

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Elisa Segabinazzi

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
entre a Tutela do Caso e a Unidade da Ordem Jurídica**

PORTO ALEGRE

2018

ELISA SEGABINAZZI

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
entre a Tutela do Caso e a Unidade da Ordem Jurídica**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

Porto Alegre

2018

ELISA SEGABINAZZI

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:

entre a Tutela do Caso e a Unidade da Ordem Jurídica

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Professor Doutor

Professor Doutor

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço – de forma quase inenarrável – à minha mãe, Cynthia, por ter sido meu porto seguro durante todos os anos de graduação e por ter sempre apoiado e acreditado em meus planos e projetos. Nem em mil anos eu imaginaria um exemplo melhor a seguir. Também agradeço ao meu pai, Renê, sem quem esta graduação não seria possível.

Às minhas irmãs, Lívia e Marília, por serem minhas eternas companheiras e ajudantes, bem como por me ensinarem algo constantemente, cada uma à sua maneira.

Da mesma forma, meus agradecimentos vão ao trio que muito me ajudou e ensinou durante todos estes anos, pela amizade, companheirismo e carinho desde o começo da faculdade, que com certeza me acompanharão onde quer que eu esteja: Alice, Giulia e Vitória. A faculdade e este trabalho não seriam os mesmos sem vocês.

Por fim, ao meu orientador, Professor Daniel Mitidiero, não só por ter me orientado durante a elaboração deste trabalho, mas também por ter me apresentado o direito processual civil de modo a despertar minha curiosidade e grande apreço pela temática dos precedentes.

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), mecanismo recém-criado pelo Código de Processo Civil de 2015. Objetivou-se examinar se a aplicação do Incidente cria um precedente, de forma vinculante, ou apenas limita a relitigação da questão resolvida. Por meio de revisão da literatura referente, evidenciou-se que o IRDR tem origem em sistemas internacionais similares, como a *group litigation order* inglesa e, em especial, a experiência alemã conhecida como *musterverfahren*. A partir de sua adoção no Brasil, firmaram-se diferentes correntes teóricas em torno desse incidente: de um lado, de que o Incidente formaria precedente vinculante no âmbito dos tribunais que o julgam e, de outro, que não possui o fito de gerar precedente pois, dentre outros fatores, emerge de cortes que não possuem capacidade de criá-lo, dada sua função em nosso ordenamento jurídico. Conclui-se que, no âmbito do direito brasileiro, o IRDR é ferramenta que pode auxiliar na celeridade processual, bem como na aplicação do direito de forma uniforme no âmbito dos tribunais. Isso não significa, contudo, que forme um precedente vinculante, pois não possui os elementos que o caracterizam. Diante dessa impossibilidade de classificação como precedente, o que se pode dizer é que a decisão que resolve o Incidente tem apenas o condão de evitar nova discussão sobre a questão resolvida, sem que isso possa ser chamado de precedente propriamente dito.

Palavras-chave: Processo civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Precedente. Questões repetitivas. Demandas de massa.

ABSTRACT

This paper presents a study about the Incident of Resolution of Repetitive Demands (IRDR) mechanism that was recently created by the Code of Civil Procedure of 2015. It aims to analyze if the Incident creates a Judicial Precedent, in a binding way, or if it only limitates the rediscussion of the decision taken. Through literary review, it was evidenced that the IRDR has origins in similar international systems, as the English group litigation order and, in particular, the german experience known as *musterverfahren*. With the IRDR adoption in Brazil, two diferent ideas were established: in one way, that the Incident creates a binding precedent in a Court's area and, in another, that it does not create a Judicial Precedent because, among other factors, does not come from Courts capable to create then, considering its function in the brazilian Judicial Branch. It was concluded that, in Brazil, the IRDR is a tool that can helps the procedural celerity, as well as a uniform application of the law in a court's space. It does not mean, though, that creates a biding precedent, because it does not have the elements that characterizes a Judicial Precedent. Considering this impossibility of taking the IRDR as a Precedent, it can be said that the decision that resolves the Incident can only avoid new discussion about the resolved issue, without calling it a Judicial Precedent itself.

Key-Words: Civil Procedure. Incident of Resolution of Repetitive Demands. Repetitive Demands. Mass litigaiton.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: da Alemanha ao Brasil	11
2.1 O Problema da Coletivização da Tutela dos Direitos e as suas Possíveis Soluções: um Exercício de Comparação	11
2.1.1 Mecanismos de tutela coletiva no processo civil comparado	18
2.1.2 Os procedimentos representativos nos países de common law: a group-litigation order inglesa e a class action norte-americana	22
2.3 Em Especial: a Solução Alemã do Musterverfahren	29
2.4 Uma Proposta Doutrinária: a Importação do Musterverfahren e seu Funcionamento mediante o Incidente de Uniformização de Jurisprudência	32
3 O IRDR: entre a Tutela do Caso e a Unidade da Ordem Jurídica	36
3.1 A Adoção do IRDR no Código de 2015: uma Coletivização Incidental da qual Emerge um Precedente?	36
3.2 O IRDR como “Precedente” oriundo de um Procedimento-Modelo	38
3.2 O IRDR como Proibição da Relitigação de uma Questão Repetida	46
4 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 INTRODUÇÃO

Como resolver as repetitivas questões de direito que emergem dos *processos em massa*? Os problemas oriundos de relações massificadas fizeram surgir, no direito processual brasileiro, uma série de ações que não são plenamente contempladas se julgadas a partir dos mecanismos já existentes para julgamento de ações coletivas, constantes no Código de Processo Civil de 1973.

Diante disso, um dos propósitos da novel legislação processual é tentar resolver litígios em série em consonância com os princípios de celeridade processual e de isonomia. Uma das soluções adotadas veio do direito comparado, importando um procedimento alemão denominado *musterverfahren*, que objetiva resolver questões de fato ou de direito, a partir de um caso afetado, para servir de piloto aos demais julgamentos. Conforme consta na exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC¹, o *musterverfahren* foi o modelo adotado, para o que é objeto deste trabalho: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR.

O IRDR é um mecanismo processual que permite a resolução de uma questão repetida de uma única vez por uma Corte Superior ou, havendo repercussão nacional, por uma Corte Suprema, visando segurança jurídica.

Nesse viés, o Incidente pretende evitar que se discuta repetidamente a mesma questão em um determinado tribunal, de modo que, a partir do momento em que verificada efetiva repetição de questão de direito (seja direito material, seja processual), podem as partes de um processo, o juiz ou o Ministério Público pedirem a instauração do Incidente para que o tribunal de segundo grau julgue a questão que se repete pontualmente e fixe tese a ser aplicada nos casos presentes e futuros.

O que se propôs no processo de importação do *musterverfahren* e de sua transposição ao Incidente brasileiro foi que, diferentemente do procedimento alemão, aqui se resolvessem apenas repetitivas questões de direito, e não questões de fato. Daí surge uma cisão cognitiva: defronte de reiteradas questões de direito, afeta-se um processo que sirva de modelo para a resolução da questão problemática e envia-se a causa modelo do IRDR ao tribunal de segundo grau. Com isso, o tribunal não julga a

¹ BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto. Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 12.out.2017.

causa em si, apenas a questão de direito e a devolve à origem, que conjugará a decisão do tribunal local ao caso concreto.

Ocorre que essa sistemática de julgamento pelo tribunal local projeta o problema a ser aqui analisado: a decisão do tribunal cria um precedente, objetivando dar unidade à ordem jurídica de forma vinculante, ou apenas limita a relitigação da questão resolvida no Incidente?

O objetivo deste trabalho é apresentar as posições antagônicas da doutrina brasileira quanto à formação de precedente no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Enquanto parte dos doutrinadores nacionais defendem que a força vinculante é intrínseca ao mecanismo do IRDR², outra parcela doutrinária argumenta que a vinculação emerge apenas de Cortes Supremas³, não incidindo de forma plena em toda e qualquer decisão do Incidente.

O presente estudo será dividido em duas partes. Na primeira, dar-se-á foco à questão da coletivização dos direitos e das soluções adotadas no direito comparado, como a *group litigation order* inglesa e, em especial, o *musterverfahren* alemão e sua importação ao Brasil como solução para a resolução de questões que se repetem em diferentes processos, compreendendo, nesta análise, sua função em seu país de origem, o procedimento e a diferenciação entre as causas-modelo e os procedimentos-padrão.

A segunda parte do trabalho debate as soluções dadas pela doutrina ao julgamento do Incidente e eventual força vinculante. Quanto à caracterização da decisão que resolve o IRDR, é necessário fazer, de início, uma análise sobre os conceitos que existem na doutrina nacional acerca da palavra “precedente”, para que, então, se possa definir se ela pode ou não ser caracterizada como tal. Ainda, far-se-á uma descrição mais aprofundada da diferença que existe entre os conceitos de Cortes Superiores e Cortes Supremas, bem como dos motivos pelos quais o Incidente, apesar da redação do Novo Código de Processo Civil, não serve à uniformização de jurisprudência.

² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil”. In: Revista de Processo, vol. 243, 2015. p. 283-331.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas [livro eletrônico]. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Seção IV. Eficácia da decisão.

Ao final, defende-se pela inexistência da formação de precedentes quando da prolação da decisão que resolve o IRDR. Isso porque, como será explicado, o mecanismo de funcionamento do Incidente permite que seja julgado tanto por Cortes Superiores, como por Cortes Supremas, sendo que apenas nessas há a possibilidade de criação de precedentes. Isso significa que a resolução da decisão posta sob discussão no IRDR pode constituir um precedente, mas não necessariamente o será, a depender de qual tribunal o julga e qual a extensão de seus efeitos.

Trata-se de um estudo qualitativo, comparando visões doutrinárias nacionais e mecanismos internacionais de resolução de conflitos em grupo. Não se pretende um estudo acerca do procedimento do IRDR, sua legitimação adequada ou forma de processamento perante os Tribunais. Por isso, optou-se por um recorte temático, centralizado no objetivo do *musterverfahren* em sua origem, o objetivo do Incidente nele inspirado e os efeitos que o julgamento do IRDR implicam aos demais julgadores e à unidade da ordem jurídica.

2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: DA ALEMANHA AO BRASIL

A superveniência de um novo regramento processual civil abriu portas para a resolução de um enorme problema do judiciário brasileiro: o abarrotamento processual. Diante disso e em busca de soluções que garantissem a otimização dos julgamentos, sem que se perdesse a segurança jurídica e a adequada tutela dos direitos, inseriu-se no Novo Código de Processo Civil, dentre outros instrumentos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A essência do IRDR não é originariamente brasileira, uma vez que para sua formulação tomou-se como base, sobretudo, o mecanismo alemão de resolução de questões repetitivas (*musterverfahren*). Tal ferramenta foi conjugada a outros institutos de direito comparado, como a *group litigation order* inglesa, para que se pudesse adaptar seu funcionamento à dinâmica dos tribunais brasileiros.

Nesse contexto, é necessário analisar de que forma ocorre, em geral, a resolução de conflitos que envolvem direitos coletivos (qualquer que seja sua espécie), bem como entender de que forma funciona de modo específico os mecanismos que influenciam o processo coletivo. Somente a partir desta análise se consegue entender se o IRDR é, de fato, o instrumento adequado à resolução de questões que são repetitivas, mas que serão tratadas de forma coletiva em seu julgamento, bem como eventuais efeitos desta decisão.

