

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A ESTAGNAÇÃO JURISPRUDENCIAL

THE REPETITIVE DEMAND RESOLUTION INCIDENT AND STAGNATION OF JURISPRUDENCE

Franklyn Gomes Silveira¹

SUMÁRIO

Introdução; 1. Incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema processual coletivo brasileiro; 1.1. Considerações iniciais; 1.2. Estruturação dogmática do IRDR; 1.3. A eficácia vinculante da decisão; 2. O problema da estagnação hermenêutica; 2.1. O papel dos precedentes; 2.2. O engessamento da interpretação do direito; Conclusão; Referências.

RESUMO

Diante da crescente litigiosidade de massa no Brasil, o legislador desenvolveu o processo coletivo e instaurou novas técnicas processuais para responder a essa nova realidade. Desse modo, criou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas para fixar tese jurídica a ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e aos casos futuros que também discutam a mesma questão de direito no âmbito do Tribunal local ou regional. Portanto, no presente trabalho, será demonstrado que o efeito vinculante do precedente oriundo do incidente impossibilita o magistrado de rediscutir a questão jurídica posta em juízo, causando um engessamento da interpretação do direito e uma consequente estagnação hermenêutica. Desse modo, faz-se necessário a criação de mecanismos de superação desses precedentes a fim de garantir a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente. Tese jurídica. Precedente. Efeito vinculante.

ABSTRACT

Faced with the growing mass litigation in Brazil, the legislator developed the collective process and established new procedural techniques to respond to this new reality. In this way, the repetitive demand resolution incident was created to establish a legal theory to be applied to all individual or collective cases that deal with the same issue of law and to future cases that also discuss the same issue of law in the Court of Justice local or regional. Therefore, in the present work, it will be demonstrated that the binding effect of the precedent from the incident makes it impossible for the magistrate to

¹ Artigo apresentado no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Doutor Paulo Mendes de Oliveira.

rediscuss the legal question posed to her, causing a breach of the interpretation of law and a consequent hermeneutical stagnation. It is necessary to create mechanisms overcoming these precedents to ensure legal certainty.

KEYWORDS: Incident. Legal thesis. Precedent. Binding effect.

INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi criado como mais um mecanismo para dar celeridade no julgamento de inúmeras ações ajuizadas que versem sobre a mesma questão de direito. Esse instituto é uma resposta à crescente litigiosidade de massa que surgiu no Brasil, o que proporcionou a necessidade de uma maior preocupação com os direitos individuais homogêneos.

No ordenamento jurídico brasileiro, tais direitos receberam relevante importância, uma vez que o legislador desenvolveu o processo coletivo com a edição da Lei da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, por fim, criou o Código de Defesa do Consumidor em 1990. Portanto, nota-se que esse arcabouço jurídico garantiu ao jurisdicionado pleitear pelos chamados direitos metaindividuais, quais sejam: difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No presente trabalho, compreender o conceito dos direitos individuais homogêneos é essencial. Conforme será demonstrado, o legislador teve o objetivo de salvaguardar de maneira coletiva o caráter individual do direito tutelado. Nessa medida, após a valorização dos direitos individuais homogêneos, o país deparou-se com um crescente número de demandas individuais idênticas, surgindo as chamadas demandas repetitivas.

Diante dessa realidade, o Judiciário não conseguiu atuar de forma efetiva, visto que os magistrados proferiam decisões diferentes para casos idênticos, causando uma evidente insegurança jurídica e quebra de isonomia. Para garantir um provimento jurisdicional adequado, surgiu no Brasil um microsistema processual coletivo, criado com o objetivo de ampliar e fortalecer a tutela jurisdicional coletiva.

Ocorre que essas ações coletivas não foram mecanismos suficientes para responder de forma eficiente ao volumoso e crescente ajuizamento de ações individuais. Portanto, para reduzir o tempo de duração do processo e aumentar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, surgiram novos mecanismos

processuais como alternativas à resolução dos litígios de massa, formando o denominado sistema de precedentes.

Dessa forma, fortalecendo esse sistema, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105 de 2015, estabeleceu uma nova técnica processual denominado incidente de resolução de demandas repetitivas, criada com o objetivo de fixar teses jurídicas, as quais serão elaboradas por órgão competente de Tribunal local ou regional e aplicadas a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

No entanto, conforme será exposto, o efeito vinculante do IRDR acaba indo de encontro ao caráter problemático e argumentativo do direito, impossibilitando o magistrado de rediscutir a questão jurídica posta em juízo. Dessa forma, é evidente o engessamento da interpretação do direito e a conseqüente estagnação hermenêutica.

Por fim, diante dessa realidade, será demonstrada a necessidade de o legislador estabelecer técnicas processuais capazes de permitir o desenvolvimento do direito, possibilitando a superação dos precedentes formados com o julgamento de IRDRs.

1. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

1.1 Considerações iniciais

O sistema processual brasileiro tem enfrentado grandes dificuldades com o surgimento dos conflitos de massa. A Constituição da República de 1988 acabou intensificando essa nova realidade, uma vez que acabou conferindo tutela aos chamados interesses homogêneos e aos coletivos em sentido estrito.

No entanto, a garantia dessa diversidade de direitos acabou atingindo diretamente o Poder Judiciário, tendo em vista que aumentou a procura do Estado-

juiz pelos jurisdicionados para protege-los, impossibilitando uma prestação jurisdicional adequada.²

À vista disso, o direito processual civil brasileiro teve que passar por algumas mudanças para adaptar-se à nova realidade do país, uma vez que ainda na década de 80, o direito material e processual brasileiro não cuidavam das poucas relações jurídicas plurissubjetivas existentes.³

Dessa forma, algumas situações específicas no Brasil discutiam a defesa de interesses comuns, como, por exemplo, o condomínio *pro indiviso* perante um bem comum; os coerdeiros diante da herança; os sócios em face de deliberações tomadas pelas assembleias da sociedade, etc.⁴

Era evidente que, naquela época, o processo civil brasileiro lidava com mais demandas individuais do que àquelas de caráter coletivo. Exemplo disso, se vê nos processos que geralmente diziam respeito a casos especiais como de litisconsórcio, de intervenção de terceiros e de legitimação extraordinária, que eram utilizados como um modo de fazer com que a coisa julgada causasse efeitos a todos os sujeitos envolvidos numa relação jurídica comum. Ou seja, essas técnicas processuais não asseguravam a tutela coletiva de direitos, mas sim de forma individual.⁵

Apesar dessa realidade, a Ação Popular inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a tutela judicial de interesse público. Esse instituto jurídico esteve previsto nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e, mantida pela Carta Magna de 1988. Seu procedimento foi regulamentado pela Lei nº 4.717 de 1965.⁶

Entretanto, a Lei de Ação Popular tutelava o interesse público de forma bastante limitada, haja vista ter basicamente o escopo de pleitear a nulidade de atos lesivos à Administração Pública. Dessa forma, considerando as mudanças na

² ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. As ações coletivas de direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (ir dr): análise comparativa. **Revista Forense**, 112, n. 424, p. 287-315, jul./dez.2016.

