

## GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS

ALCONCHEL, Gilmar Micael dos Santos<sup>1</sup>  
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando<sup>2</sup>

### RESUMO:

No presente artigo, de forma objetiva, serão apresentados os elementos que legitimam a decisão proferida em sede de Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR), em específico, o princípio do contraditório e sua importância no âmbito da fixação da tese no referido incidente. Para tanto, inicialmente, será analisado as inspirações do Código de Processo Civil para criação IRDR. Em seguida, será estudado, em seu viés histórico, o princípio do contraditório no âmbito das Constituições. Precipuamente, será analisado o exercício do contraditório no IRDR, assim como sua instauração, legitimados para instaurá-lo e o julgamento. Serão ainda apontados os posicionamentos doutrinários críticos e favoráveis sobre a constitucionalidade do IRDR. A relevância do assunto estudado situa-se, essencialmente, no campo da segurança jurídica, visto que ainda há divergências doutrinárias quanto a constitucionalidade do IRDR.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio do contraditório, Perspectiva histórica, Constitucionalidade.

## CONTRADICTION PRINCIPLE IN INCIDENT OF REPETITIVE CLAIMS RESOLUTION (IRDR)

### ABSTRACT:

Objectively, in this article the elements that will be presented legitimize the decision rendered in the Incident of Repetitive Claims Resolution (IRDR), in particular, the contradiction principle and its importance in setting the thesis in referred incident. To do so, it will initially be analyzed the inspirations of the Civil Procedure Code for the IRDR creation. Then, the principle of contradiction in the context of the Constitutions will be studied historically. Paramount, the exercise of the contradiction in the IRDR will be analyzed as well as its establishment, legitimized to establish it and the trial. It will also be pointed out the critical and favorable doctrinal positions on the constitutionality of IRDR. The relevance of the subject studied is essentially in the field of legal security, since there are still doctrinal differences as to the constitutionality of the IRDR.

**KEYWORDS:** Contradiction principle, Historical perspective, Constitutionality.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas. O tema, por sua vez, trata a respeito do princípio do contraditório como legitimador da decisão proferida no referido incidente.

Inicialmente, o IRDR, projetado no ordenamento jurídico brasileiro, teve sua inspiração no Direito alemão. A iniciativa dos alemães em criar um procedimento, capaz de decidir inúmeras

<sup>1</sup>Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz - FAG, gmsalconchel@gmail.com.

<sup>2</sup>Professor Orientador, lucasoliveira@fag.edu.br.

questões através do julgamento de um procedimento-modelo (*Musterverfahren*), se deu em virtude da parcela elevada de objeções contra projetos estatais nas décadas de 1960 a 1980.

No Brasil, com o desenvolvimento do processo civil moderno e o crescimento em massa da sociedade, houve a evolução da visão individualista para interesses coletivos, surgindo, então, os interesses individuais homogêneos.

Considerando que as ações coletivas, na época referida, não eram suficientes para atender as indiferenciações dos indivíduos, em razão da margem de heterogeneidade, observou-se a necessidade da criação de um instituto capaz de proporcionar tratamento semelhante aos casos iguais, através de julgamento de um caso-modelo (caso paradigma), o chamado IRDR.

O IRDR tem sua previsão no artigo 973 e seguintes do Código de Processo Civil. Assim, uma vez instaurado o IRDR, a questão jurídica julgada passará a vincular todos os outros casos afetados.

Entretanto, embora o IRDR seja um mecanismo de otimização do poder judiciário e eficaz para resoluções de conflitos em massa, deve-se atentar aos posicionamentos críticos e favoráveis quanto a legitimação da decisão do IRDR.

Em outras palavras, o presente artigo debruça-se sobre os estudos a respeito da influência que o princípio do contraditório possui sobre a decisão proferida em sede IRDR, bem como, aponta quais os principais efeitos diante da inobservância do referido princípio.

Diante disso, observa-se que o tema em questão é de grande relevância para a comunidade científica, não só porque é polêmico, vez que trata-se de decisões, objetivando solucionar uma grande parcela de provimentos jurisdicionais, mas também, a partir do desenvolvimento da hipótese sobre o tema neste trabalho, entende-se que haverá contribuição para a discussão sobre como o princípio do contraditório é essencial para legitimar a decisão do IRDR.

Os meios metodológicos, por sua vez, empregados ao longo do artigo serão: pesquisas bibliográficas, pesquisas jurisprudenciais, pesquisas em leis e também pesquisas de artigos jurídicos.

O presente estudo, tem como o objeto geral a identificação do que legitima as decisões proferidas em sede de IRDR.

Ademais, destacam-se os seguintes objetivos específicos: localizar e analisar as inspirações do Código de Processo Civil que deram ensejo na criação do IRDR; refletir sobre a perspectiva histórica do princípio do contraditório no âmbito das Constituições; elencar os principais elementos que materializam o efetivo contraditório no IRDR; estudar o princípio do contraditório como

ferramenta essencial à legitimação das decisões proferidas em sede de IRDR; indicar, brevemente, as distinções das decisões proferidas em sede de IRDR e precedentes; expor os pensamentos de doutrinadores, ministros e estudiosos acerca do assunto.

## 2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS

### 2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR), teve sua inspiração no Direito Comparado e se desenvolveu no Direito Brasileiro, para atender às necessidades da sociedade que migrou do pensamento individualista, para uma sociedade com interesses coletivos (MENDES e TEMER, 2015).

Inicialmente, em virtude do número elevado de objeções contra projetos estatais na Alemanha entre as décadas de 1960 a 1980, entendeu ao Tribunal Administrativo de Munique selecionar 30 casos representativos (modelo) da controvérsia, suspendendo os demais casos repetitivos até os julgamentos destes procedimentos modelos (*Musterverfahren*), cuja decisão vincularia todos os processos pendentes (MENDES e TEMER, 2015).

A referida iniciativa resultou em uma grande inovação no meio jurídico alemão, uma vez que na década de 1960 a 1980 houve um número elevado de objeções à projetos estatais e instalação ou expansão de aeroportos, pois não havia previsão de mecanismo de julgamento em massa no Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*). Embora a controvérsia não estivesse regulada, em 1980 a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu pela constitucionalidade do julgamento do *Musterverfahren* e, conseqüentemente, o legislador alemão incorporou o mesmo no *Verwaltungsgerichtsordnung*, em 1991, com previsão no parágrafo 93a. (MENDES e TEMER, 2015).

Em 2005, os alemães criaram uma nova versão do *Musterverfahren*, em que o mecanismo passou a ser aplicado também nas causas previdenciária (MENDES e TEMER, 2015).

Nesse sentido, aponta-se os estudos de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer (2015, p. 03), nos quais os procedimentos-modelo alemães “foram desenvolvidos para que, num cenário de inúmeras ações homogêneas, a partir do julgamento de um caso piloto – com questões

fáticas ou jurídicas comuns aos demais processos – fosse firmado entendimento extensível aos demais casos”.

Para instauração do *Musterverfahren*, é necessário atender os seguintes procedimentos:

- i) o requerimento de instalação do incidente pelas partes perante o juízo de origem (*Prozessgericht*), apontando os pontos litigiosos (*Streitpunkte*); ii) juízo de admissibilidade; iii) se admitido, a publicação em um cadastro eletrônico gratuito e público (*Klageregister*); iv) a decisão (*Vorlagebeschluss*) do juízo de origem sobre o requerimento de instauração do procedimento-modelo provocando um tribunal hierarquicamente superior; v) proferida a decisão que instaurou o procedimento, atentar o juízo para o conteúdo que a lei determina (CABRAL, 2007, p. 05-07).

