutela de urgência decorre diretamente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, preceito insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Magna Carta.

Comentou ainda o julgador sobre a disposição do parágrafo 2º do artigo 982, que o legislador processual foi deveras inteligente, porquanto não permitiu omissões mesmo que voluntárias, pois se a lei não pode fugir ao controle jurisdicional, tampouco se atreverá um juiz ou tribunal.

Ao prolatar o Acórdão, o julgador reconheceu a presença dos pressupostos à concessão da tutela de urgência, consignou que o bem jurídico tutelado nos autos é a vida humana, cuja proteção a ela e à saúde, é por

princípio urgente e que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador o respeito indeclinável à vida.

Ponderou que no momento em que se encontravam, os autos não permitiam questionamentos sobre o acerto da prescrição médica, mas que ao “juiz só resta discernir entre conceder as drogas e preservar-lhe a vida, ou no extremo, assinar a sentença de morte do cidadão. E juiz ou tribunal algum, certo que todos o são da cidadania, consentirá nesse desmesurado risco”. Por meio da seguinte Ementa¹⁸⁹:

TUTELA DE URGÊNCIA – Medicamento não elencado na Portaria nº 2.982/2009, do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais), e/ou não contemplado em lista do SUS – IRDR/STJ, Tema 106 – Ordem de suspensão do julgamento dos casos análogos decretada por Corte Superior – Ressalva para que as instâncias inferiores apreciem medidas de urgência nesses casos, sem necessidade de aguardar a decisão de mérito pelo STJ – Supremacia da tutela de urgência para a preservação da vida humana – Indelegabilidade da jurisdição por imperativo constitucional, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988 – Tutela de urgência assegurada nos termos dos arts. 982, § 2º, 300 e segts, do CPC – Redução da multa diária – Agravo de instrumento parcialmente provido.

Entendeu por bem o julgador manter a tutela provisória de urgência concedida, facultou a substituição do fármaco por outro medicamento de idêntico princípio ativo e posologia, condicionando a entrega do medicamento à apresentação de receita médica atualizada semestralmente.

No caso em apreço, o julgador preferiu a salvaguarda do bem mais precioso e imensurável: a vida humana. Mesmo que em detrimento da segurança jurídica, sem qualquer receio do posicionamento das Cortes Superiores sobre o tema, pois ciente de que a reversibilidade é um risco que deve ser corrido pelo julgador em casos como estes, para que posteriormente, a sentença ao invés de tutelar o direito, não seja de morte ao jurisdicionado.

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 3001579-39.2017.8.26.0000**; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/05/2018. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/575456752/30015793920178260000-sp-3001579-3920178260000>>. Acesso em jan.2019.

Outro aspecto que não poderia passar despercebido pelo presente estudo, diz respeito ao IRDR nº 19 julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, referente ao maior desastre ambiental da história do Brasil, o rompimento da barragem de rejeitos de minérios que destruiu a cidade de Mariana no Estado de Minas Gerais (em novembro de 2015) e contaminou o Rio Doce.

Em decorrência do incidente com o rompimento da barragem de Fundão emergiram centenas de milhares de ações com pedidos indenizatórios e cominatórios com fundamento em dúvida acerca da qualidade da água distribuída pelo serviço público de abastecimento das cidades banhadas pelo Rio Doce. Parte delas propostas perante os Juizados Especiais e parte na Justiça Comum, o que provocou que tais demandas experimentassem julgamentos discrepantes, oferecendo risco à isonomia e à segurança jurídica.

Assim, em 18/05/2017 foi admitido o IRDR n. 19, de relatoria do Desembargador Amauri Pinto Ferreira, afetando a questão a “fixar tese jurídica quanto a competência dos Juizados Especiais para processar e julgar demandas que têm como objeto o fornecimento de água e/ou indenização por danos morais considerada a complexidade da questão e imprescindibilidade de produção de prova pericial”, determinando a suspensão de todas as ações relativas a esse tema em trâmite no território estadual.

Como cediço, a suspensão nos moldes do artigo 982, inciso I do CPC não impediu o exame da possibilidade de concessão da tutela de urgência, conforme preceito estabelecido pelo parágrafo 2º do mencionado artigo.