³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pág. 111

⁴ Idem, 2015, p. 112.

⁵ Idem, 2015. p. 112.

⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4.ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 58-59.

estrutura social e o conseqüente surgimento de novas demandas da sociedade, criou-se uma nova visão acerca dos direitos fundamentais, os chamados de terceira geração ou direitos difusos. Desse modo, Eduardo Talamini afirma que:

No curso do século XX assistiu-se à tomada de consciência acerca da existência e à própria multiplicação dos direitos ditos de 'terceira geração'. Consolidados os direitos de defesa em face do Estado e a afirmação (ao menos virtual) de direitos fundamentais sociais, o passo seguinte foi a identificação de direitos mais amplos, que pertencem a todos os integrantes da coletividade, de modo indivisível: o direito ao meio ambiente saudável; à incolumidade do patrimônio público; à preservação do patrimônio histórico, cultural, artístico – assim por diante.⁷

Nesse sentido, para ser possível assegurar os direitos de terceira geração, o processo coletivo tornou-se o principal mecanismo utilizado para garantir a tutela aos direitos transindividuais. Esse é o entendimento de Paula Aparecida Abi-Chahine quando afirma que:

O processo coletivo foi a primeira resposta da legislação aos chamados direitos de terceira geração, caracterizados por sua transindividualidade e indivisibilidade. Foi justamente a teoria da segunda onda renovatória do processo, idealizado por Mauro Cappelletti e Brian Garth, que despertou a necessidade de uma efetiva representação e tutela dos direitos coletivos *latu sensu* por intermédio das ações coletivas, ampliando a possibilidade de acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário.⁸

Dessa forma, para responder aos novos conflitos de caráter metaindividual oriundos da sociedade contemporânea, foi necessário instituir técnicas adequadas de solução das novas demandas.

Portanto, após o surgimento da Lei de Ação Popular, o legislador preocupou-se em proteger de forma mais efetiva as questões que envolviam a tutela jurisdicional dos interesses coletivos. Nesse sentido, foi editada a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.

⁷ TALAMINI, Eduardo. **A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015**. In: Processo coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 109-131.

⁸ ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. As ações coletivas de direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (ir dr): análise comparativa. **Revista Forense**, v. 424, p. 287-315, jul./dez.2016.

7.347/85), que “figurou como verdadeiro marco na implementação do processo coletivo”.⁹

Seu surgimento ampliou tanto o objeto da tutela coletiva quanto os legitimados para propô-la perante o Judiciário, quais sejam: o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, a autarquia, a empresa pública, a sociedade de economia mista, a associação civil, constituída há pelo menos um ano (incisos I a V, do art. 5º, da Lei 7.347/1985).¹⁰

Todos estes são legítimos para ajuizar uma Ação Civil Pública com o objetivo de discutir perante o Judiciário brasileiro a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (i) ao meio ambiente; (ii) ao consumidor; (iii) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (iv) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; (v) por infração da ordem econômica; (vi) à ordem urbanística; (vii) à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e (viii) ao patrimônio público e social.¹¹

No entanto, conforme bem aponta Ricardo de Barros Leonel, a Lei da Ação Civil Pública surgiu para resguardar somente os interesses difusos, haja vista que somente a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 9.078/1990) conferiram tutela aos interesses homogêneos e aos coletivos em sentido estrito.¹²

Ainda acrescenta que:

A ampliação das espécies de interesses tutelados, associada à da legitimação, conferiu maior área de incidência abstrata e concreta ao processo coletivo. Permitiu a mais efetiva atuação jurisdicional, reduzindo sensivelmente o nível de marginalização, com relação ao acesso à Justiça e à denominada ordem jurídica justa, de situações

⁹ LEONEL, op. cit., p. 131.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 jul.1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01 ago. 2017.

¹¹ LEONEL, op. cit., p. 131.

¹² LEONEL, op. cit., p. 131.

que não encontravam o adequado aparato instrumental para sua pacificação.¹³

Assim sendo, o processo coletivo no Brasil teve um grande avanço com a edição da Lei da Ação Civil Pública, possibilitando uma atenção especial aos direitos coletivos. E logo em seguida, a promulgação da Constituição Federal de 1988 continuou com o mesmo objetivo, ampliando a tutela dos interesses supraindividuais através de novos meios para assegurá-los em juízo.

Nessa perspectiva, a Carta Magna possibilitou a representação judicial ou extrajudicial pelas entidades associativas, quando expressamente autorizadas por seus filiados (art. 5º, XXI); e trouxe as figuras das ações processuais coletivas específicas como ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Por fim, a evolução legislativa do processo coletivo no Brasil continuou na década de 90 com a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) por meio da edição da Lei nº 8.078/1990. Seu objetivo foi disciplinar as particularidades das relações consumeristas, protegendo o consumidor, ante a sua posição de fragilidade nessas relações.

Além disso, na seara processual, o CDC propôs uma interpretação mais extensiva aos limites subjetivos da coisa julgada, sempre observando qual dos interesses metaindividuais estavam sendo discutidos, se difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹⁴

Outro ponto marcante trazido pelo CDC foi a alteração da Lei 7.347/1985, ao acrescentar ao referido diploma legal o inciso IV ao art. 1º e o art. 21, o qual prevê a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para resguardar qualquer interesse difuso ou coletivo. Dessa forma, tornou-se possível tutelar toda e qualquer espécie de interesse difuso, coletivo e individual homogêneo.

¹³ LEONEL, op. cit., p. 136.

¹⁴ LEONEL, op. cit., p. 147.

Nesse momento, é importante apontar a definição de cada um desses interesse para posteriormente ser possível esclarecer o problema central trazido pelo presente trabalho.