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante compreender que o processo civil moderno se desenvolveu em uma época em que a visão de mundo individualista prevalecia e, somente com o crescimento da grande massa da sociedade, houve a coletivização desses interesses. Surge, então, os interesses individuais homogêneos, assim previstos no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tendo como principais características: “a despersonalização do indivíduo, forçado pela própria sociedade a ser igual a todos os demais. É o fenômeno da indiferenciação dos indivíduos” (CÂMARA, 2017, p. 410).

Embora o Direito brasileiro admitisse o ajuizamento de demandas coletivas a fim de alcançar todos os titulares de interesses individuais homogêneos, os processos coletivos não eram suficientes para atender estes interesses homogêneos, isso porque, nos casos em que os interesses individuais homogêneos são tratados, além do núcleo que os une, observa-se uma margem de heterogeneidade que os afasta, Assim sendo, nota-se:

Veja-se, então, que existe, entre interesses individuais homogêneos, um núcleo de homogeneidade: o *an debeatur* (a própria existência das relações obrigacionais idênticas); o *quis debeatur* (o devedor, que é sempre comum em todas essas relações) e o *quid debeatur* (o objeto da obrigação, que é sempre igual em todas as relações obrigacionais homogêneas). Há, porém, inevitavelmente uma margem de heterogeneidade: o *cui debeatur* (o credor, que varia de uma relação obrigacional para outra) e o *quantum debeatur* (a quantidade devida ao credor pelo devedor, já que cada titular de interesse individual faz jus a receber um valor que lhe é pessoalmente devido, e não se confunde com os valores devidos a outros credores). (CÂMARA, 2017, p. 411)

Justamente em virtude da margem de heterogeneidade, os processos coletivos não funcionavam corretamente como mecanismo de proteção aos interesses individuais homogêneos, criando-se, assim, o Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR), tendo como

principal objetivo proferir decisões que seriam aplicados a todos os casos pendentes repetitivos, por meio de julgamento de um caso-modelo.

Portanto, o principal objetivo do IRDR é assegurar uma segurança jurídica nas decisões, assim entende Cássio Scarpinella Bueno:

O dispositivo evidencia que o objetivo do novel instituto é o de obter decisões iguais para casos (predominantemente) iguais. Não é por acaso, aliás, que o incidente é considerado, pelo inciso I do art. 928, como hipótese de julgamento de casos repetitivos. O incidente, destarte, é vocacionado a desempenhar, na tutela daqueles princípios, da isonomia e da segurança jurídica, papel próximo (e complementar) ao dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 928, II). Não é por acaso, também, o destaque que a ele dá o inciso III do art. 927, que dispensa a menção aos diversos casos em que, naquele contexto, o incidente é referido ao longo de todo o CPC de 2015. (BUENO, 2016, p. 637)

Dessa forma, o Código de Processo Civil busca garantir a segurança jurídica e celeridade processual através da criação de um instituto capaz de criar decisões vinculantes aos casos repetitivos por meio do julgamento de um caso-modelo.

## 2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA E NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

Inicialmente, o princípio do contraditório e da ampla defesa nem sempre tiveram sua aplicação em todos os ramos do direito, como ocorre na Carta Magna de 1988.

Ao contrário das constituições anteriores, o contraditório e ampla defesa eram restritamente aplicados à instrução criminal, não abarcando, por exemplo, os processos administrativos (DANTAS, 2015).

Além disso, o referido princípio, passou por várias alterações em sua redação, é o que se pode observar nas constituições de 1934 (art. 13, inciso 24), 1937 (art. 22, inciso 11, segunda parte) e 1946 (art. 141, § 25). Não obstante, somente após o segundo substitutivo da Comissão de Sistematização (REF.: P-006-15-00-x), é que a atual redação foi introduzida na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso LV (OLIVEIRA, 2013), *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ademais, embora semelhante, mas com aplicação mais ampla na concepção atual, a origem do conceito tradicional do princípio do contraditório foi abordada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1937), trazendo a ideia de concepção formal do processo, na qual o Juiz assume uma

posição essencialmente passiva, sendo o contraditório uma ciência bilateral, fundamentando-se nos elementos informação e possibilidade de reação (OLIVEIRA, 2013).

Apesar do conceito tradicional se fundamentar nos elementos informação e possibilidade de reação, não é possível extrair do conceito a exigência de que toda matéria objeto de decisão será submetida ao contraditório (OLIVEIRA, 2013).

A esse propósito, a atual concepção do princípio do contraditório não se restringiu somente a informação e possibilidade de reação (como era no conceito tradicional), mas é responsável por intensificar a participação das partes no desenvolvimento e resultado do processo, tanto ativamente quanto passivamente, garantindo a forma mais paritária possível, bem como, a possibilidade de pronunciamentos em matéria fática ou de puro direito, pressupostos processuais e em qualquer fase do processo (OLIVEIRA, 2013).

Portanto, compreende-se que o referido princípio visa garantir a possibilidade de a parte se pronunciar sobre todas as alegações ou documentos trazidos ao processo.

Além disso, a ampliação do conceito tradicional para o então introduzido na CF/88, teve sua origem em duas vertentes. A primeira fomenta que o processo terá, somente, sua formação perfectibilizada quando observado o contraditório, ou seja, a efetiva participação da parte para a formação do processo. A segunda vertente, exige a simétrica paridade de quem exerça, oportunizando que ambas as partes se manifestem sobre a matéria de fato e de direito (OLIVEIRA, 2013).

Nesse sentido, como bem apontado por Carlos Alberto Alvaro Oliveira (2013), a inobservância da participação da parte no processo afastaria o diálogo, tornando-se o processo monólogo, afrontando o direito fundamental aqui discutido.

Nessa perspectiva, destaca-se o autor, visto que o princípio da cooperação foi essencial para intensificar o diálogo processual. Desta forma, todas as partes e os demais interessados no processo, devem conduzir o mesmo de maneira cooperativa, com lealdade e boa-fé, de modo a levar ao crivo do judiciário toda matéria pertinente a relação processual (OLIVEIRA, 2013).

Portanto, o princípio do contraditório não se restringe, somente, a informação do atos processuais e a possibilidade de contraditá-los (ciência bilateral), mas compreende todo material jurídico, assim entendido como: “[...] tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios de prova, participação na produção de prova, manifestação sobre a prova produzida).” (OLIVEIRA, 2013, p. 433).

Consequentemente, houve a ampliação do acesso ao judiciário, pois, a CF/1988 não só permite o ingresso em juízo para salvaguardar direitos lesionados à ameaça de direito, como também é garantido a plenitude de defesa (OLIVEIRA, 2013).

Outrossim, analisando a extensão do contraditório propriamente dita, José Afonso da Silva (2005) aborda o tema no tópico “princípio da proteção jurídica”, consagrando o referido princípio como uma garantia da plenitude da defesa.

Por sua vez, Mendes e Branco (2018), afirmam que a Constituição Federal de 1988 ampliou o direito de defesa, na medida em que torna-se possível exercê-lo em processos judiciais e administrativos. Além disso, os autores reforçam que o direito ao contraditório não se resume simplesmente na possibilidade de manifestação no processo, mas, trata-se de uma pretensão à tutela jurídica, que corresponde o direito de manifestação e direito de ver seus argumentos considerados.