Com a situação do Incidente no universo das demandas coletivas (ou sua descaracterização como instrumento processual coletivo, a depender do posicionamento adotado) consegue-se entender por que o *musterverfahren* foi o principal escolhido para inspirar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e de que forma outros ordenamentos jurídicos o influenciaram.

2.1 O PROBLEMA DA COLETIVIZAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS E AS SUAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES: UM EXERCÍCIO DE COMPARAÇÃO

A passagem a um Estado Constitucional de Direito reforçou o fenômeno de coletivização de direitos, demandando procedimentos que tutelem adequadamente direitos supra individuais, considerando a diferença havida entre pequenos litigantes

e grandes réus. Diante disso, diferentes ordenamentos jurídicos estabeleceram procedimentos representativos, permitindo que algumas pessoas litiguem em nome de uma coletividade, através da legitimação extraordinária⁴.

Deve-se observar que a superveniência de procedimentos coletivos não foi necessariamente acompanhada por uma evolução dos códigos que tratam de processo civil, estruturados, em sua maioria, em torno de demandas até então “clássicas”, em que há litígio entre duas pessoas. Diante disso, as demandas coletivas acabaram por possuir um subsistema próprio, com regramento extravagante ao principal diploma que versa sobre direito processual civil, a exemplo das regras que advêm do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁵.

O gênero “ação coletiva” compreende essa legitimação diferenciada, que se opõe à das ações individuais. Conforme dispõe Aluísio de Castro Mendes, a legitimação constante nas ações coletivas é “extraordinária autônoma”, na medida em que “não está, em geral, subordinada à presença do legitimado ordinário”. A legitimação ordinária consiste no titular do direito material sendo parte no processo, ao passo que, na extraordinária, há alguém defendendo, em nome próprio, direito alheio, fenômeno que não é restrito às ações coletivas⁶.

Dessa legitimação especial para as ações coletivas surge uma definição, também de Aluísio de Castro Mendes, para o processo coletivo⁷:

A ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

A par da acepção de Castro Mendes, voltada à tutela de direitos coletivos, tem-se também uma classificação de ação coletiva a partir da existência de um regime especial de coisa julgada para a ação. É o que propõe Antonio Gidi, ao referir que a

⁴ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo, vol. 147, 2007. p. 123-143.

⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 3., p. 666.

⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Introdução.

⁷ Ibidem

coisa julgada em regime especial é elemento essencial da caracterização da ação coletiva⁸.

De fato, em que pese o regime da coisa julgada no processo coletivo seja peculiar, não é exclusivo desta espécie processual. O que ocorre, é uma maior cautela quanto ao regime de coisa julgada, especialmente por dois aspectos: pela possibilidade de eventual interferência injusta nas garantias do membro de um grupo, que poderia ter seus direitos restritos em razão de uma decisão na qual não pôde interferir; bem como para que se proteja aquele que já foi demandado uma vez pelo judiciário, de forma a não ficar sujeito a ser acionado repetidamente pela mesma questão⁹.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., alinhados à primeira posição supracitada, referem que a classificação de uma ação como coletiva – o que posteriormente gerará um processo coletivo – deve ser feita com base no objeto do litígio e nos legitimados para a ação, e não pela existência de um regime diferenciado para a formação de coisa julgada. Isso se dá porque o regime da coisa julgada não é aplicável apenas ao processo coletivo, nem a todo ele, a exemplo do julgamento de casos repetitivos, que serve à tutela coletiva e não produz coisa julgada. Para Didier e Zaneti, o regime especial é algo a ser analisado *a posteriori*, não interferindo no conceito primário de ação coletiva¹⁰:

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas esse é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.¹¹

Em linhas gerais, a coisa julgada no processo coletivo se dá em consonância com o disposto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação,

⁸ GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 426.

¹⁰ Ibidem, p. 33.

¹¹ Idem, ibidem.

com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Assim, quanto ao seu modo de produção, incide o regime de coisa julgada *secundum eventum probationis* para os direitos difusos e coletivos. Para os direitos difusos, quanto à sua extensão, é *erga omnes*, ou seja, atinge a todos que tenham ou não participado do processo, e é *ultra partes* para os direitos coletivos, atingindo terceiros determinados.

Em relação ao seu objeto, os processos coletivos, no direito brasileiro, versam sobre direitos coletivos *lato sensu*, abrangendo direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, em definição que foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81:

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.¹²

Cabe aqui fazer uma observação quanto à redação do caput do art. 81 do CDC. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que teria sido mais técnico valer-se apenas da palavra “direitos”, uma vez que há diferença entre a ideia de interesse legítimo e direito subjetivo, no que diz respeito à “proeminência do interesse individual objeto da tutela normativa¹³”.

Em sua espécie, os “direitos coletivos” não são sinônimo de “defesa coletiva de direitos”. Isso porque os direitos coletivos são, em definição de Teori

¹² BRASIL. Lei nº 8.078, de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 04, Nov, 2017.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance”. In: BITTAR, Carlo Alberto (coord.). Responsabilidade civil por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 86-116.

Zavascki, “direitos subjetivamente individuais e materialmente indivisíveis”, subdividindo-se nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito a que se refere o Código de Defesa do Consumidor, ao passo que a defesa coletiva pode abarcar ou não as espécies de direitos coletivos¹⁴.

Já direitos individuais homogêneos, excluídos da definição de Zavascki para “direitos coletivos”, possuem uma “coletivização meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”. São, portanto, direitos subjetivos individuais, divisíveis, mas de origem comum, o que lhes permite defesa coletiva em juízo¹⁵.

A classificação em direitos individuais homogêneos é, portanto, classificação instrumental, que não cria nova espécie de direito material. Disso decorre que, conforme Zavascki, “quando se fala, pois, em defesa coletiva ou em tutela coletiva de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”¹⁶.

A proteção a direitos individuais homogêneos, especificamente, tem origem nas *class actions for damages*, que serão a seguir pormenorizadas, existindo no direito pátrio em razão de uma necessidade de “tutela coletiva dos direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes”¹⁷.

As questões individuais recebem, por vezes, tratamento coletivo por terem mesma “gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária”, cuja vantagem do manejo de forma coletiva existe quando se permite um tratamento uno a tais tópicos. Para isso, demandam um pedido que consista em uma “tese geral” capaz de beneficiar os substituídos de modo a não haver distinção entre eles, observando-se as peculiaridades de cada relação em posterior liquidação de sentença¹⁸, por

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 39-40.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ Idem, ibidem.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 3. p. 75-76.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 77.

exemplo, no caso do IRDR, quando da aplicação da tese pelos juízes abarcados pela competência territorial do órgão prolator da decisão.

É nesse espaço, das relações massificadas e do surgimento de questões comuns a diferentes litigantes individuais, que se poderia classificar as questões a serem resolvidas no recém-criado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Isso não o caracteriza, contudo, como mecanismo de tutela coletiva, por razões que ainda serão abordadas neste trabalho.

Desde já se deve observar que a existência de um mecanismo para resolução de demandas repetitivas existe a par da sistemática da tutela coletiva – ou de modo complementar a ela¹⁹ - justamente porque essa não se mostrou plenamente eficiente para tutelar os problemas relativos à litigiosidade repetitiva, em especial por envolverem questões que não poderiam ser objeto de ações coletivas²⁰.

Quanto à função da proteção coletiva a direitos individuais, Sérgio Cruz Arenhart faz referência a três: a) “facilitação de acesso ao Poder Judiciário de questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas”; b) dar tratamento uniforme a “situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa”, gerando segurança jurídica no tratamento de certas questões; e c) “racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional”, o que envolve racionalização de gastos para tratar de questões já decididas, evitar desperdício de tempo no julgamento de repetições processuais, resolver o excesso de demandas a serem julgadas e evitar “manifestações judiciárias idênticas em casos dispersos”²¹.

Acerca da racionalização judiciária, a definição do que são direitos individuais homogêneos é precípua na medida em que, aglutinando demandas em massa, pode-se eliminar a “carga supérflua de ações” que paira sob nosso judiciário, bem como dar-lhe efetividade por meio de um alcance adequado²².

¹⁹ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2017. p. 93.

²⁰ Sofia Temer elenca outros problemas detectados pela doutrina na sistemática coletiva que inviabilizam o pleno funcionamento do sistema nacional para tutela coletiva, como “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”, entre outros. (TEMER, 2017, p. 35)

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais [livro eletrônico]. 1ª ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Capítulo III – Por uma nova definição dos direitos tuteláveis coletivamente.

²² Idem, ibidem.

Nesse cenário, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é objeto de divergência doutrinária quanto à sua classificação como técnica de processo coletivo. Para Sofia Temer, a técnica aplicada na resolução do Incidente não é uma técnica processual coletiva, apesar de haver uma “dimensão coletiva” no objeto do IRDR, referindo:

O processo coletivo se distancia do IRDR (que, para nós, é técnica processual objetiva) porque, ao contrário deste, não se preocupa diretamente com a tutela da ordem jurídica objetiva. Com efeito, as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos têm natureza de processo “subjetivo”, pois se destinam, em realidade, a tutelar diversas situações subjetivas concretas assemelhadas.²³

No mesmo viés é a posição de Luiz Guilherme Marinoni, que diferencia o IRDR das ações coletivas, dentre outros fatores, pela questão da representatividade: o modelo procedimental das ações coletivas é marcado “por uma nova ideia de representatividade para a causa” e pela existência de coisa julgada *erga omnes* que pode ser afastada diante de improcedência do pedido, formando um sistema que “preserva os direitos processuais constitucionais dos litigantes”²⁴.

O IRDR, por outro lado, não traz, como previsão, a participação por parte dos interessados, não podendo, portanto, ser visto pelo mesmo prisma dos instrumentos de ação coletiva. Sobre a participação dos interessados no Incidente, Marinoni diz que a sua ausência caracteriza “previsão ilegítima e inconstitucional do legislador”²⁵.

Antônio do Passo Cabral faz referência ao teor das questões objeto do IRDR para afastar sua caracterização como instrumento apenas de processo coletivo, referindo que “as questões objeto do IRDR podem ser comuns a inúmeros direitos, relações e situações jurídicas de estrutura muito heterogênea, mas no bojo das quais haja um estrato comum da discussão”, de modo que não há comunhão de causa de pedir ou pedido. Dessa forma, o IRDR não se presta apenas à resolução de direitos

²³ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 93.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Seção I – Decisão de questão idêntica, coisa julgada erga omnes e participação mediante representação adequada.

²⁵ Acerca dessa inconstitucionalidade, Marinoni propõe: “(...) Admitindo-se que o legislador cometeu um equívoco, ou seja, que não quis excluir a possibilidade de participação indireta do litigante, porém apenas se esqueceu de regulá-la, há como aceitar a possibilidade de a doutrina e os tribunais, mediante interpretação, corrigirem o desvio do legislador, evitando-se, assim, a simples proclamação da invalidade ou da inconstitucionalidade do incidente, cuja repercussão sobre o novo sistema processual civil certamente não seria boa”. (MARINONI, 2016).

individuais homogêneos, possuindo um espectro de atuação mais abrangente do que a classificação feita pelo Código de Defesa do Consumidor²⁶.

Por outro lado, Guilherme Rizzo Amaral fez uma aproximação do Incidente com institutos clássicos de processo coletivo, em artigo escrito antes da promulgação do novo código, em que propôs a existência de *right to opt-out* no IRDR. A ideia de Amaral é de que em vez de haver a suspensão prevista no art. 982, inciso I, do CPC, houvesse notificação dos autores, para que pudessem exercer o *opt-out*. Tal solução serviria como concretização do objetivo de conter as demandas de massa, assegurando, ainda, uniformidade de aplicação do direito, segurança jurídica e o devido processo legal²⁷.