José Carlos Barbosa Moreira aponta dois critérios para identificar e diferenciar cada direito transindividual, quais sejam: (i) *essencialidade* e (ii) *acidentalidade* do direito coletivo. Dessa forma, para melhor compreender essa classificação, Barbosa Moreira afirma existir duas espécies de litígios coletivos: os litígios “essencialmente coletivos” e os “acidentalmente coletivos”. Os “litígios essencialmente coletivos” tratam-se de direitos difusos, os quais são:

Direitos e interesses que se caracterizam, a meu ver, por dois traços fundamentais: um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, trata-se de litígios que concernem a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos: não um grupo definido e sim uma série que comporta extensão em princípio indefinida. Do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível.¹⁵

Quanto aos “litígios acidentalmente coletivos”, Barbosa Moreira destaca que estes não apresentam um objeto indivisível, diferentemente daqueles acima expostos. Isto é, os “litígios acidentalmente coletivos” demonstram a possibilidade de que o juiz seja provocado para se pronunciar de forma global, não apenas em um caso particular.¹⁶ Portanto, mediante o julgamento de uma ação coletiva, o juiz resolveria questões essencialmente individuais, uma vez que estes são direitos ou interesses divisíveis, denominados de direitos coletivos *stricto sensu*.

Assim, para finalizar esse raciocínio, é importante citar as considerações de Marcos de Araújo Cavalcanti. Vejamos:

Igualmente, para distinguir os direitos coletivos em sentido estrito dos direitos individuais homogêneos devem-se aplicar os critérios objetivos e subjetivo. Os direitos individuais homogêneos nada mais são do que direitos individuais tratados de forma coletiva. Por esse motivo, os litígios que os envolvem têm objeto divisível, enquanto que os litígios relativos a direitos coletivos em sentido estrito concernem a bens indivisíveis. Apesar de os titulares dos direitos individuais

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. n. 61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar., 1991, p. 2.

¹⁶ Idem, 1991, p. 2.

homogêneos e coletivos *stricto sensu* serem determinados ou determináveis, nestes últimos, os titulares estão ligados por uma relação-base, não existindo tal conexão entre os titulares dos direitos individuais homogêneos.¹⁷

Desta feita, os direitos individuais homogêneos têm a finalidade de proteger de forma coletiva os direitos individuais de cada jurisdicionado. Esse é o entendimento de Teori Albino Zavascki, ao afirmar que “na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais”.¹⁸

À vista disso, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia entendem ter ocorrido no Brasil uma litigiosidade de massa no sentido de que:

embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e fáticas) comuns para a resolução da causa.¹⁹

Nessa medida, após a valorização dos direitos individuais homogêneos, o país se deparou com um crescente número de demandas individuais idênticas, surgindo as chamadas demandas repetitivas. Segundo a Alexandre Câmara, “as demandas repetitivas são aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”.²⁰

No entanto, essas demandas repetitivas foram tratadas pelo Judiciário de diferentes formas, acabando por ferir a isonomia e causando uma insegurança jurídica. Sendo que a depender do juízo o processo poderia receber uma solução diferente de outro, mesmo que ambos versassem sobre a mesma situação fático-jurídica.

¹⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 184.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

¹⁹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo: RePro**, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 411.

Devido a esse surto de decisões incongruentes, bem como ao crescente número de demandas judiciais, o Poder Judiciário foi questionado a respeito da efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Observa-se que, no momento da promulgação da Constituição de 1988, as normas de direito processual civil não eram adequadas para trazer solução às ações ajuizadas de forma repetitivas e massificada pela sociedade.

Portanto, conforme já citado, surgiu no Brasil um microssistema processual coletivo brasileiro, criado com o objetivo de “ampliar e fortalecer a tutela jurisdicional coletiva brasileira”.²¹ Esse microssistema formado basicamente pela presença em nosso ordenamento jurídico da Ação Civil Pública, do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção coletivo e do *habeas data* coletivo.

Ocorre que essas ações coletivas não foram mecanismos suficientes para responder de forma eficiente ao volumoso e crescente ajuizamento de ações individuais. Nesse sentido, a ineficiência do Judiciário pode ser vista nas situações como, a limitação territorial aos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, restritos à competência territorial do órgão prolator da decisão, conforme dispõe o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 e a carência de entidades associativas, deixando a cargo do Ministério Público e da Defensoria Pública a responsabilidade de tutelar por diversos e novos direitos.

Ainda, insta destacar que há forte divergência jurisprudencial acerca da extensão da eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ações coletivas, especialmente aquelas que tratam sobre direito do consumidor, não contribuindo para solucionar a crescente procura pelo Judiciário.

Portanto, para reduzir o tempo de duração do processo e aumentar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, surgiram novos mecanismos processuais como alternativas à resolução dos litígios de massa, são eles: (i) o pedido de uniformização da interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais; (ii) a repercussão geral no recurso extraordinário; (iv) os recursos

²¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 115.

repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; e (v) o pedido de uniformização da interpretação de lei nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A Lei nº 10.259 de 2001 que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal possibilita o cabimento de pedido de uniformização da interpretação de lei federal, quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais que tratam sobre questões de direito material.

A respeito da repercussão geral no recurso extraordinário e sobre os recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o artigo 543-B do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 previa que o presidente do Tribunal de origem ao identificar a multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais de idêntica fundamentação, selecionaria um ou mais recursos representativos da controvérsia para serem encaminhados aos correspondentes Tribunais a fim de serem apreciados, suspendendo todos os demais.

Por fim, a última novidade processual se deu com o pedido de uniformização da interpretação de lei nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material, previsto nos artigos 18 e 19 da Lei nº 12.153 de 2009.

No entanto, esses novos mecanismos e técnicas processuais não foram suficientes para responder à grande procura do Judiciário. Por esse motivo, conforme veremos a seguir, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi criado com o objetivo de garantir um equilíbrio dentro do sistema processual civil brasileiro, trazendo decisões às inúmeras demandas litigiosas de forma equânime.

1.2 Estruturação dogmática do incidente de resolução de demandas repetitivas

Após um ano desde que entrou em vigor, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, ainda passa por um período em que a sociedade está se adaptando aos seus novos institutos jurídicos. E uma dessas inovações trata-se da criação de um novo procedimento denominado

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no qual, mediante a fixação de teses jurídicas, o Tribunal competente aplicará o mesmo entendimento jurídico a todos os processos que versem sobre a mesma questão de direito, reduzindo o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Seu objetivo está alinhado aos propósitos da Comissão de Juristas, criada em 2009 no âmbito do Senado Federal, que por meio do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil atenderam aos anseios dos agentes do Direito, magistrados e advogados, de realizar reformas no processo judiciário o tornando mais “eficiente, otimizado e, em adequação a comando constitucional expresso, mais célere”²².

