

EFEITOS TEMPORAIS E PROCEDIMENTO DA SUPERAÇÃO DA TESE JURÍDICA ADOTADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

THE TEMPORAL EFFECTS AND THE PROCEDURE OF OVERCOMING THE LEGAL
THESIS ADOPTED BY THE INCIDENT OF THE RESOLUTION ON REPETITIVE LITIGATIONS

MARIA TEREZA FERREIRA MARQUES

Analista Jurídico

Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil

mariaterezamarkes@outlook.com

RESUMO: O mundo globalizado em que vivemos gera uma intensa litigiosidade de massa, que não vem sendo contingenciada pelo Poder Judiciário de forma satisfatória. Várias ferramentas processuais foram criadas ao longo dos anos para solucionar o impasse, mas nenhuma delas logrou êxito. Foi em um contexto de crise do Poder Judiciário e de insuficiência dos meios processuais existentes que o Código de Processo Civil de 2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, que é técnica processual nova destinada à tutela da litigiosidade repetitiva. Como o próprio nome sugere, ela tem natureza jurídica de incidente processual, com o fim precípuo de assegurar a segurança jurídica, fundado no direito ao acesso à Justiça. O incidente possui natureza eminentemente objetiva, apenas firmando entendimento vinculante quanto à questão jurídica comum aos processos repetitivos, não havendo, nele, decisão no caso concreto. Seu procedimento evidencia releituras interessantes do princípio constitucional do contraditório, que é plenamente assegurado. As disposições gerais contidas no Código concernentes à ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são aplicáveis a todas as decisões de caráter vinculante, inclusive àquela proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas. O precedente fixado no incidente se destaca em relação aos demais, em virtude da sua legitimidade democrática, devendo-se dar especial atenção aos efeitos temporais da decisão que o alterar e do procedimento a ser empregado para tanto. Todos os interessados e legitimados à instrução do incidente também têm legitimidade para provocar sua revisão. O procedimento a ser utilizado na revisão da tese fixada no incidente deve ser o mesmo do próprio incidente de resolução de demandas repetitivas que a firmou. Os efeitos temporais da decisão que superar o precedente fixado no incidente deverão ser modulados da forma que melhor atender à segurança jurídica, de modo a evitar a surpresa dos jurisdicionados. O efeito prospectivo a termo é o que melhor tutela a boa-fé objetiva e permite que as pessoas planejem suas vidas e escolham, na medida do possível, a quais efeitos jurídicos querem se submeter.

PALAVRAS-CHAVE: incidente de resolução de demandas repetitivas; segurança jurídica.

ABSTRACT: The globalized world in which we live generates an intense mass litigation, which has not been managed by the Judiciary Branch in a satisfactory manner. Several procedural tools have been created over the years within the intention to solve such impasse, but none of them has succeeded. It was in a context of crisis of the Judiciary Branch and the lack of enough existing procedural resources that the Code of Civil Procedure of the year 2015 created the incident of the resolution on repetitive litigations, i.e., a new procedural technique aimed at dealing with repetitive claims. As its name suggests, it has the legal nature of procedural inci-

dent, made to ensure legal certainty, based on the right to access the justice. The incident has an eminently objective nature, only establishing a binding considered opinion regarding to the common legal issue to repetitive suits and it does not contain, by itself, the decision in the case. Its procedure reveals interesting reinterpretations of the constitutional principle of adversary system, which is fully assured. The general provisions contained in the Code related to the order of the processes and also concerned to the processes with original jurisdiction in the tribunals are applicable to all decisions within binding characters, including the ones awarded in the incident of resolution on repetitive litigations. The precedent fixed in the incident stands out in relation to the others by virtue of its democratic legitimacy, being necessary to provide special attention to the temporal effects of the decision that changes it and the procedure used for that. All the parties interested and legitimated to the incident instruction have legal capacity to provoke its review. The procedure to be used in the review of the thesis set in the incident should be the same of the incident itself, i.e., regarding to the resolution of the repetitive suits that established it. The temporal effects of the decision which overcome the precedent fixed in the incident should be modulated in the best way in order to meet the legal certainty, avoiding any surprise to those under the jurisdiction of each Court. The prospective effect in time is the one capable of protecting the objective good faith and also it is able to allow people to plan their lives and choose, as far as possible, which legal effects they desire to undergo.