Nesse cenário, a maioria da doutrina nacional alinha-se à ideia de que o IRDR não é instrumento de processo coletivo propriamente dito, apesar de tratar de questões contidas em processos que afetam uma coletividade. Isso ocorre porque não resolve situações concretas em um único julgamento, e sim apenas fixa uma tese que resolve alguma questão de um processo. Dessa forma, não o resolve de modo completo, precisando ter sua decisão conjugada a outra decisão que dará fim à fase de conhecimento do processo que ficou suspenso enquanto o Incidente tramitava.

2.1.1 Mecanismos de tutela coletiva no processo civil comparado

A problemática do surgimento de relações de massa ou de fenômenos que afetem coletividades nominadas ou inominadas e sua tutela adequada é internacional. Por isso, ordenamentos de *common law* e *civil law* criaram mecanismos de resolução de conflitos coletivos que, dentro de suas particularidades, objetivam dar representatividade adequada àqueles que litigam em demandas coletivas, além prover-lhes efetiva tutela jurídica.

Há, atualmente, uma forte tendência de se criar ferramentas para adequada tutela coletiva, onde ainda inexistentes, ou aperfeiçoá-las, nos países em que já as adotam e que possuem maior tradição no assunto. Castro Mendes aponta que são

²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. “Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’”. In: Revista de Processo, vol. 196, 2011. p. 237 - 274.

integrantes do primeiro grupo Portugal, Argentina e China, dentre outros, e, do segundo, Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha – que têm tornado seus sistemas de proteção coletiva menos restritivos em comparação à sua formulação inicial²⁸.

Sob um aspecto de representatividade quando da proteção desses direitos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth elencam quatro modelos básicos: a proteção que está sob responsabilidade de órgãos ou agências governamentais; de particulares indicados pelo poder público (*relator action* ou *parentes partae*); de organizações ou associações não governamentais; e, por fim, de indivíduos como partes representativas²⁹.

A essa divisão quadripartite dos tipos de representatividade, Castro Mendes refere que, apesar de ainda ser atual, há de se acrescentar uma quinta hipótese: quando se combinam espécies, gerando uma legitimação “concorrente, ampla e pluralista”³⁰.

Quanto à vinculação daqueles que não participam do processo coletivo, há essencialmente um sistema de inclusão e outro de exclusão. O de inclusão, representado pela expressão “*opt-in*”, consiste na necessidade de alguém manifestar expressamente sua vontade de ser afetada pelo resultado do pronunciamento judicial coletivo³¹.

De modo inverso, o sistema “*opt-out*”, de exclusão, significa uma presunção de que a coletividade afetada integra, desde logo, a classe a ser atingida pelo pronunciamento judicial. Pode, contudo, optar por ser excluída caso manifeste expressamente sua vontade. É o sistema adotado pela maioria dos países, a exemplo dos Estados Unidos³².

Há, ainda, procedimentos que julgam uma questão comum e desde logo resolvem também a integralidade do conflito subjetivo que a envolve, aos quais dá-se o nome de causa-piloto. Como exemplo, cite-se a *Group Litigation Order* britânica e o

²⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional* [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Introdução.

²⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-56.

³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional* [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Idem, *ibidem*.

Pilotverfahren austríaco. Segundo Antônio do Passo Cabral, é o sistema adotado pelo direito brasileiro quando do julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, conforme-se lê nos arts. 1.036 e seguintes do CPC³³.

Por outro lado, há procedimentos (“procedimento-modelo”) em que a cognição processual é dividida de forma a haver representatividade extraordinária apenas nas questões comuns aos casos similares, de modo que somente essas serão resolvidas pelo julgador do Incidente, mantendo-se questões particulares de cada caso aos demais órgãos jurisdicionais que o julgarão por completo. É nesse grupo que se situa o *Musterverfahren* alemão, clara inspiração do nosso Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas³⁴.

Quanto à caracterização do IRDR como procedimento-modelo ou causa-piloto, há divergência doutrinária. Sofia Temer segue o viés de que o Incidente apenas fixa tese jurídica, constituindo “procedimento-modelo”. A autora lista as razões que firmam seu posicionamento³⁵:

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 a 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.

Além disso, Temer justifica sua posição correlacionando a extensão do julgamento com o corte previsto no caput do art. 976, uma vez que, por não servir à análise de questões de fato e questões de direito heterogêneas, o incidente não pode julgar a demanda de modo completo e satisfatório. A autora ainda ressalta que o modo de resolução da questão objeto do Incidente pode se dar de diferentes maneiras, a

³³ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. “O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. In: Revista de Processo, vol. 147, 2007. p. 123-146.

³⁵ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 68-69.

exemplo de resolver qual a possível interpretação de um texto normativo ou qual a norma aplicável a uma situação fática³⁶.

De outra banda, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha defendem que o Incidente constitui paradigma para todos os demais casos, sendo uma causa-piloto e resolvendo a disputa entre as partes do processo. Para os autores, o IRDR serve como resolução concreta do processo que foi afetado para análise, bem como julgamento abstrato da questão jurídica repetitiva submetida ao crivo do tribunal³⁷.

Antônio do Passo Cabral, alinhado a essa segunda posição, resume que a criação do Incidente se deu com intenção de torná-lo procedimento-modelo, mas alterações ao longo da tramitação do Novo Código o tornaram, via de regra, causa-piloto³⁸:

Agora, após a inserção pelo Senado Federal do art. 978, parágrafo único, o incidente de resolução de demandas repetitivas será, via de regra, uma causa-piloto. O novo CPC é claro em afirmar que o tribunal, ao julgar o incidente, decidirá também o processo originário (recurso, remessa necessária ou causa de competência originária). Além disso, o art. 986 fala que a revisão da tese definida no incidente poderá ser empreendida pelo próprio tribunal de ofício, o que revela obrigatório que haja outro caso pendente, no próprio tribunal, no bojo do qual venha a ser reaberta a discussão num novo incidente, quando então este outro caso também será julgado. A opção pelo parâmetro do processo-teste ou causa-piloto, fazendo com que o tribunal julgue o caso, faz com que a cognição no IRDR seja empreendida à luz de direitos subjetivos concretos, postulados pelas partes em juízo.

Adotando este posicionamento, a crítica do autor é de que a mistura de julgamento de casos concretos com questões abstratas que afetam outros processos foi uma má opção do legislador, que, por vezes, pode tornar difícil “desprender-se das idiosincrasias do caso concreto”. Passo Cabral ainda faz a ressalva de que, por ser um procedimento ainda novo, e porque “a *mens legis* destaca-se da *mens legislatoris*”, deve-se aguardar o trâmite de Incidentes nos tribunais para se analisar qual será sua aplicação prática sobre a norma vigente³⁹.

³⁶ Ibidem, p. 71.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 3. p. 693-694.

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

³⁹ Idem, ibidem.

2.1.2 Os procedimentos representativos nos países de *common law*: a *group-litigation order* inglesa e a *class action* norte-americana

A ideia geral de ação coletiva, em uma perspectiva de direito comparado, não é recente. A doutrina diz que a origem desse tipo de ação remonta do Império Romano, que utilizava as *actiones populares*, em oposição à *actio romana*, estas com caráter individual. Esse tipo de ação se valia da ideia de que a *res publica* não pertencia ao Estado, e sim à coletividade de cidadãos, que poderiam defendê-la, no que seria uma espécie de ação popular. Daqui decorre a ideia de que algum cidadão, em particular, poderia ingressar em juízo em nome de uma coletividade. Evidentemente, não eram demandas coletivas concebidas com a mesma justificativa das hoje existentes, mas semearam a ideia de natureza coletiva e legitimação extraordinária⁴⁰.

Ocorre que, apesar dessa característica coletiva das *actiones populares*, o berço mundial das ações coletivas, como hoje conhecidas, é a Inglaterra do século XII, com evoluções que se estenderam por três períodos: medieval (séculos XII ao XV), primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (a partir do século XVIII)⁴¹.

Nesse sentido, para a compreensão da tutela coletiva e, em especial, da tutela coletiva de interesses individuais, é fundamental a compreensão da *group-litigation order* inglesa, apontada pela doutrina nacional como uma das gênesis do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁴².

No direito inglês, a *group-litigation order* (GLO) assume o papel principal de proteção dos direitos coletivos, ainda que não seja o único procedimento para tutela coletiva⁴³. Em linhas gerais, tem o objetivo de permitir que demandas semelhantes tenham tramitação conjunta, com ênfase na eficiência da gestão do processo⁴⁴.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1947, p. 37-41

⁴¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado. 3. Inglaterra

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 577.

⁴³ ANDREWS, Neil. “Fundamentals of multi-party or collective litigation”. In: Revista de Processo, vol. 231, 2014. p. 239 - 252.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op cit., p. 577.

Apesar de uma longa tradição histórica em relação às demandas coletivas, a *group-litigation order* foi inserida no ordenamento jurídico inglês apenas no ano de 2000, por meio de reformas no código de processo civil inglês (*rules of civil procedure*), que é datado de 1998.

Segundo Barbosa Moreira, o advento de um novo código processual na Inglaterra se afasta, em parte, do tradicional *adversary system*, visando, dentre outros objetivos, dar celeridade ao processo civil e diminuir a “exagerada subordinação do processo à vontade das partes”, conferindo mais poderes ao juiz na direção do processo⁴⁵.

Aluísio de Castro Mendes refere que há manifestações de demandas coletivas na Inglaterra desde a época medieval, tendo o primeiro “caso coletivo” ocorrido no ano de 1199, perante uma Corte Eclesiástica. Nesse período medieval, as ações com essência coletiva eram utilizadas basicamente em povoados e paróquias, sendo reflexo da organização social da época e se justificando a partir do ponto de vista de que o costume era ainda mais acentuado no *common law* do que hodiernamente⁴⁶.

Posteriormente, nos séculos XIV e XV, houve uma nova proliferação de demandas coletivas, levantando o debate sobre a legitimação de algumas pessoas postularem direitos que remontam à coletividade. Para Castro Mendes, até esse momento, “as ações de grupo não eram objeto de discussão, justificação ou teorização, razão pela qual se pode dizer que seu emprego e admissibilidade eram realizados de modo inconsciente”⁴⁷.

Os debates ingleses sobre outras questões envolvendo litígios coletivos, para além de questões basilares como a legitimidade, foram aprofundados no século XVII, quando então se transferiu à *Court of Chancery* a tarefa de julgar tais processos – o que até então era competência de tribunais esparsos.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 148-162.

⁴⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁴⁷ Idem, ibidem.

Em uma classificação dos litígios de acordo com a tutela pretendida, predominavam, à época, ações declaratórias (*declaratory*) e mandatórias (*mandatory*). Ocorre que, com o decorrer do tempo, passou-se a exigir, para o manejo de demanda coletiva, existência de interesses comuns (*shared interests*) na ação, tendo como base um conceito restrito do que seriam interesses comuns, resultando em um declive no uso desse tipo de ação entre os anos de 1700 a 1850⁴⁸.