Na Exposição de Motivos do Anteprojeto, a Comissão destaca a importância da harmonização do sistema processual civil “com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”²³. E que a partir da mesma lógica jurídica da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos, criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, previsto no Capítulo VIII do Título I do Código, com o objetivo de proferir uma decisão capaz de solucionar questão de direito discutida em diversas demandas.

Assim, para compreender melhor esse instituto jurídico será necessário expor a seguir como se dá seu procedimento nos Tribunais no tocante aos pressupostos de admissibilidade, a legitimação, o requerimento de instauração, competência e julgamento.

Para iniciar, trataremos acerca dos pressupostos de admissibilidade, que segundo o artigo 976 do Código de Processo Civil, só será possível o cabimento da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, (i) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia

²² FREITAS, Rodrigo Leme. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e o recrudescimento da estagnação hermenêutica**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15080>. Acesso em: set. 2017.

²³ **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

sobre a mesma questão unicamente de direito; (ii) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.²⁴

Os referidos requisitos de admissibilidade são cumulativos, ou seja, caso um deles não seja respeitado, inviabiliza a instauração do IRDR. Nesse sentido, pode se concluir que não é irrelevante a expressão “simultaneamente” utilizada pelo legislador no *caput* artigo 976 para exigir a presença de todos os pressupostos de cabimento do incidente.

Fredie Didier Jr. afirma que:

Tais requisitos de admissibilidade denotam: (a) o caráter não preventivo do IRDR, (b) a restrição do seu objeto à questão unicamente de direito, não sendo cabível para questões de fato e (c) a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.²⁵

Esse caráter não preventivo significa que a mera potencialidade do surgimento de diversas demandas é o suficiente para a instauração do IRDR, sem que haja necessidade de uma análise prévia do juiz acerca da controvérsia. Portanto, o objetivo do legislador foi evitar obstáculos que dificultassem o cabimento do incidente.²⁶

Ademais, para o cabimento do IRDR, é necessário que as demandas tratem apenas de questões de direito e não de fato. Isto é, para a instauração do IRDR deve haver o trâmite de inúmeros processos que estejam discutindo a mesma questão de direito material ou processual (art. 928 do CPC).

Por fim, o último requisito de admissibilidade é oriundo do parágrafo único do artigo 978 do CPC, o qual prevê que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”. Isso quer

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 717.

²⁶ CAVALCANTI, op. cit., p. 418-419.

dizer que para instaurar o IRDR se exige o prévio trâmite de algum recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal.

Apesar de haver um entendimento majoritário da doutrina de que a pendência de causa no tribunal é pressuposto para a admissão do IRDR, Sofia Temer sustenta que há discordância doutrinária a respeito desse tema e defende que “o art. 978 – se não for declarado inconstitucional – deve ser interpretado como regra de prevenção e não como determinação da existência de causa pendente no tribunal”.²⁷

Sofia Temer ainda expõe que

Na Câmara dos Deputados, inseriu-se previsão ao projeto do novo CPC no sentido de que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (art. 988, § 2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010), o que justificava o requisito de causa pendente no tribunal para a instauração do IRDR. Não obstante, essa previsão foi retirada da versão final. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou, no Parecer 956/2014, que “Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade de sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência”. A versão final aprovada do novo Código não contém tal exigência. Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a “vontade do legislador” para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada.²⁸

Em sentido contrário, Marcos de Araújo Cavalcanti defende a necessidade de processo em trâmite perante o Tribunal para a instauração do IRDR, afirmando que:

A exigência de causa pendente no tribunal decorre da própria Constituição da República. Imaginara instauração do IRDR sem a pendência de qualquer causa seria o mesmo que atribuir competência originária ao tribunal. Acontece que a fixação de competência originária de tribunal para processamento e julgamento de qualquer ação, recurso ou incidente processual não pode ser estabelecida por lei ordinária. Logo, mesmo que não houvesse no texto do NCPC a redação do parágrafo único do art. 978, a pendência de causa no

²⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 107.

²⁸ Idem, 2017. p. 104-105.

tribunal continuaria a ser necessária para viabilizar a instauração do incidente.²⁹

Além dos referidos requisitos autorizadores para instauração do IRDR, Fredie Didier Jr. ainda aponta a existência de um requisito negativo, afirmando que “não cabe o IRDR quando já afetado, no tribunal superior, recurso representativo da controvérsia para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 976, §4º, CPC).”³⁰ Isto é, caso um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência, já tiver afetado recurso repetitivo, o IRDR será inadmitido.

No tocante à legitimidade para instauração do IRDR, o artigo 977 do Código de Processo Civil prevê que o incidente pode ser suscitado, de ofício, pelo juiz de uma das causas repetitivas ou pelo relator do processo originado no Tribunal. Além do juiz e do relator, o IRDR também pode ser provado pelas partes da causa pendente no tribunal, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Cada um desses interessados pode requerer ao presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, por petição, a instauração do IRDR, exceto o juiz e o relator, que será por ofício. Assim, o legitimado só poderá requerer a instauração do incidente caso o processo no qual seja parte verse sobre tema com ampla repercussão, isto é, deve haver o trâmite de causas repetitivas sobre a mesma questão de direito.

Após admitido o IRDR, todos os processos pendentes de julgamento serão suspensos, individuais ou coletivos, os quais discutem a mesma questão de direito e tramitem dentro da competência territorial do tribunal (art. 982, I, CPC). Sendo incumbência do relator, declarar a suspensão e comunicá-la, por ofício, aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária.

E conforme explica Fredie Didier Jr., em respeito ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos presente no ordenamento jurídico pátrio, “aplica-se o §8º do art. 1.037 do CPC ao IRDR, de modo que, admitido o incidente e comunicada

²⁹ CAVALCANTI, op. cit., p. 226.

³⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 719

aos juízos a suspensão dos processos, as partes deverão ser intimadas da suspensão de seus processos”.³¹

A intimação das partes para ter ciência da suspensão do seu processo tem objetivo de informá-la da admissão do IRDR, bem como, possibilitar a sua manifestação para que demonstre que a controvérsia discutida no incidente não tem relação com sua ação, permitindo, assim, exercer seu direito de distinção.

Segundo Sofia Temer, esse direito não está expressamente previsto no Código de Processo Civil na parte que disciplina o IRDR. Dessa forma, utilizam-se as regras dispostas para os recursos repetitivos, invocando-se a aplicação do art. 1.037, §§ 8º a 13º, do referido Código.³²

Conforme já dito anteriormente o pedido de instauração do IRDR é endereçado ao Presidente do Tribunal no qual haja o processo pendente de julgamento que verse sobre a alegada controvérsia. Conclui-se, então, que a competência para julgamento do incidente é do Tribunal de segunda instância, tanto no âmbito estadual quanto regional.