Para Alexandre de Moraes (2016), o devido processo legal garante duas proteções, a material e formal. A primeira, atua na proteção ao direito de liberdade do indivíduo, enquanto a segunda garante a paridade perante o Estado-persecutor e a plenitude de defesa.

Para além disso, o mesmo autor entende que o devido processo legal tem como corolários o contraditório e a ampla defesa, de modo que o contraditório é a exteriorização da ampla defesa, o qual é responsável por garantir aos cidadãos a possibilidade de trazer ao processo elementos que visam esclarecer a verdade (MORAES, 2016).

Fredie Didier (2017), de outro modo, extrai do princípio do contraditório duas dimensões, sendo elas: formal e substancial. A primeira, consubstancia-se na possibilidade de a parte participar do processo, bem como dialogar e ser ouvida. Já a segunda, traz a ideia de “poder de influência”, de modo que a simples participação da parte não é o suficiente para efetivação do contraditório, mas, é imprescindível que a mesma influencie no conteúdo das decisões, evitando, assim, decisões surpresas.

Dinamarco e Lopes (2016), acrescentam que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento, exercendo assim, o próprio contraditório, bem como, franquear os meios instituídos por lei para participação dos litigantes.

Nesse sentido, a garantia do contraditório impõe ao juiz, imperativamente, a função de direção, de prova e de diálogo, a fim de zelar pelo efetivo contraditório e assegurar que não será proferida decisões surpresas (DINAMARCO e LOPES, 2016).

Por fim, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) complementam refletindo que, embora o diálogo processual seja essencial ao exercício do contraditório, o mesmo também deve observar

algumas restrições, quando necessário, para garantir a tutela jurisdicional decorrente do direito material. Ou seja, restringe-se a “discussão”, na hipótese em que esta objetiva tão somente protelar o processo, através de questões múltiplas e sem conexão com a tutela jurisdicional realmente pretendida, impedindo o cumprimento da missão diante do direito material.

### 2.3 O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS

De acordo com Bedaque (2006), o direito processual passou a ser estudado cientificamente a partir da polêmica iniciada em 1856, entre Windscheid e Muther, bem como a partir da obra de Von Bülow, por volta de 1868. Nessa fase, encerrou-se a ideia de que o processo era mero apêndice do direito material, debruçando-se os estudos em um direito autonomista, marcado pela ideia separatista. Assim, o direito material passou a assumir um plano inferior, uma vez que a técnica passou a ter um valor quase absoluto, logo, a observância das regras processuais era mais importante do que a solução da questão substancial.

O grande mérito dos estudos de Bülow, que romperam com as concepções privatísticas do processo, foi a sistematização da relação jurídica processual (MACHADO, 2016).

Bülow (2005), defende que há a existência de uma relação jurídica processual de direito público, que se estabelece entre as partes, e, o Estado-juiz, diferentemente do direito material. Para o autor, a relação jurídica processual é progressiva e dinâmica, pois, se desenvolve gradualmente, o que se distingue do direito material, já que este é perfeito e acabado desde o seu surgimento, assim como, pelos seus sujeitos - compreendidos pelo autor, réu e o Estado-juiz - e pelo seu objeto, compreendido pela prestação jurisdicional e pelos seus pressupostos.

Machado (2016) faz apontamentos críticos sobre a teoria de Bülow, pois, levando em consideração o Estado Democrático de Direito, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, a referida teoria caracteriza-se por um vínculo de subordinação e poder de sujeição, não havendo a ideia de participação das partes para a legitimação da tutela jurisdicional.

Na mesma linha, Dinamarco (2002) critica a teoria de relação jurídica processual, pois, o autor entende que esta teoria objetiva a pura sequência de atos, sem um vínculo de direito entre os sujeitos.

Além disso, a teoria da relação jurídica desenvolvida por Bülow foi alvo de crítica de alguns doutrinadores, os quais contribuíram, significativamente, para o desenvolvimento da

comparticipação processual. Embora a referida teoria seja adotada no Brasil, inclusive sendo objeto de inspiração do Código de Buzaid de 1973, recebeu críticas de Aroldo Plínio Gonçalves, que por sua vez era defensor da teoria de Fazzalari (MACHADO, 2016).

A teoria do italiano Elio Fazzalari foi desenvolvida em 1978, contribuindo, substancialmente, para as constituições democráticas, inclusive, na essência do direito processual (MACHADO, 2016).

Para Fazzalari, o processo é, na verdade, uma espécie de procedimento, fundamentando-se na ideia de que as partes devem participar efetivamente em posição de simétrica paridade (MACHADO, 2016).

Diferentemente da teoria de Bülow (relação jurídica), na teoria de Fazzalari, não há um vínculo de sujeição e submissão dos sujeitos envolvidos, mas sim uma visão de contraditório como elemento estruturante do processo (MACHADO, 2016).

Nessa perspectiva, Fazzalari considera o procedimento como sendo uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, que serão desenvolvidos até o provimento final, precedente de uma norma, validando-se pelos atos que compõe o procedimento. Por sua vez, em relação ao provimento, constitui-se através da conclusão do procedimento, observando as atividades preparatórios definidas por lei (procedimento) (MACHADO, 2016).

Nas lições de Fazzalari (2006, p. 118-119), “o processo é um procedimento do qual participam aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

Portanto, conclui-se que, a teoria da relação jurídica vincula os sujeitos do processo ao controle do juiz (subordinação), o qual possui amplos poderes ao ponto de substituir a vontade das partes, distanciando, assim, o princípio democrático da efetiva participação das partes em igualdade (visão discursiva e participativa), fundamental à definição do contraditório dinâmico (MACHADO, 2016).

Compreendido as importantes contribuições das teorias de Bülow e Fazzalari, especialmente a teoria deste último autor que trouxe a ideia de participação como legitimador do provimento jurisdicional, passa-se aos estudos do contraditório contemporâneo, sob a visão do Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito, em que pese os representantes do Poder Judiciário não serem escolhidos pelo povo, a legitimidade dos mesmos se dá em virtude da fundamentação da decisão construída a partir do discurso racional participativo no processo (MACHADO, 2016).

Portanto, a democracia deve se desenvolver a partir da efetiva participação das partes no processo de modo a valorizar a argumentação jurídica e à aplicação do que é correto, válido ou devido (MACHADO, 2016).

Com mesmo raciocínio Robert Alexy (2007), investiga a legitimidade das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista que os representantes do referido órgão não são eleitos pelo povo como prevê o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal (“todo poder emana do povo”), de modo que torna-se questionável a aceitação das decisões dos juízes pela sociedade. O autor entende que a única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia é através da representação argumentativa, exercida por uma representação ideal, que se dá no plano discursivo, ou seja, a representação argumentativa se dá através das escolhas no campo da aplicação do direito.

Nesse ponto verifica-se a harmonização do contraditório substancial e a fundamentação das decisões judiciais, tendo como base a construção participativa do provimento jurisdicional (MACHADO, 2016).

Outro não pode ser o entendimento em relação ao IRDR e precedentes judiciais, sob pena de prejudicar o direito individual das partes que não tiveram a oportunidade de participar, efetivamente, ou serem representadas para se manifestarem no incidente (MACHADO, 2016).

Ainda, segundo o autor, essa visão substancial ou dinâmica do contraditório e sua aplicação no IRDR, não só qualifica as partes a participarem no processo, mas também aos magistrados atuarem na condição de ator processual ativo com a condução do processo de forma democrática e participativa (MACHADO, 2016).