O Século XIX mostra casos que fizeram ressurgir e alterar o tratamento dado às demandas coletivas, definindo métodos de trabalho que até hoje persistem e criaram reflexos no processo coletivo brasileiro, conforme aponta Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

Em 1979, o caso *Prudential Assurance Co., Ltd. v. Newman Industries, Ltd.* deve ser assinalado como um importante precedente, na medida em que marcou um novo tratamento, com a repartição do processo em duas etapas: na primeira, de natureza declaratória, procurou-se estabelecer a existência ou não da obrigação de indenizar; enquanto na segunda os indivíduos buscavam estabelecer a condenação específica, de acordo com seus respectivos direitos. O procedimento pode ser apresentado como a origem de uma sistemática, que seria adotada praticamente vinte anos depois, com a implantação do Código de Processo Civil, na Inglaterra e no País de Gales, com a possibilidade de serem apenas algumas questões, de fato ou de direito, processadas coletivamente. O rito bipartido, em fase coletiva e individual, não foi, entretanto, sempre adotado, sendo desprezado em determinados casos, como, por exemplo, em 1981, em *EMI Records Ltd. v. Riley*, não obstante o caráter também indenizatório, mas que carecia de maiores especificidades e que, portanto, permitiu a avaliação uniforme e global dos danos sofridos.

Atualmente, a *group-litigation order* é um procedimento marcado pela unidade cognitiva, assim como no *pilotverfahren* austríaco, em que o órgão julga não só a questão comum, mas também resolve o caso por completo, em contraposição ao procedimento-modelo, como o *musterverfahren*, em que há cisão cognitiva⁴⁹.

Na sistemática inglesa, as regras de litigância em grupo estão inseridas principalmente no Título 19 do Código⁵⁰, que dispõe, de forma clara, que a *group-*

⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional* [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil* [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵⁰ Cabe, aqui, a observação de Barbosa Moreira quanto à organização do Código inglês: "(...) Estão as normas agrupadas em 51 partes, que não refletem as divisões comuns dos códigos romano-germânicos, ressalvado o fato de que algumas realmente correspondem, grosso modo, a títulos ou capítulos que nos são familiares (...). Às 51 partes agregam-se disposições complementares, contidas

litigation significa “*an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’)*”⁵¹, abrangendo, portanto, questões de fato ou de direito, tal qual a *class action* americana.

Quanto à legitimidade de instauração de uma *group-litigation order* (GLO), Castro Mendes refere que o procedimento pode ser instaurado de ofício ou a requerimento, dispondo, ainda, quanto à publicação da instauração⁵²:

Não há, entretanto, qualquer imposição apriorística e absoluta no sentido de se proceder à notificação das demais pessoas interessadas. Assim sendo, poderão as cortes agir com discricção na avaliação pertinente à necessidade e à viabilidade da notificação. A imposição ou não da obrigatoriedade quanto à comunicação será, como consta dos itens 47 a 50 do relatório final do Lord Woolf, decidida no caso concreto, levando-se em consideração fatores como a sistemática adotada em relação à vinculação dos efeitos (*opt-out* ou *opt-in*), a dimensão do grupo, o valor individual das pretensões, os custos estimados para a notificação etc.

No que se refere à extensão da coisa julgada, a GLO adota um sistema de *opt-in* com possibilidade de abrangência mais ampla do que o sistema comumente adotado. Conforme observa Aluísio de Castro Mendes, isso se dá “porque a vinculação ocorre, de regra, em relação às pretensões que se encontram registradas no momento do julgamento”, embora possa ocorrer sua ampliação mesmo para casos “que sejam posteriormente inscritos, se a corte assim determinar”⁵³.

Doutrinariamente, afirma-se que a aproximação da GLO com o IRDR ocorre em especial quanto ao objetivo de ambos os procedimentos, que é “permitir que as cortes tenham verdadeiro poder gerencial sobre esses casos, que envolvem um grande número de partes e um sem número de questões procedimentais”⁵⁴.

em dois Schedules e vários Practice Direction Protocols, mais um glossário, com definições de bom número de expressões jurídicas usadas nas RCP, para não falar no Foreword do Lord Chancellor, onde se tecem considerações gerais sobre a origem, o espírito e os propósitos do novo diploma”. MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 151.

⁵¹ INGLATERRA. Rules of civil procedure. Disponível em:

<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19/pd_part19b#5.1>. Acesso em: 20. Out. 2017.

⁵² MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil: exame à luz da group litigation order britânica. In: Revista de Processo, vol. 196, 2011. p. 165 - 205.

A par da sistemática inglesa, passa-se a analisar o funcionamento das ações coletivas nos Estados Unidos, por meio das *class actions*.

A solução dada pela jurisdição norte-americana à tutela coletiva dos direitos foi a *class action*, regulada pela Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, código de processo civil norte-americano, originário de 1938, cuja parte sobre procedimento das ações coletivas foi substancialmente alterada em 1966⁵⁵.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o instituto da *class action* possui antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII e foi gradualmente ampliado, até adquirir o papel central atualmente previsto nas *Federal Rules*⁵⁶.

Em tradução de Luís Roberto Barroso, são pré-requisitos gerais de cabimento das ações de classe nos Estados Unidos⁵⁷:

- (1) número de pessoas envolvidas: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros;
- (2) questões comuns: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe;
- (3) teses jurídicas típicas: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder (devem "ser típicos") aos interesses de toda a classe;
- (4) representatividade adequada: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe.

Diante desses requisitos, Cássio Scarpinella Bueno assevera que é o Tribunal quem decide pelo cabimento ou não da ação coletiva proposta, examinando caso a caso. Nesse sentido, Bueno refere que a doutrina norte-americana elenca sete condições para que uma ação seja reconhecida como *class action*, constituindo o *seven-part certification process*⁵⁸: a existência efetiva de uma "classe"; que aquele que postula seja seu membro; que a classe seja tão grande que uma reunião processual de seus membros seja impraticável; a existência de questões comuns, sejam de fato ou de direito; que as pretensões sejam típicas da classe; que haja efetividade na

⁵⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional* [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). *Processo coletivo: Do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). *Processo coletivo: Do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 209-229.

⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. In: *Revista de Processo*, vol. 82, 1196. p. 92-15.

representação adequada e, por fim, que se encaixe em uma das hipóteses previstas na *Rule 23*⁵⁹.

Quanto ao regime de coisa julgada no processo coletivo norte-americano, Luiz Guilherme Marinoni refere que a coisa julgada sobre questão nos países de *civil law* é, grosso modo, o que os países de *common law* chamam de *collateral stoppel*, surgido no século XX, diante da preocupação estadunidense sobre a possibilidade de um terceiro invocar a proibição de rediscussão de decisão já decidida, a fins de preservar sua autoridade⁶⁰.

De aplicabilidade inicial em ações individuais, o *colateral stoppel* foi posteriormente ajustado à sistemática das *class action*, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que “a circunstância de alguns poderem discutir uma questão de direito que também diz respeito ao direito de outros jamais pode excluir o direito dos últimos de falar direta ou indiretamente – mediante representação adequada – perante a Corte”⁶¹.

Marinoni aproxima a coisa julgada sobre a decisão que julga o IRDR e a coisa julgada sobre a questão presente nos casos repetitivos, referindo que, embora não dita, ela existe e torna indiscutível posteriormente essa questão repetitiva cuja solução é necessária para que somente então se possa analisar os casos pendentes⁶².

Dentro do gênero “*class actions*” existem três espécies principais de ação coletiva, cada uma com requisitos específicos.

A primeira espécie - *Rule 23(b)(1)(A)* - é utilizada quando eventual propositura de ações individuais puder gerar decisões contraditórias ou prejudicar interesses de membros da mesma classe. Barroso refere que essa primeira espécie se assemelha ao litisconsórcio unitário do direito brasileiro. Não há, nessa

⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. In: Revista de Processo, vol. 82, 1196. p. 92-15.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² Ibidem. Seção I – Decisão de questão idêntica, coisa julgada erga omnes e participação mediante representação adequada.

modalidade, a opção de *opt out*, ou seja, não há a opção de que o interessado fique excluído dos efeitos da decisão⁶³.

Castro Mendes, ao referir-se à Rule 23 (b)(1), relata uma subespécie disposta na Regra 23(b)(1)(B), a ser utilizada quando houver risco de julgamentos acerca dos interesses de uma classe que possam, de alguma forma, interferir ou dispor sobre interesses de membros de outra classe, não litigantes no processo. Subsiste, no caso, a ausência de possibilidade de *opt-out*⁶⁴.

O segundo tipo de ação coletiva, constante na Rule 23 (b)(2) é utilizada quando “alguém age - ou deixa de agir - de maneira inadequada em relação à classe”⁶⁵, permitindo que se demande um fazer ou não fazer (*injunctive relief*) ou uma sentença declaratória (*declaratory relief*). Não é necessário, para o manejo dessa ação, que todos os membros da classe sejam afetados, mas sim que haja um ato concreto dirigido à classe ou um regulamento dirigido ao grupo.⁶⁶

Ada Pellegrini Grinover refere que os tipos acima descritos, constantes nos incisos b(1) e b(2), são de classe obrigatória (*mandatory*), o que, no Brasil, “corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos”. A categoria a ser abaixo descrita não é obrigatória (*not mandatory*), porque admite o *opt-out*⁶⁷.

A Rule 23 (b)(3), terceira espécie, traz o tipo de ação coletiva que é mais comum nos tribunais norte-americanos, conhecida como *class action for damages*, inserida na reforma de 1966 da Rule 23.

As *class action for damages* devem, além dos pré-requisitos gerais das *class actions*, demonstrar “prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre

⁶³ BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). Processo coletivo: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 209-229.

⁶⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit.

⁶⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). Processo coletivo: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171-186.

as questões de direito ou de fato individuais” e “superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”⁶⁸.

Em uma análise comparativa com o direito brasileiro, Grinover refere que o Código de Defesa do Consumidor, ao inserir em nosso ordenamento a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, demonstrou clara inspiração nas *class action*, mas realizou uma adoção à brasileira, ao deixar de lado o *opt-out*, alterar o tratamento dado ao *fluid recovery* americano e adotar uma coisa julgada *erga omnes* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais.⁶⁹

2.3 EM ESPECIAL: A SOLUÇÃO ALEMÃ DO MUSTERVERFAHREN

Os procedimentos alemães que se prestam à tutela coletiva estão previstos em diferentes leis, aparecendo, de modo pioneiro, na UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Lei contra a Concorrência Desleal) e na AGB-Gesetz (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Contratos)⁷⁰.

Segundo Castro Mendes, um ponto marcante nas ações associativas alemãs (*Verbandsklagen*) é que elas não se prestam, como um todo, a efetivar tutela advinda de indenizações decorrentes de perdas e danos, vedação originária na AGBG e ainda constante no parágrafo segundo do item 3 da UKlaG. Deve-se notar, ainda, que foram ações concebidas para uso originário no campo dos negócios, com posterior alargamento para outras áreas⁷¹.

Da mesma forma, Guilherme Rizzo Amaral aponta que há uma limitação dos instrumentos de ação coletiva em relação às matérias nele veiculadas. Afirma que existem formas referentes às demandas que envolvam direito ambiental, concorrencial, consumerista e formas relacionadas ao mercado de capitais, mas,

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). Processo coletivo: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171-186.

⁶⁹ Ibidem, p. 185.

⁷⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁷¹ Idem, ibidem.

assim como Castro Mendes, nega a existência de ação coletiva para reparação de danos individuais homogêneos⁷².