Desta feita, a parte autora pleiteou a concessão da tutela provisória de urgência no feito n. 010515041723-3 a fim de que a Samarco Mineração S/A fosse compelida a iniciar o fornecimento de água, tendo-lhe sido concedida a tutela antecipada pelo magistrado de primeiro grau para que a Samarco iniciasse dentro do prazo de 48 horas o fornecimento diário de 10 (dez) litros de água mineral em sua residência, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais), com irretocável acerto.

Irresignada, a parte requerida atacou a decisão do juiz por meio do Agravo de Instrumento n. 1.0105.15.041723-3/001, distribuído à 12ª Câmara

Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de relatoria do Desembargador José Augusto Lourenço dos Santos.

Em suas razões, o relator reformou a decisão por entender que não estavam preenchidos os requisitos para a concessão da tutela de urgência, eis que ausente a plausibilidade do direito e o risco de dano grave ou de difícil reparação, porquanto não juntou qualquer documento de cunho técnico que comprovasse a impropriedade da água fornecida pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE).

Consignou ainda que, dada a retomada do abastecimento de água, conclui-se pela sua potabilidade, pois não iria o Poder Público colocar em risco à saúde da população, conforme Ementa que segue¹⁹⁰:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - ROMPIMENTO DE BARRAGEM DA SAMARCO - POTABILIDADE DA ÁGUA CAPTADA PELO RIO DOCE - TRATAMENTO EFICAZ PELO SAAE - AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO QUE COMPROVE A IMPROPRIEDADE DA ÁGUA FORNECIDA PARA CONSUMO HUMANO - PLAUSIBILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. Não sendo demonstrada a plausibilidade do direito, pois ausente prova técnica que demonstre, ainda que indiciariamente, que a água fornecida pelo SAAE de Governador Valadares, após ser captada do Rio Doce e devidamente tratada, se mostra imprópria para consumo humano, não merece prosperar a pretensão de fornecimento de água mineral na residência do autor.

Com a devida vênia, não foi a decisão mais acertada, porquanto não se mostra razoável que, em sede de cognição sumária se exija vasto lastro probatório da parte autora, o próprio Código de Processo Civil é claro ao elencar os pressupostos da tutela de urgência, falando em “probabilidade do direito”, que dadas as circunstâncias era mais que suficiente para a prova mínima do *fumus boni iuris*. É público e notório o efeito devastador do rompimento da barragem de Fundão, que deixou milhares de pessoas em

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça (Minas Gerais). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.15.041723-3/001**, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/10/2016, publicação da súmula em 13/10/2016. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=98B8A1192D0502A5D5629496E019EC23.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.15.041723-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: jan.2019.

situação de extrema penúria, sem água, sem roupas, sem suas casas, alguns sem seus empregos e até sem seus familiares.

Conceder a tutela de urgência pleiteada para o fornecimento de água potável significava garantir o mínimo de dignidade àqueles jurisdicionados, que em meio ao cenário enfrentado, eram totalmente hipossuficientes por todos os ângulos que se observe a questão.

A grande maioria das tutelas de urgência concedidas foi atacada por Agravo de Instrumento e reformadas no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Não obstante, o IRDR tratar de questão de direito processual, o jurisdicionado mesmo assim não conseguiu ver tutelado o seu direito material, exigindo que fosse submetido não só ao primeiro grau, mas ao desgaste de ainda ter de ingressar com recurso.

No que concerne ao IRDR nº 19, o seu julgamento realizado em 28/05/2018, pouco mais de um ano após a admissão, estabeleceu a tese no sentido de que os Juizados Especiais não são competentes para tais ações, dada a natureza técnica complexa da questão e a imprescindibilidade de produção de prova pericial para apurar a questão, cuja Ementa se transcreve¹⁹¹:

EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IRDR. JUIZADOS ESPECIAIS. PRODUÇÃO DE PROVA COMPLEXA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. O rito dos Juizados Especiais não comporta a produção de prova complexa. Revelando-se indispensável à produção de prova pericial de grande complexidade para comprovação do direito controvertido em processo que tramite perante o Juizado Especial, impõe-se sua extinção.