Ademais, sob outra ótica, o direito de ampla participação gera limites ao poder do juiz, uma vez que, ao julgador, é incumbido o dever de debate, inclusive, nos casos em que seja possível sua atuação de ofício (ZANETI JÚNIOR, 2006).

Assim sendo, caracteriza-se ofensa, ao caráter dialético e democrático do processo, tudo o que o juiz decidir fora do debate travado pelas partes, entendido pelo princípio da não surpresa (MACHADO, 2016).

Do mesmo modo, deve ser entendido a fundamentação da decisão judicial, isto porque a mesma deve demonstrar que foram analisados todos os conteúdos do debate travado no processo, bem como todas as questões foram devidamente apreciadas:

[...] a fundamentação deve ser qualificada e analítica para legitimar a representatividade outorgada ao Poder Judiciário pelo Estado Democrático de Direito e consagrar o modelo constitucional de processo, pois impede o arbítrio e concretiza a garantia fundamental do contraditório substancial. (MACHADO, 2016, p. 208)

Isso significa que, inclusive os tribunais superiores (responsáveis pelo julgamento do IRDR), devem observar os elementos essenciais da sentença ou acórdão dispostos nos § 1º e § 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade do julgamento. Nas lições de Machado (2016, p. 135):

[...] o acórdão proferido no julgamento do IRDR não poderá invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; não poderá se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; não poderá, ainda, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim sendo, observa-se que a efetiva participação das partes e os julgados devidamente fundamentados, são elementos fundamentais para o exercício do contraditório, tanto na construção de um precedente, quanto na decisão que julga o IRDR.

Eduardo Cambi (2015), entretanto, ressalta uma cisão do julgamento no IRDR, composta por uma decisão objetiva e subjetiva complexa. Portanto, enquanto um órgão julga todas as teses comuns do incidente, outra julga o processo originário, com todas as suas especificidades, inclusive, observando a decisão proferida no incidente, de modo a não causar prejuízos às garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa.

O autor destaca, que o Código de Processo Civil garantiu aos interessados o respeito ao contraditório e ampla defesa antes e depois de a tese jurídica ser definida por meio de incidente, isso porque, antes da formação da tese jurídica e por determinação do relator, é oportunizado as partes de cada processo repetitivo, demais pessoas interessadas, órgão e entidades com interesse na controvérsia se manifestar, no prazo de quinze dias, bem como, juntar documentos e requerer diligências necessárias para elucidação de questão de direito controvertida, conforme disposição do artigo 983 do Código de Processo Civil (CAMBI, 2015).

Impende destacar que a parte interessada, a qual intervir no incidente, atuará na condição de assistente litisconsorcial (CAMBI, 2015).

Além disso, é possível a atuação do *amicus curiae*, podendo ser entidade pública ou privada, desde que possua interesse institucional e contribuir com a formação do incidente, aumentando a legitimação da jurisdição.

Considerando que, a decisão do incidente deve ser considerada paradigma dos casos futuros, a intervenção do *amicus curie* é essencial para o exercício do Estado Democrático de Direito, inclusive para o aumento da legitimação da jurisdição (CAMBI, 2015).

No artigo 984, inciso II, do Código de Processo Civil, possibilita, ao autor e réu do processo originário, o uso da palavra na sessão de julgamento (sustentação oral), assim como o Ministério Público e demais interessados habilitados no incidente.

O contraditório também poderá ser exercitado após a formação da tese jurídica central, através da análise dos juízes e/ou tribunais inferiores, cujo a aplicação dependerá do caso concreto (CAMBI, 2015).

Ainda, poderá ser exercido através da demonstração da alteração fática ou normativa, superando assim, a tese firmada no julgamento do IRDR (CAMBI, 2015).

### 2.3.1 Algumas distinções entre incidentes de resoluções de demandas repetitivas e precedentes na visão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero.

Na busca pela otimização e agilidade no julgamento dos casos idênticos, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR), todavia, alguns doutrinadores entendem que houve uma certa restrição da possibilidade de participação dos litigantes na discussão das questões sujeitos aos tribunais e Cortes Supremas (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2019).

Diferentemente do precedente, as decisões oriundas do IRDR não objetivam orientar a sociedade ou formar soluções para casos futuros, mas, é uma “[...] técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes”. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2019, p. 608).

Partindo dessa premissa, a técnica de distinção aplicada ao precedente tem efeitos diferentes sobre o IRDR. Neste último, a técnica é utilizada apenas para diferenciar os casos que já foram resolvidos ou que estão submetidos ao incidente, enquanto no precedente, jamais se utilizaria a técnica para limitar ou ampliar o alcance do precedente nas questões não consideradas no momento de sua elaboração (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2019).

Some-se a isto, o fato de que os “casos futuros” não têm ligação com aqueles regulados pela mesma norma de direito, “mas constituem apenas os casos que, relacionados à questão já decidida,

são posteriormente apresentados ao Judiciário”, isto porque, de acordo com o Código, a decisão proferida em IRDR pode ser revista em “casos futuros” (CPC. Artigos 985, II e 986), enquanto no precedente, é possível sua revogação, uma vez que este sempre está sujeito a aplicação limitada ou extensiva. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2019, p. 609).

Portanto, não podemos confundir o precedente com a decisão resolutive do IRDR. O primeiro atribui sentido ao direito, enquanto o segundo impede a rediscussão de questão resolvidas nos casos idênticos.

### 2.3.2 Instauração do IRDR

Conforme abordado em tópico anterior, com a massificação de litígios idênticos, o Código de Processo Civil em seu livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais) Capítulo VIII, nos artigos 976 ao 987, codificou o IRDR, com o fito de evitar decisões antagônicas e garantir isonomia e segurança jurídica às decisões (CAMBI, 2015).

Nesse sentido, consoante *caput* do artigo 976 do Código de Processo Civil, poderá ser instaurado o incidente perante o tribunal quando constatado risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, em razão da efetiva repetição de processos que possuem questões idênticas de direito (THEODORO, MELLO e THEODORO, 2016).

Extraí-se do referido artigo, que ao mencionar “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” como requisito para instauração, pressupondo a existência de controvérsia, funcionando como um mecanismo preventivo para evitar decisões divergentes sobre a mesma controvérsia (NERY e ANDRADE, 2018)

Diferentemente do que constava no artigo 930 do PLS 166/2010, o artigo 976, inciso I, do Código de Processo Civil, exige efetiva repetição de processos para instauração do IRDR, logo, só será cabível quando efetivamente existir demandas repetitivas com mesma questão de direito e não mera potencialidade (MONTENEGRO, 2018).

Sobre o procedimento de instauração do IRDR, destaca-se os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, *in verbis*:

Enunciado 87. (art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a

mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

Enunciado 88. (art. 976; art. 928, parágrafo único) Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

Enunciado. 89. (art. 976) Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas. (Grupo: Recurso Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

Enunciado 90. (art. 976) É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

Ademais, o CPC assegurou a sobrevivência do IRDR nos casos em que houver desistência ou abandono pela parte, todavia, a tese fixada não poderá atingir as partes da ação em que houve desistência, consoante artigo 976, § 1º, do Código de Processo Civil (NERY e ANDRADE, 2018).

Ocorrente a hipótese de inadmissibilidade do incidente por falta de requisitos essenciais à instauração e julgamento do incidente, mas havendo o preenchimento dos referidos requisitos no curso do incidente, é possível nova instauração do incidente, consoante artigo 976, incisos I e II e § 3º (NERY e ANDRADE, 2018).