Quanto à legitimação nas ações associativas, é de se referir que as ações alemãs se encontram no espectro de que não há legitimidade conferida por lei a algum órgão estatal ou entidade pública, de modo que o Ministério Público atua como fiscal da lei⁷³.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero assinalam que a introdução dos procedimentos-modelo, como sistemática processual, se deu em 1991, com uso inicial em procedimentos administrativos⁷⁴.

O *Musterverfahren*, de forma específica, foi introduzido no ordenamento jurídico alemão pela KapMuG (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*, ou Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais), em 2005, sob forma de “lei experimental”, cuja vigência estava prevista para acabar em 2010 e que foi posteriormente prorrogada até 2020⁷⁵.

Quanto à sua finalidade, explica Antônio do Passo Cabral⁷⁶:

O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§ 1 (2)).

Dessa definição, percebe-se que há uma aproximação do objetivo do *Musterverfahren* com o nosso IRDR. Ao se estabelecer uma “esfera de decisão

⁷² AMARAL, Guilherme Rizzo. “Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas””. In: Revista de Processo, vol. 196, 2011. p. 237 - 274.

⁷³ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 577.

⁷⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Op. cit.

⁷⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

coletiva de questões comuns a litígios individuais” o *Musterverfahren* tem como pretensão dar à ordem jurídica a mesma unidade que almejam os artigos 976 e 926 do Código de Processo Civil.

O que os diferencia primordialmente é a análise de questões de fato, possível no *Musterverfahren* e expressamente proibida no IRDR, pelo que se extrai do inciso I do artigo 976 do CPC, que tem em seu objeto apenas controvérsias que versem sobre questões unicamente de direito (*questiones iuris*). O procedimento alemão, por outro lado, permite o julgamento de “elementos fáticos ou questões prévias (*vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamento da pretensão individual”⁷⁷.

Quanto ao seu funcionamento, dá-se, em linhas gerais, da mesma forma como é o processamento previsto para o nosso Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: há uma fase de admissibilidade, perante o órgão de primeiro grau, um processamento e julgamento diante do órgão de segundo grau e posterior julgamento individual dos processos cuja questão foi resolvida, de acordo com o entendimento firmado no *Musterverfahren*⁷⁸.

Na sistemática alemã, da mesma forma que na brasileira, deve-se garantir a devida publicidade quando da instauração do *Musterverfahren*. Na Alemanha, isso é feito pelo Ministério da Justiça⁷⁹. No Brasil, optou-se por delegar tal tarefa ao Conselho Nacional de Justiça e aos tribunais, que devem manter banco de dados atualizado sobre a instauração e neles mencionar os “fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados”, por expressa disposição do art. 979, §2º do CPC.

O procedimento alemão também prevê a suspensão dos processos que versem sobre a questão a ser discutida no incidente, o que, na sistemática do CPC é feito a partir da admissão do incidente pelo relator e da comunicação da suspensão aos órgãos jurisdicionais eventualmente afetados (art. 982, §1º do CPC). Cabe referir que no IRDR há previsão de que a suspensão seja retirada, desde que o requerente

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo, vol. 147, 2007. p. 123-146.

⁷⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Seção II – As ações coletivas no direito comparado.

⁷⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de. Op. cit.

comprove diferenciação entre as questões abordadas em seu processo e aquelas afetadas pelo Incidente.

2.4 UMA PROPOSTA DOUTRINÁRIA: A IMPORTAÇÃO DO MUSTERVERFAHREN E SEU FUNCIONAMENTO MEDIANTE O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Como já referido, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil e objetiva evitar que uma mesma questão de direito seja resolvida repetidamente e de diferentes formas pelo judiciário, visando segurança jurídica e celeridade processual.

A ideia de que o IRDR foi inspirado no *Musterverfahren* decorre, além das lógicas semelhanças entre os instrumentos, do próprio anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que refere⁸⁰:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. [...]

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

O que se pretende é que, diante da repetição de questões, ocorra a instauração do incidente a partir de um caso concreto e que, em razão disso, determinada Corte de Justiça defina seu posicionamento apenas em relação à questão de direito repetida, cindindo a cognição judicial. Após a resolução da questão objeto do IRDR, devolve-se o processo à origem para que se conjugue o entendimento unificado daquele aos casos afetados pela decisão⁸¹.

É em razão dessa preocupação com questões específicas que Sofia Temer argui que a preocupação principal do IRDR é a resolução de questões objetivas,

⁸⁰ BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto. Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 12.out.2017.

⁸¹ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 68-78

deixando a tutela dos direitos subjetivos a momento posterior ao seu julgamento, diante da aplicação da tese jurídica firmada ao caso concreto⁸².

Por ser um procedimento que envolve resolução de questões que afetam múltiplos processos sem que se dê oportunidade de manifestação a todas as partes, sob pena de tornar inviável a celeridade processual almejada na criação do instituto, é precípua a preocupação com a legitimidade para a instauração do Incidente e com a representatividade durante seu trâmite, tal qual ocorre no julgamento de ações coletivas.

De modo breve, pode-se dizer que a legitimidade para provocar a instauração do IRDR vem arrolada no art. 977, incisos I a III do CPC⁸³:

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.

Quanto à representatividade adequada durante seu trâmite, o Código exige “ampla divulgação e publicidade” do ato que instala o Incidente⁸⁴, sob pena de ilegitimidade da decisão que o julga. Nesse âmbito, Sofia Temer alude à diferença entre a legitimidade extraordinária das ações coletivas e a legitimidade de conduzir o IRDR⁸⁵:

A participação aqui é vista, então, como a possibilidade de convencimento, através da apresentação (direta e indireta) de razões para resolução da controvérsia jurídica. É dispensável, no incidente, perquirir o que o sujeito quer ao propor a demanda em que se discute a questão jurídica. [...] Sob essa perspectiva, o incidente assemelha-se ao espaço público em que são apresentados fundamentos racionais para a tomada de decisão. [...]⁸⁶

Pelo pensamento da autora, portanto, na ação coletiva o regime é de legitimidade extraordinária por força de lei, enquanto que, no IRDR não há alguém pleiteando direito alheio propriamente dito, motivo pelo qual se deve pensar em “uma

⁸² TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 80.

⁸³ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 977, incisos I a III. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 12. Nov. 2017.

⁸⁴ BRASIL. Artigo 977, incisos I a III, do Código de Processo Civil de 2015. Art. 974 A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23.Abr.2017.

⁸⁵ TEMER, Sofia. Op. cit., p. 139-141.

⁸⁶ Ibidem, p. 143.

nova concepção de direito ao contraditório”, considerando-se a participação dos sujeitos para exercício de direito ao convencimento⁸⁷.

Outra questão que também permeia as discussões acerca Código de Processo Civil de 2015 é a de uniformização da jurisprudência dos tribunais, o que vem expresso em seu art. 926, ao referir que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁸⁸.

Apesar de o Código não esmiuçar o que seria uma jurisprudência “estável, íntegra e coerente”, Didier, Braga e Oliveira assinalam que a interpretação de tais termos não se pode dar da mesma forma que feita quando na sua aplicação à ideia de *decisões judiciais* com tais características, ou, de forma mais ampla, da mesma forma como se aplica à teoria do Direito. Isso porque o art. 926 trata de enunciados normativos, não de enunciados doutrinários⁸⁹.

Em linhas gerais, dever de coerência consiste em determinado tribunal evitar contradições entre seus julgados e a “linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência”, bem como de seus próprios entendimentos. A integridade, por sua vez, relaciona-se à ideia de unidade do Direito, implicando certos deveres ao tribunal, como, por exemplo, decidir em respeito à Constituição Federal. Por fim, a estabilidade refere-se ao dever de justificar, de modo adequado, eventuais mudanças de entendimento, bem como modular a eficácia de tal alteração⁹⁰.

A uniformização de jurisprudência almejada pelo Código se torna possível através de sistemas como o de súmulas vinculantes e precedentes, caso a palavra jurisprudência seja tomada em seu sentido clássico: atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante⁹¹.

⁸⁷ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 141-146.

⁸⁸ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 926. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20. Out. 2017.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. 2., p. 276.

⁹⁰ Idem, p. 476-486.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 609-610.

Além disso, dando um novo sentido a essa concepção tradicional, sua uniformização pode vir de mecanismos como o julgamento de casos repetitivos, dispensando a múltipla reiteração de julgamentos que usualmente caracteriza tal vocábulo, a exemplo do funcionamento do mecanismo de incidente de assunção de competência, que dispensa expressamente a repetição de casos, consoante prevê o art. 947⁹² do CPC⁹³.

Nesse sentido, para alcançar a uniformização de jurisprudência almejada pelo art. 978 do CPC, a decisão que julga o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve ser feita pelo órgão colegiado que for especificamente responsável por tal uniformização. E para que a decisão oriunda desse colegiado seja legítima e, portanto, permita a aplicabilidade da tese definida de forma segura, deve-se expor, com clareza, no momento da instauração, qual o objeto do incidente, qual questão a ser solucionada, bem como os argumentos apresentados pelos sujeitos que tenham contribuído para o debate, observando-se a exigência de ampla divulgação e publicidade da instauração de julgamento⁹⁴.

⁹² BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Artigo 947 - É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20. Out. 2017.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 609-610.

⁹⁴ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2017, p. 200-201.

3 O IRDR: ENTRE A TUTELA DO CASO E A UNIDADE DA ORDEM JURÍDICA

Compreendida a localização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na temática do processo coletivo, deve-se analisar qual a função da decisão que resolve o questionamento posto para sua análise: essa decisão serve apenas para tutelar os casos que envolvam uma questão repetitiva, ou serve, de modo mais abrangente, a dar unidade à ordem jurídica?

Para que tal posicionamento seja entendido, é necessário perpassar pela diferenciação dos conceitos de jurisprudência, precedente e decisão judicial, bem como pelo detalhamento do que configura um precedente. Somente após tal diferenciação é que se pode entender as antagônicas posições doutrinárias sobre a função do IRDR em nosso ordenamento, bem como eventual função de dar unidade à ordem jurídica.

3.1 A ADOÇÃO DO IRDR NO CÓDIGO DE 2015: UMA COLETIVIZAÇÃO INCIDENTAL DA QUAL EMERGE UM PRECEDENTE?

Não se pode considerar que o IRDR sirva de modo automático à criação de precedente sobre o tema que envolve apenas porque foi concebido com função de uniformização jurisprudencial a partir da reunião de questões idênticas - ainda que oriundas de processos diferentes. Isso se dá porque tais conceitos não se confundem⁹⁵.

Acerca da diferenciação entre jurisprudência e precedente, Michele Taruffo refere que entre eles há, desde logo, uma diferenciação quantitativa: quando se fala em precedente, se refere, em geral, a uma decisão relativa a um caso particular, ao passo que a palavra jurisprudência remete a uma coletividade de decisões, relativas a vários e diversos casos concretos. Dessa diferença decorre, inclusive, uma dificuldade para se estabelecer quantas decisões são realmente necessárias para que se possa dizer que há, de fato, jurisprudência sobre alguma questão⁹⁶.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 609-611.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: Revista de Processo, vol. 199, 2011. p. 136-155.

Taruffo também relata uma diferença qualitativa entre os conceitos de jurisprudência e precedente: enquanto o precedente traz consigo uma regra universalizável que depende de um próximo julgador, em um novo caso, para que seja reafirmado enquanto tal, a jurisprudência é formada, dentro do conjunto de decisões que a compõem, por “formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas”⁹⁷.