O Código de Processo Civil também prevê um prazo de um ano para julgamento do incidente, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*, conforme prevê o artigo 980. No decorrer desse prazo, com o intuito de elucidar a questão jurídica discutida, o relator pode designar audiência pública para colher depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, bem como as partes interessadas podem requerer a juntada de documentos e a realização de diligências (art. 983 do CPC).

Em seguida, o relator solicitará ao presidente do órgão competente a inclusão do incidente na pauta de julgamento (art. 934 do CPC). Após publicada a pauta e antes da sessão de julgamento, transcorrerá, no mínimo, 5 (cinco) dias (art. 935).

Realizada a instrução, o incidente será julgado, momento em que, após a exposição do seu objeto, o relator poderá ouvir, no prazo de 30 minutos, as partes do

³¹ Idem, 2017. p. 730.

³² TEMER, op. cit., p. 122-123.

processo originário, o Ministério Público, e os demais interessados, como, por exemplo, as partes de cada uma das demandas repetitivas ou os *amici curiae*.

Ao julgar o incidente, conforme disposto no artigo 985 do Código de Processo Civil, o órgão competente aplicará a tese jurídica a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, bem como aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

A seguir, será demonstrado como de fato funciona a vinculação da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas e seus efeitos legais, respeitando o objetivo do novo Código de Processo Civil em manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926).

1.3 A eficácia vinculante da decisão

Conforme já dito, o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas competirá ao órgão definido pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, responsáveis pela uniformização de jurisprudência, nos termos do artigo 978 do Código de Processo Civil.

Exemplo prático de órgão competente para o julgamento do incidente se vê no Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1), sendo a Corte Especial, quando a matéria envolver arguição de inconstitucionalidade ou a competência de mais de uma seção especializada; ou seções especializadas, quando a discussão versar sobre a matéria restrita à sua competência, conforme depreende-se do art. 357 do Regimento Interno do Tribunal.³³

Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Regimento Interno, de acordo com as alterações do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Brasília: TRF1, 2017. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/data/files/59/56/E2/92/64E5B51098A5C1B5052809C2/R1%20web.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017.

O órgão competente para o tribunal deve ser responsável pela uniformização de jurisprudência, pressupondo, assim, que seja o único competente para o julgamento da matéria ou, havendo vários órgãos competentes, que reúna, como no caso dos grupos de câmaras ou seções especializadas, os respectivos órgãos fracionários de uma determinada matéria ou, ainda que não represente a referida reunião, que tenha competência para a uniformização como o órgão especial ou o plenário.³⁴

Seguindo esse raciocínio, o órgão competente ao julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas fixará a tese jurídica a ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e aos casos futuros que também discutam a mesma questão de direito no âmbito do Tribunal local ou regional.

A decisão proferida no incidente deverá ser considerada um precedente, uma vez que a tese jurídica ali fixada será aplicada aos processos pendentes e futuros. Dessa forma, deve estar amplamente fundamentada, de modo que tenha esgotado os argumentos capazes de influenciar na sua formação.

Segundo o §2º do artigo 984 do Código de Processo Civil, “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.³⁵ Outrossim, a *decisum* deverá observar as regras de fundamentação previstas no art. 489, §1º, do mesmo diploma legal, indicando, especificamente, os fundamentos determinantes da decisão.

Nesse sentido, insta destacar que o acórdão proferido no julgamento do incidente deverá analisar de forma ampla todos os fundamentos relevantes e capazes de infirmar a fixação de uma tese jurídica. Daniel Carneiro Machado explica que:

O acórdão proferido no julgamento do IRDR não poderá invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; não poderá se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus

³⁴ DIDIER JR., Fredie (org). **Novo CPC doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 110.

³⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 marc. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 nov. 2017.

fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.³⁶

Essas considerações se prestam para destacar que a decisão oriunda do IRDR não pode ser descabida e infundada, haja vista ser o incidente um instituto jurídico de grande importância e relevância, responsável por garantir um provimento jurisdicional isonômico e seguro.

Para compreender essa perspectiva acerca da necessidade de fundamentação do acórdão proferido em sede de IRDR, Sofia Temer afirma que

Assim, ao contrário do que ocorre na fundamentação da decisão sobre um caso concreto específico, em que a análise de um argumento favorável ao colhimento da tese pode dispensar a análise dos demais, o acórdão do incidente o tribunal deverá debater e acolher ou não cada um dos fundamentos aventados, porque apenas assim será possível defender a distinção do caso, seja por não enquadramento na categoria fática, seja por conter peculiaridades jurídicas. Ademais, apenas assim será possível pensar em revisão ou superação da tese com base em fundamentos não sopesados pelo tribunal por ocasião de sua fixação.³⁷

A fundamentação torna-se muito importante, tendo em vista que dela se extrai o padrão decisório que será adotado a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito e tramitem na área de competência do tribunal, até mesmo no âmbito dos juizados especiais do respectivo estado ou região, bem como aos processos futuros sobre a mesma questão.

Dessa forma, quando for proposta uma ação que contrarie a tese jurídica firmada no julgamento do IRDR, será imperioso o julgamento liminar de improcedência do pedido inicial, antes mesmo da citação do réu e desde que não seja necessária dilação probatória acerca dos fatos alegados pelo autor, conforme prevê o art. 332, inc. III, do Código de Processo Civil.

Além da improcedência liminar do pedido, o juiz também deve observar a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula

³⁶ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (In)Compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 p. 138.

³⁷ TEMER, op. cit., p. 227.

vinculante, antes de conceder a tutela de evidência, prevista no art. 311 do Código de Processo Civil.

Ademais, o Código de Processo Civil também estabelece que contra a decisão que julga o mérito do IRDR cabe interposição de recurso especial e/ou recurso extraordinário, a depender da controvérsia (art. 987). Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o incidente pode aplicar a tese jurídica fixada a todos os processos repetitivos (individuais ou coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Portanto, seja em âmbito local, regional ou nacional, a decisão de mérito do IRDR será considerada um precedente. No entanto, conforme veremos a seguir, o caráter *erga omnes* e vinculante do IRDR, na verdade, poderá causar um engessamento da jurisprudência e até mesmo uma insegurança jurídica.