Afetado o tribunal por incidente o qual requer novamente sua instauração, com a mesma questão de direito, este será manifestamente incabível, funcionando o dispositivo como limitador de recursos repetitivos, conforme disposição do artigo 976, § 4º, do Código de Processo Civil (NERY e ANDRADE, 2018).

Tratando-se o tema de interesse público, será dado a mais ampla e específica divulgação e publicidade, através do registro no Conselho Nacional de Justiça, o qual é responsável por manter atualizado o sistema, devendo os tribunais obrigatoriamente comunicar o CNJ para incluir no sistema informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, consoante artigo 979, *caput* e § 1º do Código de Processo Civil (MONTENEGRO, 2018)

Para facilitar a identificação dos processos afetados pela decisão do incidente, exige-se que seja disponibilizado no banco de dados os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, devendo ser incluído também nesse sistema o julgamento de recursos

repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário, conforme artigo 979, § 2º, do Código de Processo Civil (NERY e ANDRADE, 2018).

Preenchido os requisitos (CPC, art. 976, incisos I e II), o incidente será submetido ao juízo de admissibilidade pelo órgão competente que promoverá seu julgamento (CPC, art. 981). O CPC não traz a possibilidade de recurso contra a decisão que inadmitiu a instauração do incidente, uma vez que isto não é necessário, pois, o incidente poderá novamente ser instaurado, mediante o preenchimento dos requisitos que anteriormente não foram observados (NERY e ANDRADE, 2018).

Admitido a instauração do incidente, automaticamente o relator suspenderá todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito que tramitam perante a jurisdição do tribunal, consoante artigo 982, inciso I, do Código de Processo Civil, abrangendo inclusive os juizados especiais no mesmo Estado ou região, consoante artigo 985, inciso I, do Código de Processo Civil (THEODORO, MELLO e THEODORO, 2016).

Determinada a suspensão, conforme artigo 982, § 1º, do Código de Processo Civil, os órgãos jurisdicionais competentes serão comunicados. Durante a suspensão, quanto ao pedido de tutela, o mesmo deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso, consoante artigo 982, § 2º, do Código de Processo Civil (THEODORO, MELLO e THEODORO, 2016).

Nery e Andrade (2018) entende que o prazo para comunicar os órgãos jurisdicionais competentes é improrrogável, uma vez que o incidente deve concluir seu julgamento no prazo máximo de um ano (CPC, art. 980), podendo causar prejuízos ao tempo do julgamento caso a comunicação não seja realizada de pronto.

Outro ponto que merece destaque é o artigo 982, § 2º, do Código de Processo Civil. Veja que o referido dispositivo é omissivo quanto a tutela de evidência. A doutrina entende compreensível a impossibilidade do pedido de tutela de evidência, isto porque, com a suspensão dos autos em virtude do incidente, não há meios de avaliar se houve abuso do direito de defesa (NERY e ANDRADE, 2018).

Além disso, no momento da admissão do incidente, o Ministério Público poderá requisitar informações aos órgãos onde tramita a ação originária do incidente para que respondam no prazo de quinze dias, intimando novamente o Ministério Público para que se manifesta em quinze dias sobre a resposta, consoante artigo 983, do Código de Processo Civil (CAMBI, 2015).

Por fim, destaca-se que não será necessário o recolhimento de custas processuais para instauração do incidente, consoante artigo 976, § 5º, do Código de Processo Civil. (NERY e ANDRADE, 2018).

### 2.3.3 Legitimados

Consoante ao artigo 977 do Código de Processo Civil, o pedido de instauração do IRDR poderá ser feito de ofício pelo juiz ou relator, pelas partes, Defensoria Pública ou Ministério Público através de petição (MONTENEGRO, 2018).

O referido pedido deverá ser acompanhado de documentos necessários ao preenchimento dos pressupostos para sua instauração (CPC, artigo 977, parágrafo único). Caso inadmissível, a instauração do incidente por ausência de pressupostos para sua admissibilidade, a qualquer tempo poderá ser suprido a omissão, podendo ser novamente suscitado (NERY e ANDRADE, 2016).

Cambi (2015) entende que o legitimado é aquele que pressupõe uma relação prévia entre o demandante e o objeto demandado, razão pela qual o legitimado para a instauração do IRDR deverá anexar documentos que demonstre a pertinência temática subjetiva.

Além disso, caso a parte opte pela não instauração do incidente, o Ministério Público poderá intervir e promover sua devida instauração, atuando, nessa situação, como custos legis, bem como, deverá assumir sua titularidade na hipótese de desistência ou abandono por parte do suscitante, consoante artigo 976, § 2º, do Código de Processo Civil (CAMBI, 2015).

Inerente ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais homogêneos, o mesmo poderá requerer a instauração do IRDR, desde que apresente um relevante interesse social (CAMBI, 2015).

Outra instituição capaz de requerer a instauração do incidente é a Defensoria Pública. A inclusão da referida instituição no rol do artigo 976 do Código de Processo Civil, amplia suas funções junto à sociedade (CAMBI, 2015).

Destaca-se, no entanto, que toda a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública em relação à instauração do incidente deve guardar relação com suas atribuições constitucionais, ou seja, incumbe a Defensoria Pública atuar quando da defesa dos hipossuficientes (CF, artigo 134), por outro lado, “caberá ao Ministério Público atuar quando da defesa da ordem jurídica, do regime

democrático e da existência de interesse social e individual indisponível relevante em discussão (art. 127 da CF/1988).” (CAMBI, 2015, p. 7).

Por fim, a inclusão dos relatores e, inclusive, juízes no rol de legitimados para requerer a instauração do incidente (CPC, artigo 977, inciso I), possibilita uma atuação preventiva, principalmente por parte do magistrado de primeiro grau, de antever uma situação concreta capaz de identificar temas repetitivos e promover a devida instauração para a discussão (CAMBI, 2015).

#### 2.3.4 Julgamento

Consoante a disposição dos artigos 978 e 980 do Código de Processo Civil, incumbe-se ao regimento interno do órgão indiciado o julgamento do IRDR. O referido julgamento deverá ocorrer no prazo de um ano, com preferência aos demais feitos, observando os casos de réu preso e pedido de habeas corpus (MONTENEGRO, 2018).

No parágrafo único do mesmo artigo, dispõe o legislador que, superado o prazo previsto no *caput*, cessará a suspensão dos processos previstos no artigo 982 do Código de Processo Civil, exceto decisão fundamentada do relator em sentido contrário (CAMBI, 2015).

Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer (2015), o prazo, fixado para o julgamento do IRDR, justifica-se em razão do princípio constitucional da razoável duração do processo, elencado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e artigo 4º do Código de Processo Civil. A desídia no referido julgamento, acarretaria prejuízos as partes, uma vez que tonaria inviável o julgamento deste.

No mesmo sentido, Eduardo Cambi (2015) entende ser razoável o prazo de um ano para o julgamento do IRDR.

Por fim, como bem apontado pelo autor, diferentemente do que previa o artigo 990, § 5.º, do PL 8.046/2010, o Código de Processo Civil de 2015 não prevê a possibilidade de prescrição da pretensão nas hipóteses de repetição da questão de direito, daí a importância de se observar o prazo máximo para julgamento.