Daniel Mitidiero, no mesmo sentido, refere que jurisprudência, súmulas e precedentes consubstanciam dois diferentes caminhos trilhados pelo direito brasileiro. Ao passo que a jurisprudência e as súmulas retratam influência do *civil law*, a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios denota influência do *common law*. O que o Novo CPC tenta fazer é conjugar ambos os sistemas e adequá-los à sua sistemática para prestação da tutela dos direitos⁹⁸.

Analisando a redação do art. 926⁹⁹ do CPC, Mitidiero refere que dele exsurge um questionamento sobre a intenção do legislador acerca de eventual equiparação dos conceitos jurisprudência e precedente. Nesse aspecto, faz diferenciação expressa entre os dois conceitos, atrelando-os, ainda, à diferenciação entre Cortes Superiores e Cortes Supremas¹⁰⁰.

Para o autor, a diferenciação entre os conceitos reside no fato de que o precedente, por emergir de Corte Suprema, significa “a última palavra da administração judiciária a respeito da questão sobre a qual versarem”, considerando a função dessas cortes em nosso sistema jurídico¹⁰¹. Na mesma esteira argumenta Hermes Zanetti Júnior, ao referir que a mera “jurisprudência persuasiva” não vincula, pois não possui eficácia normativa e, portanto, não deve ser classificada como precedente¹⁰².

Nessa seara de diferenciação entre precedente e jurisprudência há, a par da dicotomia que a seguir se vai desenvolver (sobre se a decisão que resolve o IRDR

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 81-82.

⁹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23. Out. 2017.

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 94-102.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 102

¹⁰² ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 343.

gera ou não precedente vinculante), há posicionamento doutrinário que afirma que o IRDR não serve sequer à uniformização de jurisprudência, justamente pela ausência de decisões reiteradas¹⁰³:

Na verdade, a unificação do julgamento da questão de direito tem um sentido oposto ao da uniformização da jurisprudência. A jurisprudência é uniformizada quando em razão de vários julgados divergentes há de se definir uma orientação que represente o entendimento da Corte. No caso de incidente de resolução de demandas repetitivas, decide-se antes do brotar de qualquer julgado ou entendimento. A decisão impede o surgimento de julgados diversos e, deste modo, torna desnecessária a uniformização de jurisprudência.

E não se pense que essa inversão é benéfica. Não se pode obter unidade antes do afloramento da discussão e do surgimento de decisões divergentes. A busca da uniformidade é passo que supõe prévio debate e divergência. Esse é o processo natural de maturação da jurisprudência das Cortes de Apelação.

Assim, a justificativa de uma decisão única para questões dotadas de plurititularidade só pode estar na vedação à multiplicação da litigação; não no encontro de uma decisão que possa significar “jurisprudência uniforme”.

3.2 O IRDR COMO “PRECEDENTE” ORIUNDO DE UM PROCEDIMENTO-MODELO

A questão da formação de um precedente a partir da decisão formada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não pode ser respondida sem que se analise a divergência presente na doutrina nacional acerca da própria conceituação de precedente. Isso porque, conforme posicionamento tomado, nem toda decisão que decide a controvérsia posta no Incidente constituirá um precedente propriamente dito, por não emergir das Cortes capazes de o criarem.

Inicialmente, sobre o destaque da temática dos precedentes no *civil law*, Marinoni, Arenhart e Mitidiero referem que há, na verdade, “uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e *common law*”, através de reforço, por parte dos ordenamentos de *civil law*, na necessidade de acompanhamento não só dos trabalhos legislativos, mas também das decisões dos tribunais nos ordenamentos, e, por outro lado, através de um maior empenho do *common law* em desenvolver o direito legislado¹⁰⁴.

Sofia Temer, da mesma forma, refere que a aproximação entre os sistemas de *common* e *civil law* se dá, entre outros fatores, em razão dos impactos do

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 605-606.

constitucionalismo (em que se alterou a concepção da atividade exercida pelo juiz); do fracasso da ideia de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando atividade interpretativa; da inflação legislativa e inatividade do legislador e, por fim, em razão de uma crescente demanda por segurança jurídica diante de processos judiciais que versem sobre a mesma questão¹⁰⁵.

Diante desse fenômeno de proximidade entre os dois ordenamentos, é latente a importância ocupada pelo sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil. Isso transparece, especialmente, nos artigos 926¹⁰⁶ e 927¹⁰⁷ do diploma, sendo invocado, ainda, em artigos como o 489¹⁰⁸, sobre fundamentação da sentença.

Para que sua conceituação reste clara, não se pode confundir precedente, decisão judicial e jurisprudência, erro em que incorre a redação do art. 926, conforme apontado pela doutrina nacional¹⁰⁹. A diferenciação entre precedente e jurisprudência já foi tratada neste trabalho e, quanto à primeira, Marinoni, Arenhart e Mitidiero fazem uma precisa distinção¹¹⁰:

Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem. Os precedentes emanam

¹⁰⁵ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2017, p. 202-206.

¹⁰⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 15. Nov.2017.

¹⁰⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Art. 926. Os juízes e os tribunais observarão (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 15. Nov.2017.

¹⁰⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Art. 498 – São elementos essenciais da sentença (...) § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 15. Nov.2017.

¹⁰⁹ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, ao elencarem os cinco vícios da redação do art. 926, referem que ele “alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos” p. 607

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios [livro eletrônico]. 4ª Ed em e-book baseada na 5ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos.

Em relação à definição de precedente, Hermes Zaneti Júnior o conceitua como o “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”, sendo que seu *core* é sua *ratio decidendi*. A diferença entre precedente e jurisprudência reside no fato de que, para Zaneti, há, nessa segunda, uma expressão das “tendências do tribunal”, que se manifestam apenas de forma persuasiva¹¹¹. O autor ainda acrescenta que não há falar em precedente meramente persuasivo, o que é sua eficácia mínima na visão de outros autores.

Nessa linha de pensamento, segundo Zaneti, uma vez exarado o precedente, ele se torna de observância obrigatória a todos os tribunais inferiores que a ele estão hierarquicamente submetidos, caracterizando a chamada vinculação vertical do precedente¹¹².

Ao lado da vinculação vertical pode-se ainda vislumbrar uma vinculação horizontal, que se dá dentro do próprio tribunal. Michelle Taruffo refere que, quando a observância do precedente ocorre dentro do próprio órgão que o criou, há o *self-precedent*. E, em que pese parte da doutrina tenha dado mais importância à eficácia vertical, a vinculação horizontal mostra-se tão importante quanto, na medida em que reflete coerência do tribunal com as próprias decisões¹¹³.

A conceituação de Didier, Braga e Oliveira por outro lado, é feita sob dois aspectos: em sentido amplo, precedente é a tomada de decisão frente a um caso concreto, cuja norma que dela se origina pode servir para julgamento posterior de casos análogos; em sentido estrito, é a *ratio decidendi* propriamente dita¹¹⁴.

A *ratio decidendi*, para ambos os casos, é, ao lado das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, uma das duas partes componentes do precedente,

¹¹¹ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 325-327.

¹¹² Idem, ibidem.

¹¹³ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: Revista de Processo, vol. 199, 2011. p. 136-155.

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. 2., p. 441-442.

segundo Cruz e Tucci. Ela consiste nos fundamentos que baseiam a decisão, na essência da tese jurídica que se mostra suficiente para decidir um caso concreto e é formada, de maneira geral, pela “indicação de fatos relevantes (*statement of material facts*), pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e pelo juízo decisório (*judgement*)”¹¹⁵.

A identificação do que é *ratio decidendi* é importante porque, em que pese ela se origine de uma decisão judicial, a integralidade da decisão em si não consiste em *ratio decidendi*. Serão *ratio* as “abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial”, que também não se confundem com fundamentação, pois essa se refere ao caso em particular, ao passo que aquela refere-se à unidade do direito¹¹⁶.

Assim, a tarefa de identificação destas “razões generalizáveis” cabe aos juízes que, em momento posterior analisam uma decisão e classificam-na como precedente, dela extraindo a norma central que pode incidir sobre novo caso, destacada do caso concreto em que foi aplicada¹¹⁷.

Justamente por nem toda parte da fundamentação servir à ideia de *ratio decidendi*, tem-se a figura da *obiter dictum*, argumentos que são postos na motivação, mas que não possuem influência tal a ponto de incidir sobre a decisão de forma substancial. É uma colocação paralela e dispensável, mas que serve de suporte ao caso sob análise na decisão. Segundo Fredie Didier, Braga e Oliveira, a composição de *obiter dictum* se dá de modo excludente ao da *ratio decidendi*: o que não compõe a *ratio*, é *obiter dictum*.¹¹⁸

Finalizando a questão da composição do precedente, apesar de a *obiter dictum* não estar elencada entre seus componentes, é importante salientar que o que em uma decisão é considerado *obiter dictum* pode, ao decorrer do trâmite processual,

¹¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 614.

¹¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. 2., p. 443

ser “erguido” à categoria de *ratio decidendi*, integrando o precedente. Da mesma forma, o que é *ratio decidendi* pode ser “rebaixado” à ideia de *obiter dictum*¹¹⁹.

Didier, Braga e Oliveira caracterizam o precedente como fato jurídico cujo tratamento varia conforme o direito positivo¹²⁰, posição também adotada por Daniel Mitidiero¹²¹. Desse fato decorrem efeitos que, segundo o autor, são diversos no direito brasileiro e decorrem diretamente da *ratio decidendi*, conforme corroborado pelo enunciado de n.º 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹²².

Os autores ainda apontam os seis efeitos jurídicos que o precedente pode ter no ordenamento brasileiro: vinculante (conforme o art. 927¹²³ do CPC); persuasivo; obstativo da revisão de decisões; autorizante; rescidente; de revisão de sentença.

Em linhas gerais, o precedente vinculante – a que muitos associam a eficácia da decisão do IRDR – é dotado de *binding authority*, ou seja, autoridade vinculante em relação aos casos que disponham sobre situações análogas e a ele sejam supervenientes. A relação do que constitui precedente vinculante no ordenamento brasileiro estaria arrolada no art. 927¹²⁴ – entendimento ao qual deve-se fazer a ressalva de que existe posicionamento contrário, no sentido de que nem toda decisão arrolada no art. 927 é automaticamente vinculante, a depender da Corte da qual se origina.

Além da eficácia vinculante, pode-se ter eficácia persuasiva, eficácia mínima de todo precedente, servindo como orientador ao magistrado que o aplica. Também pode ter eficácia de obstar a revisão de decisões; ser “autorizante”, a ponto de determinar a admissão ou acolhimento de ato postulatório; ser rescidente, com efeito de retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado; e, por fim, podem permitir a revisão de coisa julgada¹²⁵.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*.

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 453.

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. In: Revista de Processo, vol. 206, 2012. p. 61-78.

¹²² Enunciado n.º 317 - O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

¹²³ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 1. Dez. 2017.

¹²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. 2., p. 455.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 456-460.

Hermez Zaneti Jr. propõe classificação diversa em sua obra “O valor vinculante dos precedentes”, como precedentes normativos vinculantes, formalmente vinculantes e formalmente vinculantes fortes, negando a ideia de precedente como persuasivo. O autor esclarece, desde o início, que a ideia de vinculação formal remete ao fato de que eventual julgamento que não respeite um precedente vinculante não pode ser considerado “juridicamente correto”¹²⁶.