2. O PROBLEMA DO ENGESSAMENTO JURISPRUDENCIAL

Para apontar uma possível crise no sistema de precedentes brasileiro, com o engessamento da jurisprudência brasileira decorrente da aplicação de tese jurídica fixada no IRDR, é necessário esclarecer como esse sistema ingressou no ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, serão demonstradas as classificações dos precedentes em graus de vinculação e qual delas o ordenamento jurídico pátrio adota. Por fim, será destacada a questão principal deste trabalho que diz respeito ao engessamento da interpretação do direito oriundo do efeito vinculante da tese jurídica fixada no incidente, bem como serão explorados os mecanismos possivelmente capazes de impedir a estagnação jurisprudencial.

2.1 O papel dos precedentes judiciais

Conforme dito anteriormente, o sistema de precedentes brasileiro decorreu da necessidade de estabelecer uma segurança jurídica e garantir uma prestação jurídica isonômica. Nesse sentido, é importante citar a definição de precedente para melhor compreender tal técnica de julgamento. Para Alexandre Câmara, “precedente é um

pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior.”³⁸

Também é importante mencionar as considerações de Luiz Guilherme Marinoni acerca de precedentes, seu entendimento é de que:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.³⁹

Portanto, precedente trata-se de qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido.”⁴⁰ Ou seja, significa que no momento que um órgão jurisdicional utiliza de uma decisão anteriormente proferida, a fim de fundamentar suas conclusões, tal decisão será considerada um precedente.

Ainda há que se falar sobre o caráter vinculante e não vinculante dos precedentes, uma vez que o direito processual brasileiro prevê essas duas formas de aplicação do julgado, ambos essenciais para a construção do sistema. No caso dos precedentes vinculantes, o objetivo é garantir que demandas iguais recebem respostas jurídicas iguais, garantindo uma segurança jurídica ao permitir que decisões jurídicas anteriores sirvam de fundamento para solucionar lides futuras.

Além disso, insta apontar a classificação dos precedentes em três graus de vinculação dada por Hermes Zaneti Jr., quais sejam:

a) precedentes normativos vinculantes. A vinculatividade é compreendida a partir da exigência da argumentação racional no processo de interpretação/aplicação do direito, independentemente de lei formal.

b) precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*). A vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei, o qual reforça a presunção a favor do precedente

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 367.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. P. 1388.

através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical). Os precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) possibilitam a impugnação por via recursal das decisões que não seguirem o precedente, com base na não-observância.

c) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*). A vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei, o qual reforça a presunção a favor do precedente através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical). Os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*) possibilitam a impugnação por via recursal (vias ordinárias) e por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária), quando as decisões desrespeitarem a autoridade do precedente, negando sua aplicação, aplicando-o de forma equivocada ou parcial.⁴¹

A partir dessa classificação dos precedentes, percebe-se que o item c (precedentes normativos formalmente vinculantes fortes) mais se encaixa com a definição de precedentes previsto no atual Código de Processo Civil, uma vez que o Código de Processo Civil elenca, nos arts. 927 e incisos, os casos em que os precedentes são normativos e vinculantes.⁴²

Ademais, segundo Daniel Carneiro Machado, é importante realizar uma distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para compreender melhor o sistema de precedentes vinculantes previsto no novo Código de Processo Civil. A *ratio decidendi* trata-se da “tese jurídica fixada pelo julgador como fundamentação determinante para a resolução do caso concreto”.⁴³ Enquanto o *obiter dictum* é compreendido como “os argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na fundamentação do julgado”.⁴⁴

A conclusão é que o efeito vinculante reside somente no elemento essencial da fundamentação, exatamente no cerne decisório que integra a *ratio decidendi*. Portanto, toda a fundamentação construída para fixar determinada tese jurídica será objeto essencial para definir um precedente e seu efeito vinculante.

⁴¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes** – 3. ed. rev., amp., e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 350-351.

⁴² DIDIER JR., Fredie (org). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 421.

⁴³ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (In)Compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 p. 247.

⁴⁴ MACHADO, op. cit., p. 247.

No entanto, após realizada tais considerações acerca do sistema de precedentes no Brasil, percebe-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas instituído por uma lei ordinária será utilizado para criar um precedente vinculante no âmbito do tribunal regional ou local da segunda instância, impondo, assim, ao julgador a obrigação de adotar idêntica fundamentação construída no julgamento do incidente.

Portanto, o incidente recebeu o *status* de precedente com eficácia vinculante, criado com o objetivo de impedir que o Judiciário fique congestionado diante do crescente número de ações ajuizadas. Entretanto, segundo Daniel Carneiro Machado, o IRDR “não tem a capacidade de efetivamente garantir a unidade do direito, mas apenas primar pela celeridade processual e pelo engessamento da jurisprudência”.⁴⁵

Logo, conclui-se que o legislador obriga os julgadores a utilizar os julgados oriundos do IRDR para fazer com que o Judiciário diminua seu acervo de processos. Contudo, conforme vimos, em regra, um precedente não é criado de forma automática, antes que haja o julgamento de outros casos e tenham uma ampla discussão acerca da controvérsia.

Portanto, observa-se que a lógica do sistema de precedentes na *common law* não funciona da forma como a legislação brasileira estabeleceu para o IRDR. Nesse sentido, Alexandre Câmara afirma que “nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte”.⁴⁶ Ou seja, no ordenamento jurídico anglo-saxônico, o tribunal ao julgar uma causa, não se sabe se futuramente aquela decisão será ou não um precedente.

No entanto, no Brasil, a legislação já estabelece, antecipadamente, que as decisões judiciais oriundas do incidente de resolução de demandas repetitivas, do controle concentrado de constitucionalidade ou do incidente de assunção de competência terão eficácia de precedente vinculante.

Dessa forma, o precedente proveniente do IRDR acaba não sendo utilizado como ponto de partida para um próximo caso, tampouco será adaptado e adequado

⁴⁵ MACHADO, op. cit., p. 253.

⁴⁶ CÂMARA, op. cit., p. 377.

de forma a concluir por uma decisão condizente ao caso concreto. Nesse mesmo sentido, o art. 976 do CPC estabelece que basta uma “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”⁴⁷ para a instauração do IRDR.

Nessa perspectiva, uma vez definido o precedente, dificilmente ele será alterado, devendo os magistrados seguirem acriticamente, o que proporcionará uma estagnação hermenêutica. Ou seja, a aplicação de teses jurídicas impostas por lei pode não ser o meio apropriado para manter a garantia de uma prestação jurisdicional adequada, conforme veremos a seguir.