#### 2.3.5 Crítica doutrinária sobre a possibilidade de proibição da rediscussão da decisão proferida em IRDR

Sobre a decisão tomada nos casos repetitivos, observa-se que há coisa julgada das questões dos casos pendentes, logo, torna-se indiscutível a questão que interessa a todos os litigantes do processo (CPC, artigo 503), e é aqui onde se encontra o problema, uma vez que a “decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de litigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um inusitado e ilegítimo *collateral estoppel*”. (MARINONI, 2015, p. 03 - 04).

Destaca-se, que o *collateral estoppel* foi um instituto criado no direito inglês e desenvolvido no direito estadunidense, tendo como principal objetivo preservar a autoridade da decisão. Assim, para melhor compreensão, o que se denomina como coisa julgada das questões no sistema *civil law*, é o que se entende como *collateral estoppel* no *common law* (MARINONI, 2015).

Embora a proibição de rediscussão era bastante consolidada no sistema *common law*, em meados do século XX, surgiu nos Estados Unidos a discussão sobre a possibilidade de terceiro estranho ao processo poder rediscutir a questão resolvida. O caso piloto sobre o tema, ocorreu no início dos anos 40, decidido pela Suprema Corte da Califórnia, tendo como partes do processo Bernhard v. *Bank of America National Trust* (MARINONI, 2015).

Entretanto, a possibilidade de terceiro invocar a proibição de rediscussão somente foi abordada por volta de 1971, no caso de *Blonder-Tongue Laboratories versus University of Illinois Foundation*, onde a *Foundation* processou a *Blonder-Tongue* por violação de patente, contudo, a Suprema Corte estadunidense declarou a proibição de a *Foundation* rediscutir a matéria, vez que a mesma já havia discutido a referida violação em outro processo o qual foi invalidada a patente, entendendo a corte que a mesma já teve “*full and fair opportunity*” de discuti-la na ação anterior, ainda que diante de outra parte (MARINONI, 2015).

Com isso, surgiu a ideia de *non-mutual collateral estoppel*, pensado em uma perspectiva defensiva onde terceiro poderia invocar a proibição de rediscutir determinada questão e, posteriormente, desenvolve-se o *offensive collateral estoppel*, possibilitando ao terceiro invocar a proibição da discussão para o fim de obter a mesma condenação da parte vencida em processo anterior (MARINONI, 2015).

A exemplo da configuração do *non-mutual collateral estoppel*, cita-se o próprio caso de *Blonder-Tongue*, vez que este fundamentou sua defesa sob o argumento de que a patente da *Foundation* já havia sido invalidada em processo anterior, portanto, não houve violação.

Por sua vez, o *offensive collateral estoppel*, por exemplo, elabora-se a hipótese de determinada empresa ter sido condenada a responsabilizar determinada pessoa por danos causados

pelos seus produtos. Neste caso, muito embora não exista participação de terceiro, do primeiro processo, este poderá invocar a proibição de rediscutir a questão a qual a empresa havia sido condenada, beneficiando-se também do resultado da condenação.

Cumprido destacar, que nos casos de *offensive collateral estoppel*, terceiros não poderiam ser prejudicados, apenas beneficiados, ou seja, utilizando-se ainda do exemplo anterior, ainda que a empresa tivesse decisão favorável em relação a responsabilização, era possível o terceiro demandar ação para rediscutir a questão, abrindo brechas para aqueles que buscavam decisões favoráveis, nesse sentido:

Quando alguém pode ser responsabilizado diante de muitos em virtude de uma decisão negativa, mas nenhuma vantagem tem em face dos demais ao obter uma decisão positiva, surge aos membros do grupo inúmeras chances - a dar origem a diversas estratégias - para a obtenção de decisão favorável, ao passo que aquele que pode ser responsabilizado assume uma pesada posição, considerando-se a necessidade de o procedimento e a técnica processual tratar as partes de modo equilibrado (MARINONI, 2015, p. 04).

Com efeito, uma das alternativas encontradas para equilibrar a parte que tem diversas ações ajuizadas contra si sem poder beneficiar-se do *offensive collateral estoppel*, é chamar todos os litigantes para participar da primeira ação proposta (MARINONI, 2015).

Portanto, observa-se que houve grande evolução no Direito Inglês ao que tange a participação dos litigantes em ações individuais homogêneas. Sob a perspectiva do sistema *common law*, os juristas ingleses criaram mecanismos “defensivos” e “ofensivos” que possibilitavam terceiros ou a parte participar das questões que não tiveram a chance de participar ou invocar a proibição da rediscussão. Estes mecanismos, mais especificamente o chamamento ao processo, é visto como uma alternativa para afastar a violação aos princípios do contraditório e devido processo legal.

## 2.4 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS CRÍTICOS

O Código de Processo Civil não prevê a participação de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes, apenas regula o pedido de instauração do IRDR, conforme se verifica no artigo 977 do Código de Processo Civil (MARINONI, 2015).

Dessa maneira, através do artigo supra, observa-se que o legislador não regulou a possibilidade de o ente legitimado tutelar os direitos dos litigantes, conferindo apenas ao Ministério

Público e ao Defensor Público a possibilidade de requerer a instauração do IRDR. Na verdade, conforme Marinoni (2015), o legislador preferiu otimizar a solução dos litígios ao invés de garantir o contraditório aos litigantes através dos entes legitimados.

Para Abboud e Cavalcanti (2015, p. 02-03), muito embora o IRDR seja um mecanismo eficaz de resoluções de litígios em massa, o mesmo guarda algumas inconstitucionalidades que devem ser corrigidas pelo legislador, são elas: i) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos poderes; ii) violação ao contraditório; iii) violação ao direito de ação; e iv) violação ao sistema de competências da Constituição.

Apesar do IRDR ter se inspirado no direito alemão, o primeiro não guardou nenhuma semelhança com o segundo, isso porque, ao contrário do IRDR projetado no ordenamento jurídico brasileiro, o procedimento-modelo elaborado pelos alemães além de ser muito restrito, é aplicado somente no mercado mobiliário, bem como, para sua instauração, exige-se ao menos outros nove requerimentos em um período de seis meses (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Inicialmente, ao mencionar que o IRDR viola a independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos poderes, significa que os juízes hierarquicamente inferiores só estão vinculados à decisão do órgão prolator quando o efeito vinculante está expressamente previsto na Constituição da República, tendo sua criação por meio de lei ordinária. Inclusive, o autor exemplifica que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrata pelo Superior Tribunal Federal, necessariamente precisa ter lei prevista na Constituição para que tenha efeitos vinculantes (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Quanto à ofensa ao contraditório, o autor afirma que o instituto alemão garante maior segurança jurídica, ao passo que, através de uma escolha/eleição dos representantes, utiliza-se de mecanismos de controle de representatividade do autor-principal no procedimento-modelo (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Por sua vez, conforme demonstrado, para instauração do IRDR basta que haja ações pendentes e que tenha uma repetição dessas ações na primeira instância, não havendo regulação que possibilite aos litigantes a representatividade, levando a crer que “infelizmente essa falta de controle tem sido a regra, estamos nos acostumando a apostar na discricionariedade dos Tribunais Superiores” (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015, p. 04).

A decisão proferida no IRDR, portanto, não pode retirar daquele que não participou o direito de discutir a questão, pois, se proibirmos a discussão da questão daqueles que não tiveram a devida

participação, seria o mesmo que proibir terceiros de discutir determinada decisão proferida em ação individual em que não participou (MARINONI, 2015).

Aliás, prevê o Código de Processo Civil, que uma decisão só pode prejudicar alguém que teve sua devida participação no processo, consoante artigos 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, IV, CPC (MARINONI, 2015).