Nesse sentido, Zaneti refere que há precedentes *normativos vinculantes*, assim compreendidos a partir de uma perspectiva de argumentação, independentemente de lei formal, constituindo verdadeira “presunção a favor do precedente”; precedentes normativos *formalmente vinculantes*, cuja diferença para a primeira categoria decorre de uma obrigatoriedade formal de levá-los em consideração e, por fim, precedentes *formalmente vinculantes fortes*, que existem quando há lei que reforça uma presunção em seu favor, através de obrigatoriedade de segui-lo¹²⁷.

A parcela doutrinária que trabalha com a criação de precedentes sem vinculá-la ao tipo de corte da qual se originam, defende que a decisão que define o IRDR constitui “precedente vinculante”, diferenciando-o das demais categorias supracitadas.

Essa é a posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., ao referirem que as decisões que julgam casos repetitivos (aqui entendidos como o IRDR e o recurso especial e extraordinário repetitivos) formam “precedentes obrigatórios, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a eles subordinados” e que pertencem a dois microssistemas¹²⁸: um, destinado a gerir e julgar casos repetitivos e outro, destinado à formação de precedentes obrigatórios¹²⁹.

¹²⁶ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 341

¹²⁷ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 343-345.

¹²⁸ Conforme leciona Passo Cabral, tal entendimento é corroborado pelo enunciado de n.º 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico], 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 673-674.

Antônio do Passo Cabral também defende essa ideia¹³⁰, referindo que o procedimento do IRDR foi pensado de forma a criar um precedente vinculativo, servindo como uma “canalização institucional do debate para a formação de precedentes”. Para tanto, o tribunal, ao julgá-lo, deve pensar em uma *ratio* que sirva não só ao caso sob julgamento, mas potencialmente aos casos já suspensos e futuros, refletindo em uma necessidade de enfrentamento de todos os argumentos suscitados pelos legitimados, sejam contrários, sejam favoráveis à tese, o que restou elucidado pelo Enunciado 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹³¹.

Sofia Temer tem o mesmo entendimento, fazendo, contudo, uma ressalva: as decisões que julgam o incidente não ganham automaticamente status de precedente com eficácia vinculante, o possuindo somente se observarem os procedimentos e prerrogativas que legitimam a decisão, quais sejam, a devida participação dos interessados no debate e fundamentação exaustiva¹³².

No âmbito de uma decisão que constitui precedente, deve-se atentar, em razão da segurança jurídica, às técnicas que assinalam eventual mudança de entendimento por um tribunal¹³³. Isso porque, ao definir uma tese, o órgão julgador constitui uma regra aplicável aos casos futuros, definindo um *stare decisis* cujo objetivo enquanto tal é densificar a segurança jurídica e “promover a liberdade e igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”¹³⁴.

Aqui cabe a ressalva de que conforme aponta Hermes Zaneti Jr., em que pese muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, *stare decisis* e precedente não se confundem¹³⁵:

Stare decisis e precedentes são costumeiramente utilizados como sinônimos em razão de seu sentido muito próximo, contudo não se equivalem, da mesma forma que *stare decisis* não se equivale à *common law*. O princípio do *stare decisis* assegura um predicado – a estabilidade – voltado para as

¹³⁰ CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico], 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹³¹ 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”

¹³² TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2017. p. 217.

¹³³ Idem, ibidem.

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

¹³⁵ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 332

decisões do tribunal, sendo especialmente voltado para as próprias cortes que estabelecem um precedente, forçando o cotejo racional das decisões dos casos-precedentes aos casos-atuais.

Os precedentes judiciais, por sua vez, identificam-se mais com o processo seguido pelos tribunais como o resultado do *stare decisis*, atingindo igualmente os tribunais e juízes de hierarquia inferior, os quais devem aplicar o conteúdo dos precedentes independentemente de suas razões.

Pelo viés de que a decisão que fixa a tese no IRDR forma precedente, sendo permitida sua revisão, conforme dispõe o art. 986 do CPC, deve-se utilizar dos instrumentos doutrinariamente apontados como suficientes a uma alteração de entendimento que assegure segurança jurídica¹³⁶.

Aqui cabe referir que a decisão que resolve o incidente não faz coisa julgada, em especial porque essa não pode ser condicionada, e a possibilidade de alteração da tese fixada no IRDR está justamente condicionada a alterações econômicas, sociais ou jurídicas, por exemplo. Trata-se de uma “preclusão extraprocessual *ceteris paribus*”, conforme definição de Antonio do Passo Cabral:

A estabilidade das decisões que encerram o IRDR tanto da que inadmite o incidente quanto da que aprecia seu mérito têm natureza de preclusão extraprocessual *ceteris paribus*. Isto é, mantidos as mesmas circunstâncias fáticas e o status interpretativo e aplicativo das questões jurídicas envolvidas, não podem ser modificadas as decisões: não pode ser renovada a provocação do incidente (no caso de decisão de inadmissibilidade); e não pode ser revista a tese (em caso de decisão de mérito).

Nesse íterim, as Cortes podem superar o precedente formado pelo IRDR, através de *overruling*, ou fazer uma diferenciação dele a um caso diverso, por meio do *distinguishing*.

Acerca da distinção (*distinguishing*), Luiz Guilherme Marinoni, ao fazer referência em um contexto de aplicação em Cortes Supremas, diz que essa técnica permite uma melhor compreensão da extensão ou da limitação do precedente, analisando o contexto fático de um caso e, eventualmente, o distinguindo daquele que deu origem ao precedente. Marinoni ainda acrescenta que esta técnica “viabiliza o desenvolvimento do direito ao estender o precedente a outra situação e ao permitir a regulação do novo caso mediante outra fórmula”¹³⁷.

¹³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas Cortes Supremas [livro eletrônico]. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª. Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

O *overruling*, por sua vez, consiste na superação total de um precedente, o que ocorre diante de mudanças sociais ou jurídicas que acabam por gerar inconsistência entre a realidade e o precedente até então fixado. E, justamente por ser a alteração total de um precedente, o *overruling* demanda, em nome da segurança jurídica, que tal superação seja sinalizada pela Corte que o fizer (*signaling*), devendo, ainda, possuir eficácia apenas para o futuro (*prospective overruling*)¹³⁸.

Nesse sentido, havendo possibilidade de alteração do entendimento fixado no IRDR, deve o Tribunal garantir a máxima publicidade da instauração desse incidente capaz de alterar tese já fixada, da mesma forma em que garantiu publicidade do incidente que fixou a tese. Isso se dá porque, admitido o incidente que possa mudar o entendimento até então prevalente, deve-se seguir a mesma sistemática da sua formação inicial, ainda que isso não esteja expresso no Código de Processo Civil¹³⁹.

Cabe dizer, ainda, que a superação parcial de um precedente (*overturning*) pode se dar de duas formas: por meio de transformação (*transformation*) ou por meio de reescrita (*overriding*). Trata-se de uma solução que reconfigura parcialmente um precedente, sem o negar formalmente, a ser utilizada quando o *overriding* não for oportuno ou necessário¹⁴⁰.

Por fim, quanto à alteração do precedente, Antonio do Passo Cabral propõe que os tribunais busquem, de forma livre, mecanismos que assegurem uma “ponte de continuidade jurídica”, de forma a reduzir o impacto da sua alteração. O autor elenca possíveis ferramentas de forma explicativa, como “a compensação financeira, a ajuda de adaptação, cláusulas de exceção e opção” ou a modulação temporal¹⁴¹.

3.3 O IRDR COMO PROIBIÇÃO DA RELITIGAÇÃO DE UMA QUESTÃO REPETIDA

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 615-617.

¹³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁴⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. Loc. cit.

¹⁴¹ CABRAL, Loc. cit.

Em oposição à ideia de que a decisão resultante do Incidente cria um precedente vinculante, tem-se a concepção de que tal decisão é mera “proibição de relitigação de uma questão repetida”, por, dentre outros fatores, advir de Cortes que não possuem a capacidade de emanar precedentes.

Antes que se avalie essa segunda forma de classificar o Incidente, deve-se analisar os dois papéis que as cortes podem ocupar em um sistema jurídico, seja enquanto Cortes Superiores, seja como Cortes Supremas. Essa diferenciação é substancial não só para a caracterização do precedente, como também na estruturação de um sistema processual que seja capaz de dar unidade ao Direito e tutelar direitos de forma adequada, efetiva e tempestiva¹⁴².

As Cortes Superiores são aquelas competentes para controlar a legalidade das decisões a ela submetidas, agindo de forma a “defender a legislação”. Sua atuação se dá caso a caso, mediante provocação via recurso de uma parte processualmente interessada. Dessa forma, utilizando-se de uma jurisprudência uniforme, desempenham o controle da legalidade da decisão recorrida, gerando decisões que versam sobre a interpretação da lei a um caso concreto¹⁴³.

Sobre a questão da jurisprudência uniforme nas Cortes Superiores, refere Mitidiero¹⁴⁴:

Nessa linha, é certo que a Corte Superior tem o dever de uniformizar a jurisprudência, mas esse dever é meramente instrumental em relação ao seu efetivo escopo de controle de legalidade das decisões judiciais. É um dever menor. A jurisprudência uniforme interessa apenas como meio de tutela da legalidade diante das decisões judiciais. (...) Essa uniformização, no entanto, atua apenas no influxo do escopo de controle casuístico das decisões recorridas. A uniformização da jurisprudência não é o ponto de chegada da Corte Superior, mas é o seu ponto de partida, a partir do qual ela desempenha a sua efetiva função de tutela da legalidade contra as decisões judiciais.

Acerca da eficácia de suas decisões, o mesmo autor predispõe que se trata de eficácia *ex tunc*, restrita às partes do caso concreto e cuja jurisprudência não constitui fonte primária do direito.

A atuação de Cortes Superiores se dá após uma violação ao Direito, de modo que age com fins de “sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente [livro eletrônico]. 1ª Ed. em e-book baseada na 2ª Ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁴³ Idem, ibidem.

¹⁴⁴ Idem, ibidem.

seus efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão”. Seria, nesse ínterim, uma corte de reação às violações ao Direito, cuja atuação se volta ao passado¹⁴⁵.

Considerando esse campo de atuação repressivo, não se pode dizer que a atuação de Cortes Superiores é voltada à interpretação da lei. A interpretação, nessa seara, é meio para a obtenção da finalidade de controle de legalidade, havendo mais regulação de aplicação da legislação do que interpretação propriamente dita¹⁴⁶.

A outra classificação possível para a atuação das cortes em um sistema jurídico é como Cortes Supremas. São cortes que, nos sistemas de *civil law*, em definição de Luiz Guilherme Marinoni “foram concebidas para corrigir – seja mediante cassação ou revisão – a interpretação da lei”, assumindo uma função “de atribuir sentido ao direito quando se admite que o Judiciário trabalha ao lado do Legislativo para a frutificação do direito”¹⁴⁷.

A atuação de Cortes Supremas mostra-se de extrema necessidade a partir da reconhecida dissociação entre texto e norma. Isso porque, não correspondendo o texto à norma e sendo esta uma interpretação daquele, faz-se necessária uma justificação da interpretação adotada. E é em razão dessa necessidade de justificação que atuam as Cortes Supremas: tanto para definir o resultado da interpretação, quanto para salvaguardar um adequado processo interpretativo¹⁴⁸.

Hermes Zaneti Jr. assinala uma gradativa alteração na função das Cortes Supremas em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, que saíram de uma concepção voltada a atuar como “corte de controle”, preocupadas com a correta aplicação da legislação, e passaram a ter atuação voltada à interpretação e consequente uniformização do direito¹⁴⁹.