2.2 O engessamento da interpretação do direito

Conforme anteriormente abordado, a decisão de mérito oriunda do incidente de resolução de demandas repetitivas receberá automaticamente o *status* de precedente com eficácia vinculante. Nesse sentido, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que:

Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável por uma boa teoria do direito (por todos, Fr. Müller). A norma decisória não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é *ante casum*.⁴⁸

Nessa perspectiva, o juiz perderá sua atribuição de aplicar o direito ao caso concreto, uma vez que, conforme previsto no inciso III, do art. 332 do CPC, após o recebimento da petição inicial simplesmente aplicará a tese jurídica firmada em sede de IRDR. Portanto, aos poucos o caráter problemático e argumentativo do direito irá desaparecendo.

Nesse seguimento, Humberto Ávila explica que:

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 marc. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 nov. 2017.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Acesso em: 10 nov. 2017.

Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentido; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado.⁴⁹

Dessa forma, caso haja um precedente acerca do caso posto em juízo, o magistrado ficará obrigado a aplicá-lo, ante seu caráter vinculante. Essa realidade não condiz com um dos objetivos do Judiciário e da Ciência do Direito que é de interpretar conceitos e construir entendimentos enquanto se aplica o direito ao caso concreto.

Pelo contrário, ao aplicar de forma obrigatória e antecedente uma tese jurídica construída no julgamento de um IRDR, o magistrado não estará exercendo uma das suas funções primordiais que é concretizar o ordenamento jurídico a partir da construção de fundamentos jurídicos oriundos de uma análise crítica do direito pleiteado e dos fatos trazidos pelo caso concreto.

Ademais, as partes de um processo esperam que o julgador profira uma decisão justa, sempre levando em consideração “os critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, à adequada verificação a verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo”.⁵⁰

Observa-se que, conforme fora exposto, a principal parte do precedente é a fundamentação determinante, também denominada de *ratio decidendi*. E no momento de utilizá-la, o magistrado deve se atentar ao caso concreto para aplicar o precedente correspondente às singularidades do processo.

Assim, como explica Ravi Peixoto, “a forma de aplicação dos precedentes não pode ser, de forma alguma, mecânica”.⁵¹ Ou seja, um precedente não pode ser

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 33-34.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 33.

⁵¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e a segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 141.

utilizado para fundamentar uma decisão, sem antes ser interpretado levando em consideração as particularidades do caso concreto.

Nesse mesmo sentido, o Daniel Carneiro Machado afirma que:

O caráter normativo da *ratio decidendi* do acórdão proferido no IRDR, considerado uma espécie de precedente vinculante do CPC/2015, não exime o intérprete de selecionar os fatos relevantes a serem extraídos para comporem a norma que servirá de ponto de partida para os casos concretos objeto de julgamento. Interpretação contrária implicará o engessamento da interpretação do direito e a mecanização da aplicação das normas jurídicas ao caso concreto em total afronta à independência judicial.⁵²

Daí percebe-se que o desenvolvimento argumentativo do magistrado deve utilizar precedente de modo que se comprometa em interpretar e adequar a *ratio decidendi*, para evitar uma incoerência entre os direitos pleiteados e a decisão modelo.

No entanto, como dito anteriormente, a decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas tem caráter vinculante e obrigará um julgador a utilizar a *ratio decidendi* da tese jurídica fixada, sem ter a chance de rediscutir a questão de direito posta ao seu juízo. Nesse mesmo seguimento, Rodrigo Lemes Freitas afirma que:

A estrutura do incidente inviabiliza uma aplicação hermenêutica do direito, já que obriga que diversos julgadores de milhares de casos pelo país apliquem a tese jurídica alcançada no processo paradigma sem titubear. Dito de outra forma, os juízes ficam de mãos atadas quanto a adequada aplicação do direito, uma vez que a transposição da tese decorre de uma obrigação expressa da lei, sob pena, inclusive de reclamação.⁵³

É importante mencionar que o presente trabalho não busca desmerecer o sistema de precedentes instaurado no Brasil, mas, sim, encorajar a discussão em torno das consequências da aplicação de um entendimento jurídico único e vinculante, uma vez que é imprescindível manter um equilíbrio entre a segurança jurídica oriunda

⁵² MACHADO, op. cit., p. 253.

⁵³ FREITAS, Rodrigo Leme. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e o recrudescimento da estagnação hermenêutica**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15080>. Acesso em: junho. 2017.

da estabilidade das decisões judiciais e a necessidade de se manter oxigenada a aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse sentido, haja vista que o julgador não detém de liberdade para analisar o caso concreto, devendo sempre aplicar o precedente vinculante, é necessário que haja meios adequados para impedir que o Direito não se desenvolva. Ainda mais que o mundo atual está passando por constantes e rápidas mudanças sociais em decorrência dos avanços tecnológicos. Dessa forma, é preciso que o Direito tente acompanhar tais transformações.

Portanto, caberia ao legislador possibilitar ao Judiciário que tenha métodos de superação de precedentes, como forma de oxigenar um sistema calcado no efeito vinculante de decisões judiciais. À vista disso, existem duas técnicas comumente discutidas a *overruling* e a *distinguish*.

Oriunda da *common law*, o *overruling* trata-se da revogação dos precedentes quando estes “deixam de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência”.⁵⁴ Ou seja, um precedente é revogado quando estão presentes os requisitos básicos para o *overruling*, quais sejam: a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.⁵⁵

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni explica que “um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. (...) De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões”.⁵⁶

Portanto, tanto diante da ausência de congruência social quanto da falta de consistência sistêmica, o *overruling* é uma técnica utilizada para revogar precedentes que não mais servem para basear e fundamentar futuras decisões por não corresponderem a uma nova realidade social.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 390.

⁵⁵ Idem, 2010, p. 392.

⁵⁶ Idem, 2010, p. 390-391

No entanto, Ravi Peixoto adverte que “essa construção apenas tem funcionalidade nos casos em que a superação é paulatina, não sendo útil nas hipóteses em que há uma quebra repentina do entendimento”.⁵⁷ À vista disso, conclui que “casos onde existem diversas exceções inconsistentes, tais argumentos não são mais capazes de sustentar o precedente. Na hipótese, a igualdade dos precedentes não está mais garantida, visto que situações semelhantes estão recebendo tratamento diferente, sendo necessária sua reforma para que a isonomia volte a correr”.

Essa reflexão acerca da superação do precedente de forma gradativa é essencial, uma vez que o objetivo do precedente é manter um entendimento jurisprudencial para garantir a segurança jurídica, calcada no grau de previsibilidade dos jurisdicionados sobre do posicionamento da Corte em determinados casos.