Entretanto, o Código assinala que a decisão de mérito proferida no IRDR tem força vinculante, alcançando todos os processos repetitivos, sejam eles pendentes ou futuros, favoráveis ou desfavoráveis, violando, nesta última hipótese, os princípios do contraditório (CF. art. 5º, inciso LV) e devido processo legal (CF. art. 5º, inciso LIV) (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Ainda que seja possível a parte requerer a participação no IRDR, não é assegurado ao mesmo a possibilidade de um representante suficientemente qualificado para defender seus interesses e levar ao IRDR todas as teses jurídicas e questões debatidas nos processos repetitivos (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Além de não haver mecanismos de controle dos representantes para uma efetiva defesa dos interesses do litigante, o Código de Processo Civil não garante “que a causa-piloto pendente no tribunal seja a mais representativa da controvérsia, o que por si só pode deixar de fora da discussão diversas teses jurídicas importantes para o correto deslinde da demanda” (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015, p. 05).

Portanto, desde que verificado processos repetitivos que possuam a mesma controvérsia sobre a mesma questão, não há necessidade de uma análise minuciosa acerca da existência de homogeneidade nos processos pendentes e nos demais processos repetitivos a fim de verificar qual processo melhor representa a controvérsia, podendo qualquer legitimado requerer a instauração do IRDR (GRECO, 2012).

Assim, observa-se que é completamente possível aplicar a tese jurídica proferida, em decisão de IRDR, em casos futuros sobre os litigantes que não tiveram a devida participação e influência no julgamento coletivo, como também, nos casos pretéritos, onde:

[...] os tribunais superiores em nosso país têm manifestado uma nefasta má vontade em examinar a correção da aplicação dos seus julgamentos-piloto aos casos concretos pelos tribunais inferiores, como se, a partir dessas decisões de caráter geral, não mais lhes coubesse a responsabilidade de velar pela correta aplicação da Constituição de das leis. (GRECO, 2012, p. 26)

Percebe-se que o Código não garantiu que a causa-piloto pendente no tribunal fosse a mais representativa da controvérsia, o que acarreta na exclusão de diversas teses jurídicas essenciais para o correto deslinde da demanda (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Ao que concerne ao direito de ação, tem-se que a vinculação é absoluta, de modo que o regime jurídico do IRDR não permite à parte prosseguir com a ação isoladamente, uma vez que o Código de Processo Civil só autoriza quando a parte, fundamentadamente, comprove que sua situação fática ou questão jurídica é distinta do IRDR, ferindo, portanto, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Por fim, quanto a violação ao sistema de competências da Constituição, prevê o artigo 982, inciso I, do Código de Processo Civil, que a tese fixada no IRDR também será aplicado aos juizados especiais dos Estados ou regiões, contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os juízos especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, de modo que a imposição da suspensão ou tese fixada em IRDR aos juizados especiais violaria o texto constitucional (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Em sequência, Nery e Andrade (2018, p. 2216) entendem que a vinculação constitucional:

Sem autorização expressa da Constituição não pode haver decisão judicial que vincule outros órgãos do Poder Judiciário, bem como particulares. Segundo o sistema constitucional brasileiro, somente vinculam as decisões do STF em controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos (CF 102 § 2.º) e as súmulas vinculantes do mesmo STF (CF 103 caput). A inconstitucionalidade desse assento à brasileira está tratada nos comentários. CPC 976, acima, para os quais remetemos o leitor.

Nesse contexto, a decisão proferida no IRDR não deveria ser considerada precedente, uma vez que esta decisão não objetiva dar um sentido à ordem jurídica ou orientar a sociedade, nessa perspectiva:

Na verdade, o problema do incidente de resolução de demandas repetitivas está na falsa suposição de que a sua decisão é um mero precedente, que, assim, poderia se aplicar a todos os litigantes sem qualquer violação de direitos fundamentais processuais. Ocorre que resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica e, sobretudo, apenas tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes casos futuros que possam ser resolvidos pela mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi*. (MARINONI, 2015, p. 5).

Dessa forma, verifica-se que há violação ao contraditório, uma vez que o legislador não garantiu a tutela de direitos dos litigantes através de entes legitimados, bem como, há uma falsa

suposição de que a decisão oriunda do IRDR seja um mero precedente e possa ser aplicado a todos os litigantes sem violação a direitos fundamentais.

## 2.5 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS FAVORÁVEIS

Inicialmente, destaca-se os importantes estudos de Fredie Didier Jr. e Sofia Temer no que toca o procedimento organização do IRDR.

Segundo os autores, o regimento interno dos tribunais assume papéis fundamentais para regular a possibilidade de intervenção no incidente. Assim, cabe ao relator, respaldado no regimento interno, admitir sujeitos e definir poderes a serem praticados (DIDIER e TEMER, 2016).

Ainda quanto à admissão dos sujeitos, os autores afirmam que há uma espécie de filtro mínimo para sua admissão, uma vez que o sujeito deverá demonstrar seu interesse na formação do precedente, podendo ser comprovado através da demonstração de que a admissão do incidente suspendeu o seu processo (DIDIER e TEMER, 2016).

Quanto ao *amicus curiae*, o mesmo deverá demonstrar a capacidade e idoneidade para atuar na formação da tese jurídica (DIDIER e TEMER, 2016).

Outrossim, observa-se que o regimento interno dos tribunais preenche lacunas do Código de Processo Civil, principalmente no procedimento de participação do IRDR, garantindo às partes a oportunidade de participar do processo e exercer o contraditório, legitimando a referida decisão (DIDIER e TEMER, 2016).

Por fim, reforça-se a ideia de que é essencial a publicidade do procedimento do IRDR, cadastrando em meios eletrônicos, oportunizando assim, o engajamento no debate (DIDIER e TEMER, 2016).

Assim, através dos estudos dos autores acima citados, pode-se notar que, muito embora o Código de Processo Civil seja omissivo em alguns pontos sobre a participação dos sujeitos, a regulamentação poderá ser suprida pelo regimento interno dos tribunais superiores, os quais, segundo os autores, fixam diretrizes para a participação no incidente e o debate que precede a fixação da tese (DIDIER e TEMER, 2016).

Ademais, importantes foram os estudos realizados por Humberto Theodoro Júnior (2016), especificamente sobre a constitucionalidade do IRDR, que inclusive criticou o estudo de Marinoni anteriormente abordado.

Theodoro (2016), afirma que Marinoni entende ser necessário a presença de um legitimado para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Para tanto, o primeiro autor relembra que o Código de Processo Civil, preocupado com a repercussão sobre terceiros, já buscava atribuir ampla divulgação e publicidade quando da instauração do IRDR, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, sendo esta divulgação a abertura de oportunidade de os interessados ingressarem no IRDR para a efetiva defesa.

Não havendo a participação dos interessados legitimados, caberá ao Ministério Público necessariamente participar do incidente, em defesa do direito do grupo, é o que determina o artigo 982, inciso III, do Código de Processo Civil (THEODORO, 2016).

O autor ressalta, além disso, que a criação de incidentes uniformizadores de jurisprudência, com eficácia para casos futuros, já teve sua aplicação no Código de 1973, especificamente com as medidas das leis 9.756/1998 e 9.868/1999 (incidente de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público).

O conteúdo da referida Lei 9.756/1998, já havia sido acatado pela doutrina e jurisprudência, inclusive, Nelson Nery Júnior afirmou ser adequada medida de economia processual, uma vez que não era necessário a manifestação do órgão fracionário quando a questão já havia sido definida pelo Plenário do STF ou o Plenário ou Órgão Especial (THEODORO, 2016).