Essa alteração gradativa de atuação tem reflexos, por exemplo, no modelo de julgamento que por elas é realizado e no comportamento esperado de seus julgadores. Isso porque um modelo voltado à resolução do caso está mais preocupado

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas Cortes Supremas [livro eletrônico]. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª. Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁴⁸ MITIDIERO, Loc. cit.

¹⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 313.

como o interesse das partes e os argumentos por elas suscitados, ao passo que o modelo atual, com fins de dar unidade ao direito, demanda um “aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas”¹⁵⁰.

Dessa forma, em contraposição às Cortes Superiores, a atuação das Cortes Supremas é feita “para o futuro”, dando unidade ao direito de duas formas: uma para resolver questões já controvertidas em tribunais (retrospectiva) e outra para desenvolver o direito resolvendo questões jurídicas novas¹⁵¹.

Há, portanto, uma nítida distinção entre recurso que é dirigido a uma Corte Superior e o recurso que é dirigido a uma Corte Suprema, na medida em que, no segundo caso visa à adequada interpretação do Direito. Isso promove, reflexamente, a unidade do direito, que é, essencialmente, “a orientação da sociedade civil a respeito do significado do Direito em determinado caso e efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário ao sentido outorgado pela Corte Suprema”, bem como seu “adequado desenvolvimento” diante das “novas necessidades sociais”¹⁵².

Quanto à correlação entre Cortes Supremas e precedentes, Hermes Zaneti Jr. refere expressamente que “a teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas”¹⁵³, o que é corroborado pela ideia de que, por exercerem atividade primordialmente interpretativa do Direito, a justificação de suas decisões é imprescindível e são essas razões da interpretação que dão corpo aos precedentes¹⁵⁴.

O precedente é, nesse objetivo de dar unidade ao direito, a concretização da interpretação com uma eficácia para além das partes envolvidas no caso em que ela ocorreu, tendo, na visão de Daniel Mitidiero, uma eficácia vinculante que decorre diretamente da própria função desse tipo de corte¹⁵⁵.

Conjugando a temática das Cortes Supremas, precedentes e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Luiz Guilherme Marinoni nega a criação de um precedente vinculante pela decisão que julga o Incidente. O autor baseia-se,

¹⁵⁰ MARINONI, Loc. cit.

¹⁵¹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente [livro eletrônico]. 1ª Ed. em e-book baseada na 2ª Ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁵² Idem, ibidem.

¹⁵³ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 311.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas, 2017. [edição digital]

¹⁵⁵ MITIDIERO, Loc. cit.

dentre outros, em um argumento acerca da origem de tal decisão e da incapacidade das Cortes Superiores de criarem precedentes propriamente ditos.

Nesse sentido, o autor, fazendo a ressalva de que nem toda decisão de Corte Suprema constitui precedente, refere que “função das Cortes Supremas é claramente incompatível com a difusão de recursos perguntando sobre a solução de uma mesma questão de direito”, espectro no qual se encontra o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. E, não sendo essa a função das Cortes Supremas, Marinoni aponta um equívoco do legislador do Código de Processo Civil de 2015, ao presumir que tais cortes poderiam contribuir na otimização do julgamento dessas demandas repetitivas¹⁵⁶.

O posicionamento de Marinoni ainda é reafirmado em conjunto com Arenhart e Mitidiero, que dispõem¹⁵⁷:

O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. (...) Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. Bem por isso, como é obvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.

Isso não significa que a decisão de uma Corte Suprema sobre Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não possa formar precedente de maneira alguma. Para que configure formação de precedente, a decisão, além de ter sido tomada por Corte Suprema, deve ser aplicada “em casos que tratem de questões similares, marcadas por circunstâncias fáticas diferentes, mas que exijam a mesma *ratio decidendi*”¹⁵⁸.

Ademais, para que haja formação de precedente em uma Corte Suprema, deve-se observar outros requisitos, como *ratio decidendi* formada pela maioria dos

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 12.4.2.1. Meio processual para resolução de litígios de que derivam casos em massa e sistema de precedentes das Cortes Supremas: decisão erga omnes e precedente

¹⁵⁸ MARINONI, Loc. cit.

integrantes do órgão colegiado que prolataram a decisão e formação da decisão em consonância com as normas constitucionais¹⁵⁹.

Marinoni ainda tece outra crítica à ideia de que a decisão do IRDR gera precedente. O autor refere que a resolução do Incidente, por si só, não gera “tese jurídica”, tampouco possui *ratio decidendi*. Isso porque “tese jurídica” é o fundamento “que determina a solução do caso ou do recurso, considerada a moldura fática em que as razões determinantes da Corte estão inseridas”. Nesse viés, não se pode falar em tese jurídica quando esta incidir em um caso abstrato, sob pena de se tornar incapaz de regular um caso¹⁶⁰.

Quanto à *ratio decidendi*, o autor nega que a decisão do IRDR esteja com ela relacionada, em especial porque ela é voltada a “orientar a vida social e casos futuros”, não havendo falar em *ratio decidendi* em uma decisão que é voltada sobretudo aos litigantes.

Por fim, o autor critica expressamente a opção do legislador em falar em aplicação de uma “tese jurídica” a um caso quando sequer se permite a representação adequada dos litigantes. Nesse caso, não se permitindo adequada representação, o que lhes é garantido constitucionalmente, não se pode falar em formação de precedente, o que só será possível a partir do momento em que puderem ser adequadamente representados perante um tribunal que seja capaz de criar precedentes. Até que isso aconteça, o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas é, na visão do autor, mera proibição de relitigação da questão prejudicial que ele resolveu¹⁶¹.

Sobre o viés trabalhado por Marinoni, Sofia Temer o comenta e dele discorda. Referindo que¹⁶²:

Não há agrupamento ou coletivização no incidente, senão dessubjetivização, o que faz com que a decisão sobre a situação concreta, sobre a demanda, apenas ocorra quando da posterior aplicação do entendimento fixado em IRDR ao caso específico, o que tem consequências relevantes, inclusive para fins de verificar-se a coisa julgada e potencial rescisão pela via adequada. (...)

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶⁰ Idem, ibidem.

¹⁶¹ Idem, ibidem.

¹⁶² TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2 ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2017, p. 245-250.

Parece-nos, então, que ao pretender distanciar o IRDR do “precedente” – o que possivelmente decorre do fato de que Marinoni adota o entendimento de que apenas as Cortes Supremas têm a incumbência de outorgar sentido ao direito – criou-se uma simples negação de questões basilares do novo instituto, notadamente sua pretensão de garantir previsibilidade na resolução de conflitos, orientando a sociedade.

Nesse aspecto, a autora refere que “o modelo proposto por Marinoni é pensado precipuamente para casos em que as *demandas* são repetitivas” e que justamente por ser centrado na questão da demanda ou de relação jurídica concreta que vincula os litigantes dos processos repetitivos, “falha em desconsiderar a dicção do art. 928 do CPC, que dispõe claramente que o IRDR pode ter por objeto questão de direito processual”.

O contraponto apresentado por Temer ao pensamento de Marinoni e outros consubstancia a efervescência do debate acerca da criação de precedente pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em razão, sobretudo, pela divergência havida na conceituação de precedente, primordial para que se então defina a espécie do resultado da decisão do IRDR.

4 CONCLUSÃO

Compreender qual a função da decisão que fixa tese no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é de suma importância para que se saiba qual a *força* que tal decisão possui em nosso ordenamento jurídico. E, sendo o IRDR um instrumento novo, de aplicação ainda reduzida nos tribunais brasileiros, deve-se perquirir sobretudo as opiniões doutrinárias acerca dessa função que, ao longo deste estudo, restaram consolidadas em duas posições: uma de que a decisão final do IRDR serve à criação de precedente vinculante e outra de que tal decisão não serve à criação de precedente, em especial pela função que as cortes superiores exercem.

Esse entendimento, portanto, perpassa pela diferenciação de precedentes, decisão judicial e jurisprudência, a fim de que se possa entender se a decisão do IRDR pode formar precedente e se possui o condão de uniformizar a jurisprudência, finalidade constante de forma expressa nos artigos 926 e 927, inciso III, do Código de Processo Civil.

Nesse viés e, tendo em vista os conceitos apresentados neste trabalho, entende-se que a decisão que finaliza o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sequer serve à uniformização de jurisprudência almejada pelo legislador do Novo Código, uma vez que para tanto haveria necessidade de um conjunto de decisões relativas a um mesmo caso, ou a casos com extrema similaridade entre si. Não é isso, contudo, que o Incidente faz, uma vez que se presta a coletivizar uma questão que até então aparecia de forma repetida em litígios individuais, e a resolve através de uma decisão única.

Não configurando um conjunto de decisões, outra possível função da decisão que resolve o IRDR seria a de criar precedente vinculante. Diante disso, percebe-se que boa parte da doutrina nacional propõe a criação de precedente a partir do IRDR, em especial pela redação dada ao art. 976 do CPC, bem como as intenções manifestadas quando da redação do Código.

Ocorre que, apesar da intenção de se atribuir força vinculante a tal decisão, não se pode negar sua origem e a função da corte que a prolata. Nesse sentido, a diferenciação entre cortes superiores e cortes supremas é precípua para se entender que, apesar da intenção, o Incidente não serve à criação de precedente, seja porque resolvido em cortes que tem uma atuação essencialmente repressiva e voltada para

deliberar sobre conflitos já instaurados, seja porque lhe falta uma representatividade adequada a ponto de se tornar uma decisão legítima que cumpra uma função tão relevante quanto a de uniformização do Direito.

Atribuir eficácia vinculante automática à decisão do IRDR seria desnaturar o processo que tem gradativamente elevado as Cortes Supremas à uma atuação voltada para a correta interpretação e aplicação do direito, voltada essencialmente para o futuro. E, havendo essa desnaturação, corre-se o risco de comprometer, dentre outros princípios, a isonomia e a celeridade processual.

Portanto, em que pese o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tenha sido pensado para que tenha função de uniformizar jurisprudência e gerar precedentes, percebe-se uma imprecisão no uso destes termos, o que, de fato, não compromete seu trâmite, mas enfraquece a intenção de tornar vinculante a posição nele tomada.

Nesse cenário, não havendo falar em “precedente” oriundo do IRDR, adota-se a posição de Luiz Guilherme Marinoni, para quem sua eficácia é obstativa quanto à relitigação da questão resolvida e, sendo obstativa de uma discussão, tal decisão só é legítima a partir do momento em que se possibilitar aos litigantes adequada participação no Incidente, o que não resta claro na sistemática apresentada pelo Código.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, segurança, massificação e proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 196, jun/2011.

ANDREWS, Neil. **Fundamentals of multi-party or collective litigation**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 231, maio/2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). Processo coletivo: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 209-229.

CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. Revista de Processo, vol. 147, maio/2007.

CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (Orgs.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil [livro eletrônico]**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)** [livro eletrônico]. 1ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016..

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª Ed. Salvador : JusPodivm, 2015. Vol. 2

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 3.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo coletivo**. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 4.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1947.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas Cortes Supremas** [livro eletrônico]. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª. Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. vol. 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 243, maio/2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente [livro eletrônico]**. 1ª Ed. em e-book baseada na 2ª Ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual, sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **“A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance”**. Em: BITTAR, Carlo Alberto (coord.). Responsabilidade civil por danos a consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 199, setembro/2011.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.