Por fim, Ravi Peixoto ainda ressalta que quando a superação é repentina, isto é, a alteração da realidade social afeta de imediato o posicionamento da Corte, faz-se necessária uma “análise comparativa entre a necessidade de mudança e as expectativas dos jurisdicionados, que baseiam sua atuação no entendimento ora atacado”.⁵⁸

A respeito da *distinguish*, também proveniente do sistema da *common law*, Ravi Peixoto afirma tratar-se de uma técnica de distinção que simplesmente verifica se existem diferenças consideráveis entre dois casos para concluir pela aplicação ou não do precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado.⁵⁹

No entanto, insta salientar que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente”.⁶⁰

Com base nas exposições realizadas no presente trabalho, nota-se que para resguardar a segurança jurídica, o sistema de precedentes, principalmente os novos institutos que o compõem, como o IRDR, deve preocupar-se com o engessamento do

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie (org). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 558.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie (org). , op. cit., p. 559.

⁵⁹ PEIXOTO, op. cit., p. 187.

⁶⁰ MARINONI, op. cit., p. 327.

entendimento jurídico relativo à aplicação do direito ao caso concreto, sempre observando suas peculiaridades.

Entretanto, o Código de Processo Civil assegura a revisão da tese firmada no IRDR, nos termos do art. 986, *in verbis*: “A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III”. No entanto, não há previsão do procedimento para realizar a revisão.

À vista disso, deve-se buscar amparo no art. 927 do CPC/2015 e, ainda, nas disposições relativas à súmula vinculante, regulada pelo art. 103-A da Constituição da República e pela Lei 11.417/2006. Ainda, caberá a cada tribunal dispor sobre tal procedimento.⁶¹

Acerca dessa discussão, Sofia Temer afirma que

Quanto ao procedimento propriamente dito, entendemos que, na ausência de previsão expressa do Código, deve ser seguido aquele estabelecido para a instauração de IRDR para fixação da tese, instaurando-se um incidente-revisor. Todas as garantias estabelecidas para definição da tese devem ser seguidas para que haja novo juízo sobre sua permanência, notadamente os que dizem respeito à publicidade e participação dos envolvidos.⁶²

Além disso, assim como na superação de precedentes, conforme fora exposto anteriormente, a alteração da tese jurídica só ocorrerá após constatadas alterações políticas, econômicas, sociais ou normativas, que impedem a aplicação da tese jurídica revisada por não haver congruência com a nova realidade.

Porém, diante da complexidade desse tema, faz-se necessária maior reflexão, uma vez que, além do procedimento, também discute-se sobre quem seria competente para alterar ou superar a tese jurídica fixada no incidente. Dessa forma, sem um procedimento definido, é possível correr o risco de não haver uma superação ou revisão incidental da tese.

⁶¹ TEMER, op. cit., p. 255.

⁶² TEMER, op. cit., p. 255.

Logo, cria-se um receio de que ao impedir a superação ou revisão incidental possa engessar a interpretação do direito e impossibilite a oxigenação sobre as questões já decididas. Por esse motivo, conforme citado por Sofia Temer, “há quem defenda que, mesmo não sendo o ideal, o juiz poderá se recusar a seguir o precedente, superando-o expressamente, mas terá um ônus argumentativo muito maior, o que estará sujeito à impugnação pela via recursal ou pela reclamação”.⁶³

CONCLUSÃO

Conforme exposto no decorrer desse trabalho, a decisão proferida no incidente deverá ser considerada um precedente, uma vez que a tese jurídica ali fixada será aplicada aos processos pendentes e futuros. Dessa forma, deve estar amplamente fundamentada, de modo que a decisão oriunda do IRDR não seja considerada descabida e infundada.

Nesse sentido, observa-se que o caráter *erga omnes* e vinculante da decisão de mérito do IRDR foi instituído por lei, impondo ao julgador a obrigação de aplicar a tese jurídica fixada. Assim, criando um precedente de forma automática, antes que haja o julgamento de outros casos e garanta uma ampla discussão acerca da controvérsia.

Nessa perspectiva, uma vez definido o precedente, dificilmente ele será alterado, devendo os magistrados seguirem acriticamente, o que proporcionará uma estagnação hermenêutica. Ou seja, a aplicação de teses jurídicas impostas por lei pode não ser o meio apropriado para manter a garantia de uma prestação jurisdicional adequada.

À vista disso, é evidente que uma decisão vinculante utilizada para resolver diversos casos afastará do juiz sua liberdade de construir um entendimento jurídico com base nas particularidades do caso concreto. Portanto, nota-se que acaba ferindo um dos objetivos do Judiciário e da Ciência do Direito que é de interpretar conceitos e construir entendimentos enquanto se aplica o direito ao caso concreto.

⁶³ Idem, 2017, p. 257.

Dessa forma, observa-se que a *ratio decidendi* permanecerá a mesma e será aplicada pelo juiz, sem que seja possível rediscutir a questão jurídica objeto da demanda. Assim, o efeito vinculante do incidente de resolução de demandas repetitivas acaba estagnando a aplicação hermenêutica do direito.

No entanto, para impedir um engessamento da jurisprudência brasileira decorrente do julgamento dos incidentes, o legislador deveria, ao menos, estabelecer o procedimento que versa sobre a revisão de tese jurídica, prevista no art. 986 do Código de Processo Civil, aplicando, no direito brasileiro, de forma muito singular o *overruling* (revogação de precedentes).

REFERÊNCIAS

ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. As ações coletivas de direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (ir dr): análise comparativa. **Revista Forense**, 112, n. 424, p. 287-315, jul./dez.2016.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 33-34.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Regimento Interno, de acordo com as alterações do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015. Brasília: TRF1, 2017. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/data/files/59/56/E2/92/64E5B51098A5C1B5052809C2/RI%20web.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 411.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 111.

Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal.** 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 717.

DIDIER JR., Fredie. **Novo CPC doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais.** Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 115.

DIDIER JR., Fredie (org). **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015

FREITAS, Rodrigo Leme. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e o recrudescimento da estagnação hermenêutica.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15080>. Acesso em: junho. 2017.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** 4.ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 58-59.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo.** n. 61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar., 1991, p. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (In)Compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 p. 138.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 33.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 1388.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e a segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 141.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Acesso em: 10 nov. 2017.

TALAMINI, Eduardo. **A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015**. In: Processo coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 109-131.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo: RePro**, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes** – 3. ed. rev., amp., e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.