Os insertos colacionados dão conta do cenário de instabilidade enfrentado pelos jurisdicionados ao pleitear tutela de urgência em demandas afetadas a julgamento pelo microssistema de julgamento de repetitivos.

Neste particular, não se critica a margem de discricionariedade conferida ao julgador de primeiro grau para análise da possibilidade de decidir

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça (Minas Gerais). **IRDR n. 19. Paradigma 1.0105.16.000562-2/001**. Relator: Des. Amauri Pinto Ferreira. DJ: 13/06/2018. Disponível em: <<http://rupe.tjmg.jus.br/rupe/justica/publico/bnpr/consultarIrdrlacAdmitidos.rupe>>. Acesso em jan.2019.

acerca das questões urgentes. Até porque, não teria como o legislador processual estabelecer requisitos no capítulo das tutelas provisórias capazes de abarcar todas as situações, por isso partiu de premissas genéricas.

Imprescindível é, contudo, a cautela do julgador com o feito em suas mãos, a sensibilidade com o jurisdicionado, o compromisso com uma efetiva prestação jurisdicional em tempo razoável, buscando justamente o objetivo do Código de Processo Civil.

Em linhas gerais, possivelmente se concretizará através, por exemplo, de possíveis interpretações à tese na decisão que admite o incidente, para que não fique totalmente ao arbítrio do julgador da origem da ação suspensa a pesada carga decisória sobre conceder ou não a tutela e acabar contribuindo sobremaneira para esse cenário de instabilidade.

De tal modo que, o microssistema de julgamento de casos repetitivos, seja o IAC, o IRDR ou os Recursos Repetitivos não percam sua essência, de conferir segurança jurídica e igualdade, freando o sistema de jurisprudência lotérica e restabelecendo a confiança legítima do jurisdicionado para que não se subverta o fim a que criados tais instrumentos.

6 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea caracterizada pela complexidade de relações e massificação dos conflitos viu emergir o fenômeno da litigiosidade repetitiva. Assim, com vistas a tratar das situações massificadas, observou-se ao longo dos pouco mais de 40 anos de vigência do CPC de 1973 diversas reformas.

Entretanto, o processo civil tradicionalmente individualista revelou-se inadequado à tutela das demandas de massa, o que contribuiu sobremaneira para o aumento dos problemas enfrentados pelo sistema jurisdicional brasileiro, em que a cada dia se replicavam repetidos processos debatendo o mesmo tema, redundando controvérsia em milhões de processos.

Nesta toada, o legislador do Código de Processo Civil de 2015, seguindo essa tendência instituiu um microsistema de julgamento de casos repetitivos, com variados e inéditos mecanismos processuais para a adequada tutela do direito material, uniformização e racionalização do sistema de justiça, entre eles, o incidente de resolução de demandas repetitivas, tema central deste estudo.

Tanto que, em sua Exposição de Motivos, o Código de Processo Civil de 2015 se apresenta como um “conjunto de normas com o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme sedimentado no decorrer deste estudo, apresenta-se como nova modalidade de tutela jurisdicional, vocacionada para a resolução de demandas originalmente individuais, cuja solução, porém, tem um desdobramento sobre questões jurídicas comuns a diversos processos.

É instaurado a partir da controvérsia repetida verificada em diversos feitos sobre o mesmo ponto jurídico, sendo seu objetivo solucionar questões jurídicas comuns a várias demandas, através de um debate qualificado, estabelecendo uma tese jurídica a ser aplicada a todas aquelas que versem sobre a questão de modo a unificar o entendimento dos tribunais.

Desta feita, refletir sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e estudá-lo, se torna deveras importante para que a técnica processual diferenciada alcance o objetivo para o qual foi criada, na medida em que analisar seu deslinde no campo prático, possibilita identificar pontos controvertidos da disposição normativa em relação ao seu procedimento.