Portanto, segundo os exemplos citados pelo autor, não é recente, a presença no Código de Processo Civil a “uniformização pretoriana” da aplicação e interpretação da lei, com amplos efeitos, de modo a atingir terceiros que não figuraram no incidente (THEODORO, 2016).

Ademais, estaria o exercício do contraditório mitigado em virtude dos efeitos vinculantes do incidente de resoluções de demandas repetitivas e precedentes judiciais? Para responder tal pergunta, faz-se necessário um breve estudo da influência do princípio do devido processo legal e direito de ação no exercício do contraditório.

Previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o princípio do devido processo garante a parte um processo justo e equilibrado com a observância de todas as garantias fundamentais, inclusive o contraditório e ampla defesa, agrupando todos os elementos necessários para atingir sua finalidade (ASSIS, 2015).

Semelhante ao direito norte-americano, o processo justo civil e penal abrangerá:

- (a) o direito de ser citado e tomar conhecimento do teor da imputação; (b) o direito a julgamento público e num prazo razoável; (c) o direito de arrolar testemunhas e de exigir o respectivo comparecimento em juízo; (d) o direito a um procedimento contraditório; (e) o direito de não ser processado, julgado ou condenado por leis promulgadas após o fato; (f) o

direito de iguais oportunidades para a acusação e defesa; (g) o direito de excluir provas ilegalmente obtidas; (h) o direito à assistência judiciária gratuita, no caso de necessidade; e (i) o direito de não produzir prova contra si próprio (direito de calar). (ASSIS, 2015, p. 279).

Ao que tange o direito de ação, o mesmo está estampado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Leciona Marinoni (2013, p. 216), “o direito de ação é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente”. Assim, entende-se por direito de ação, o direito de agir sobre a égide do Estado.

Partindo dessas duas premissas, conclui-se que a Carta Magna garante o direito de agir (direito de ação) sob o enfoque o devido processo legal, exercendo a parte o contraditório e ampla defesa.

Com efeito, não se vislumbra a violação do contraditório e o direito de ação nas hipóteses de indeferimento da liminar sob o fundamento de entendimento firmado em IRDR ou enunciado de súmula, isso porque:

Ainda que a sentença se baseie em decisão consolidada em casos idênticos, o autor tem a oportunidade de interpor recurso de apelação para demonstrar a sua injustiça. Ou melhor, o autor tem plena possibilidade de discutir a justiça da decisão tomada como fundamento da sentença de rejeição liminar do pedido (MARINONI, 2013, p. 363).

Portanto, conforme Marinoni (2013), ainda que indeferida a liminar sob o fundamento de entendimento firmado nos tribunais superiores (precedentes) ou decisões proferidas em IRDR, a parte poderá demonstrar a dessemelhança da inicial através de Recurso de Apelação.

Além disso, como bem apontado por Elenara Ues Cury (2017), facultará o juiz determinar a intimação da parte para que emende à petição inicial a fim de sanar qualquer defeito ou irregularidade, sendo, inclusive, possibilidade de a parte demonstrar que o caso concreto não é semelhante a decisões de casos repetitivos ou precedentes judiciais.

Outrossim, em sede de IRDR, é possível um dos legitimados descritos em lei solicitar ao Tribunal Federal se manifestar sobre aquela tese que será reproduzida nos demais processos (CURY, 2017).

Portanto, conclui-se que não há violação no exercício do contraditório, tampouco no direito de ação, uma vez tanto no IRDR, quanto em tese firmada em precedentes judiciais e do deferimento

da liminar, é possível interpor Recurso de Apelação ou, no caso de IRDR, um dos legitimados legal solicitar ao Tribunal Federal se manifestar sobre a tese.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que o IRDR foi projetado para garantir a igualdade e segurança jurídica. Em um país com crescimento significativo quanto aos litígios judiciais, mecanismos como o incidente, aqui abordado, além de minimizar as desigualdades garantem a economia processual, contribuindo inclusive para desafogar o Poder Judiciário.

Além disso, o incidente não só evita que as demandas eternizem na justiça (o que violaria o princípio da razoável duração do processo), mas também otimiza a estrutura do poder judiciário.

A decisão almejada pelo incidente deve resguardar pressupostos como: pluralidade, publicidade e acima de tudo o contraditório, através da participação e diálogo da parte no processo.

Acrescenta-se também que muito embora existam lacunas no Código de Processo Civil quanto ao procedimento do IRDR, os regimentos internos dos tribunais serão os responsáveis pelo preenchimento desses hiatos deixados pelo Código, como por exemplo, consoante abordado em tópicos anteriores, fixando diretrizes para participação das partes no incidente.

Dessa forma, após análise da legislação vigente, dos enunciados, da opinião dos estudiosos sobre o tema e estudos bibliográficos, conclui-se que a decisão proferida em sede de IRDR guarda a devida constitucionalidade, uma vez que a participação não só é permitida pela legislação, mas também regulamentada pelos regimentos internos dos tribunais.

### REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. e CAVALCANTI, M. A. **Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.** *Revista dos Tribunais*. vol. 240/2015. p. 221-242. fev. 2015.

ASSIS, A. **Processo Civil Brasileiro, parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos.** 1ª. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 279-280.

BEDAQUE, J. R. S. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

BULOW, O. V. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 06-07.

CABRAL, A. P. **O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** *Revista dos Tribunais*. vol. 147/2007. p. 123-146. maio. 2007.

- CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 411.
- DANTAS, P. R. F. **Direito Processual Constitucional**. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.
- DIDIER, F. J. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21ª. ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2019, p. 106-112.
- DINAMARCO, C. R. e LOPES, B. V. C., **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 61-67.
- DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.
- FAZZALARI, E. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.
- GRECO, L. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: Márcia Cristina Xavier de Souza e Walter dos Santos Rodrigues (coords.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 26.
- INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. **Enunciados Do Fórum Permanente De Processualistas Cívis**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- MARINONI, L. G. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar**. Revista dos Tribunais. vol. 962/2015. p. 131-151. dez. 2015.
- MARINONI, L. G., ARENHART, S. C. e MITIDIERO, D. **Curso de Processo Civil**. vol. 2. 5ª. ed. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 606-609.
- MARINONI, L. G., ARENHART, S. C. e MITIDIERO, D. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Processo Civil**. vol. 1. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 240-243.
- MENDES, A. G. C. e TEMER, S. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**. Revista dos Tribunais. vol. 243/2015. p. 283-331. maio 2015.
- MENDES, A. G. C.; TEMER, S. O. Art. 976. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1311-1315.
- \_\_\_\_\_. Art. 980. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1321-1322.
- MENDES, G. F. e BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 690-692.
- MONTENEGRO, M. F. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 869-872.
- \_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 873-874.
- \_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 872-873.
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. 33ª. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017. p. 84-86.
- NERY, N. e ANDRADE, R. M. N. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 2201-2204.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 2208-2210.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 2216.

OLIVEIRA, C. A. A. **Comentário ao artigo 5º, LV**. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 432-437.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª. ed. rev. e atual. nos termos da reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 430-431.

THEODORO, H. N., MELLO, A. M. T. e THEODORO, A. V. M. **Código de Processo Civil Anotado**. 20ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2284-2285.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Anotado**. 20ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2288-2289.

ZANETI, Jr. H. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 196.