Neste jaez insere-se a temática abordada pela presente pesquisa, qual seja, a análise dos aspectos polêmicos e controvertidos da concessão da tutela de urgência nas demandas suspensas pelo rito do incidente de resolução de demandas repetitivas, a partir da compreensão do fundamento para a suspensão de todas as demandas que versem sobre a tese jurídica afetada durante o processamento do IRDR, e destacando pontos controvertidos relacionados às questões urgentes em meio a essa suspensão.

Isso porque, em que pese o legislador do Novo Código de Processo Civil ter se antecipado quanto às questões urgentes durante o processamento do IRDR trazendo a previsão do cabimento da tutela provisória de urgência, o fez de forma tímida, limitando-se a afirmar sua possibilidade e indicando o juízo de origem das demandas suspensas como competente para conhecer tais questões, através de um único dispositivo legal (parágrafo 2º do artigo 982 do CPC). Ao que denota, parece ter se olvidado de algumas inovações normativas no campo da tutela provisória que embora o Código tenha dedicado um capítulo só para ela, alguns dispositivos têm gerado controvérsia entre os doutrinadores processualistas.

No enfrentamento do tema central desta pesquisa, por todos os entendimentos colacionados, conclui-se pelo acerto da opção do legislador ao prever o cabimento da tutela provisória de urgência perante o juízo em que tramitam as demandas suspensas durante o processamento do incidente. Pois não é razoável que o jurisdicionado suporte o ônus da demora do judiciário em solucionar sua questão.

Neste passo, da análise conjunta do capítulo das tutelas provisórias com o do incidente de resolução de demandas repetitivas, inferem-se alguns aspectos polêmicos e controvertidos da tutela provisória nas ações suspensas. Entre eles, o requisito negativo do risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão, segundo o qual, a tutela de urgência não será concedida se

houver risco de irreversibilidade dos efeitos; além da questão da estabilização da tutela antecipada e a ampla discricionariedade conferida ao magistrado do juízo em que tramita a ação suspensa para análise das questões urgentes.

Consoante se viu, embora o legislador tenha agido com irretocável acerto na previsão de cabimento da tutela de urgência nas demandas sobrestadas pelo rito do IRDR, é certo que tal previsão trouxe certa insegurança para parte dos magistrados, que receosos sobre qual será a tese estabelecida no incidente deixam de conceder a tutela, mesmo nos casos mais urgentes, como ocorre com as que versam sobre saúde.

De um lado, o IRDR permite o amplo debate da tese jurídica para solucionar a controvérsia acerca da mesma questão com o fim de alcançar a uniformidade. Por outro viés, entretanto, é razoável que o jurisdicionado seja obrigado a suportar o ônus da demora no julgamento? De que adiantará a tese ser estabelecida em seu favor ao final do julgamento do incidente, se não estiver vivo para ver seu direito protegido?

A tutela de urgência foi concebida justamente com fim de evitar que o direito seja lesado, toda vez que estiver ameaçado, porque a demora do processo favorece aquele que não tem direito. Talvez seja esse o motivo pelo qual o legislador processualista atribuiu tanta discricionariedade aos magistrados para decidir pela concessão ou não no juízo de origem das ações suspensas.

A temática, entretanto, como se vê não navega em águas calmas e a presente pesquisa teve por escopo enriquecer o debate, não pretendendo de modo algum esgotar o tão novel tema.

Forçoso concluir, portanto, que a possibilidade de concessão da tutela de urgência nas ações suspensas em razão de IRDR, milita em favor do jurisdicionado que para ver a controvérsia jurídica solucionada não precisa, nas questões urgentes, aguardar o deslinde do IRDR, seja nos casos patrimoniais, em que lesando o consumidor, as empresas continuam lucrando até o final do feito, e principalmente nos casos que envolvem direito à saúde, em que o bem da vida é a própria vida.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos. **Inconstitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. São Paulo: RT, Revista de Processo, n. 240, 2015.

ABREU, Bianca Veloso de Lacerda Abreu. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil como valorizador dos princípios constitucionais**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Trabalho de Conclusão. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/BiancaVelosodeLacerdaAbreu.pdf>. Acesso em abr/2018.

ALVIM, Teresa Arruda. **Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial**. Revista de processo, n. 7. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, outubro/2011.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”**. Revista de processo, n. 196. São Paulo. Ed. Revista dos tribunais, junho, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARRAIS, Francisco Ricardo de Moraes. **Incidente de resolução de demandas repetitivas à luz da razoável duração do processo**. Marília: UNIMAR, São Paulo, 2017.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **IRDR: causa-piloto ou procedimento modelo?** In: JotaInfo, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/irdr-causa-piloto-ou-procedimento-modelo-30032017>>. Acesso em out.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em set.2018.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7ª ed. Senado, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em set. 2018.

_____, **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em out.2018.

_____, Senado Federal. **Comissão de juristas Novo CPC**. Dez/2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/Carilha1aFase.pdf>>. Acesso em jun.2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **RE 566622/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data de julgamento: 23/02/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566622%2E+OU+566622%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mxkjg5t>>. Acesso em jan.2019.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.657.156/RJ** Tema Repetitivo 106. Relator: Benedito Gonçalves; Órgão Julgador: Primeira Seção; Data do Julgamento: 25/04/2018; Data de Publicação: 04/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76923856&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (Minas Gerais). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.15.041723-3/001**, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/10/2016, publicação da súmula em 13/10/2016. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=98B8A1192D0502A5D5629496E019EC23.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.15.041723-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (Minas Gerais). **IRDR n. 19. Paradigma 1.0105.16.000562-2/001**. Relator: Des. Amauri Pinto Ferreira. DJ: 13/06/2018. Disponível em: <<http://rupe.tjmg.jus.br/rupe/justica/publico/bnpr/consultarIrdrlacAdmitidos.rupe>>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 2014307-95.2018.8.26.0000**; Relator (a): Antonio Tadeu Ottoni; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/09/2018. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625932446/agravo-de-instrumento-ai-20143079520188260000-sp-2014307-9520188260000/inteiro-teor-625932446>>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 2023656-25.2018.8.26.0000**, Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data de Julgamento: 17/07/2018. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/602067761/20236562520188260000-sp-2023656-2520188260000/inteiro-teor-602067808>>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 2232033-98.2018.8.26.0000**; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/01/2019. In: JusBrasil. Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/663856740/agravo-de-instrumento-ai-22320339820188260000-sp-2232033-9820188260000/inteiro-teor-663856759>>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (São Paulo). **Agravo de Instrumento 3001579-39.2017.8.26.0000**; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/05/2018. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/575456752/30015793920178260000-sp-3001579-3920178260000>>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (São Paulo). **Tema 09 – IRDR – ICMS – Energia – TUSD – TUST, IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000**; Relator: Des. Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Turma Especial – Público; Data de admissão: 04/08/2017. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Nugep/IrdR/DetalheTema?codigoNoticia=51213&pagina=1>>. Acesso em jan.2019.

_____, Tribunal de Justiça (Santa Catarina). **Acórdão IRDR 0302355-11.2014.8.24.0054 (Acórdão)**; Relator: Ronei Danielli; Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público; Data do Julgamento: 09/11/2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em jan.2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil, inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei 13.256, de 4-2-2016**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007.

_____; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. **Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Vol. 243, mai/2015, p. 333-362, versão digital.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Novo código de processo civil: anotado e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo**. Revista de Processo. Vol. 206, São Paulo: RT, 2012, p. 79-122.

CASTRO BISNETTO, Lauro Simões de. **O precedente no *common law* e os provimentos vinculantes brasileiros: distinções entre o que se mostra e que parece ser**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7086/1/Lauro%20Simoes%20de%20Castro%20Bisnetto.pdf>>. Acesso em jun.2018.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador. Editora Juspodivm, 2015.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de Processo, vol. 177, jan/mar 1995, versão digital.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul-dez/2009.

_____. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de processo, vol. 179, jan/2010, versão digital.

_____. **Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A proibição do retrocesso e o efeito cliquet dos direitos fundamentais**. In: Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em jul.2018.

DANTAS, Bruno. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...et al. (Coord.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DELGADO, Lucas, STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; BORGES, Davi Ferreira. **Sistema de Julgamento Concentrado de Demandas Repetitivas e Formação de Precedentes Judiciais: realidade e desafios**. Revista CNJ, Brasília, v. 2, 2017. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/1a983fee51953c3af037626665851772.pdf>. Acesso em jan.2019.

_____. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (Arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal**. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 17ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**/Fredie

Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____; ZANETI JR, Hermes. **Conceito de processo jurisdicional coletivo**. Revista de processo. Vol. 229, mar/14, versão digital.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I 6. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

FALCÃO, Joaquim. **III Relatório justiça em números**. Rio de Janeiro, FGV, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 16 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo)** – Coleção Saberes do direito; 34; coord. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital (*Ebook*).

GASTALDI, Suzana. **Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164>. Acesso em fev.2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil. Volume I: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**, 15 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOURENSINI, Deonisa Luiza Michelin. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil**. In: *Conteúdo jurídico*, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-no-novo-codigo-de-processo-civil,58260.html>>. Acesso em jun.2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demanda repetitiva e dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 249, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25ª ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 243, p. 283-331, mai/2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 245, p. 333-249, jul/2015.

MITIDIERO, Daniel. **A técnica antecipatória na perspectiva do Direito Comparado**. In: Lex Magister, Doutrina. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25738622_A_TECNICA_ANTECIPATORIA_NA_PERSPECTIVA_DO_DIREITO_COMPARADO.aspx>. Acesso em jan.2019.

MONFARDINI, Luciano Pasoti. **Aspectos polêmicos da tutela de urgência no novo CPC**. *Jornal Carta Forense*, edição 04/06/2018. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/aspectos-polemicos-da-tutela-de-urgencia-no-novo-cpc/18220>>. Acesso em jan.2019.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo, vol. 61, jan.1991.

_____, **Temas de Direito Processual: Oitava Série**. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

MOREIRA, Leonardo de Carvalho. **Incidente de resolução de demandas repetitivas. Incertezas e inconsistências**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 161, jun.2017. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19036
>. Acesso em jun.2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único – 9ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização**. In: Arruda Alvim, Teresa (org.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. NUNES, Dierle José Coelho. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. Revista Consultor Jurídico, versão digital.

_____; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Suspensão integral de processos em recursos repetitivos preocupa**. Revista Consultor Jurídico (ConJur), edição 31 de maio de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/opiniao-suspensao-integral-processos-repetitivos-preocupa>>. Acesso em jan.2019.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. **Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo código de processo civil: o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Tese de doutorado, São Paulo, março/2015. Disponível em: <
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-143212/pt-br.php> >. Acesso em out. 2018.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo código de processo civil**. In: RIL Brasília a. 53, n. 210, abr./jun.2016, p. 63-80.

ORTEGA, Flávia Teixeira Ortega. **NCPC – Entenda o incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: JusBrasil, publicado em fev/2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/490644453/ncpc-entenda-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr>>. Acesso em nov.2018.

PIMENTEL, Guilherme Gomes e VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito**, in RDC nº 86, Nov.Dez/2013.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR: o procedimento padrão tupiniquim e suas peculiaridades (breves reflexões)**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 185-208, out/dez. 2015.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada**. Revista Eletrônica de Direito Processual, V. III, jan./jun. 2009. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20849>. Acesso em out.2018.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas – casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. **Ações coletivas, IRDR e recursos repetitivos. Qual o espaço destinado a cada um?** In. JotalInfo, publicado em 23/07/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/acoes-coletivas-irdr-e-recursos-repetitivos-23072018>>. Acesso em out.2018.

SOUZA, Artur César de. **Resolução de Demandas Repetitivas, Comunicação de Demanda Individual e Incidente de resolução de Demandas Repetitivas, Recursos Repetitivos**. São Paulo: Almedina, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Direitos Individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015**. Revista de Processo, vol. 241, mar/2015, p. 337-358. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/90121>>. Acesso em set.2018.

TELES, Filipe Ewerton Ribeiro. **Dimensão atual dos direitos difusos na Constituição Federal**. In: JusNavigandi, Publicado em 07/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59098/dimensao-atual-dos-direitos-difusos-na-constituicao-federal/1>>. Acesso em nov.2018.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. v III. 49ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 64, 1995.