KEYWORDS: incident of the resolution on repetitive litigations; legal certainty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma nova técnica processual destinada à tutela da litigiosidade repetitiva. 3. O incidente de resolução de demandas repetitivas. 3.1. Natureza jurídica, finalidades e fundamentos. 3.2. Natureza objetiva. 3.3. Aspectos procedimentais relevantes. 4. Diretrizes hermenêuticas destinadas à interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas. 5. Mudança do entendimento fixado no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. 5.1. Qual é a diferença da superação do precedente firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas em relação à superação dos demais precedentes? 5.2. Definição, legitimidade e procedimento da superação. 5.3. Efeitos temporais. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

No Brasil, o fato comum de casos idênticos receberem do Poder Judiciário tratamentos diversos compromete enormemente a segurança jurídica pátria.

O problema é bem retratado por Luiz Guilherme Marinoni:

Em todas as democracias cabe à classe dos advogados a pesada e grave responsabilidade de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos. É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros ainda não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um

conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Judiciário. (MARI-NONI, 2015, p. 2080).

Esse comprometimento afeta as relações jurídicas, causando enorme incerteza e insatisfação dos jurisdicionados e, mesmo num contexto mais amplo, afasta do Brasil investimentos estrangeiros¹.

Afinal, nenhuma pessoa sensata e realista teria interesse em aplicar seu capital em um país em que não há mínima previsibilidade ou estabilidade das decisões judiciais, ou uniformidade e coerência na interpretação judicial do ordenamento jurídico como um todo.

Isso se deve ao fato de que os juízes são livres para decidir conforme sua convicção, podendo amparar-se, ou não, em entendimentos já consolidados pelos tribunais superiores.

A questão é bem problemática e sensível, ainda mais quando se trata do exercício profissional do operador do Direito, a quem incumbe conduzir suas condutas para bem orientar os jurisdicionados, sob o risco de, entre outras sanções, incorrer em responsabilidade civil².

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) previu, em seu art. 926, que os tribunais têm o dever de uniformizar o entendimento aplicado em seus julgados, mantendo-o estável, íntegro e coerente, sendo que tal constatação legal é absolutamente

1 Nesse sentido: “O país que oferece certeza e segurança jurídicas é fonte de investimentos. O país que não estimula a verdadeira livre concorrência e que não possui instituições sólidas obviamente observará apenas a desconfiança dos investidores.” (MARTINEZ, 2010, p. 78).

2 “[...] o exercício profissional revela que, acerca de inúmeras questões importantes, há flagrante e indesejada instabilidade nos precedentes dos tribunais superiores. E isso ocorre – o que é pior – num mesmo momento temporal e sem qualquer justificação plausível!” (TUCCI, 2015, p. 146).

desnecessária. Afinal, não é dado aos tribunais decidir casuisticamente, da forma que melhor lhes convêm, em casos iguais.

Sobre tal dispositivo legal, foi editado o enunciado 455, pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual dispõe: “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”. O enunciado, assim, apenas reforça a intenção do legislador.

O que se percebe é que o caos gerado pela ampla liberdade que os juízes têm para solucionar conflitos como bem lhes aprouver fez com que o Legislativo se sentisse na obrigação de inserir tal dispositivo na lei. Ironicamente, trata-se do mesmo legislador que, por vezes, edita leis de forma equívoca, apta a gerar múltiplas interpretações sobre um mesmo texto³.

As súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recursos e a técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos são bons exemplos de métodos desenvolvidos para evitar tal insegurança nas relações jurídicas, à luz do Código de Processo Civil de 1973, mas que não obtiveram o sucesso desejado⁴.

E foi com essa consciência que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, dentre outras técnicas⁵, o incidente de resolução

3 Nesse sentido, é muito feliz a observação de André Almeida Rodrigues Martinez (2010, p. 77), para o qual: “Leis tratando das matérias controvertidas deveriam ser prontamente trazidas à luz de modo a se aclarar a real vontade do legislador. A sociedade tem necessidade de leis mais bem elaboradas, menos dúbias, menos abertas e vagas”.

4 É oportuna a observação feita por Guilherme J. Braz de Oliveira sobre o assunto: “Não se pode perder de vista, contudo, que o IRDR se abeberou em figuras, ou melhor dizendo, *técnicas de julgamento preexistentes* no CPC de 1973. A principal delas, e que pode ser considerada a origem remota do *novel* instituto, é, também, o *incidente de uniformização da jurisprudência*, previsto nos arts. 476 a 479. Como se sabe, infelizmente, ele teve pouca utilização prática, na medida em que se sedimentou o entendimento de que a uniformização da jurisprudência representaria uma mera *faculdade* do tribunal [...]”. (OLIVEIRA, 2015, p. 108, grifo nosso).

5 Sobre todas as novas técnicas, uma vez mais é oportuno observar as palavras de Gui-

de demandas repetitivas (IRDR) para tentar solucionar o impasse e contribuir para o julgamento isonômico de causas idênticas.

Nesse diapasão:

Dentre as inúmeras modificações trazidas pelo NCPC, uma delas ganha notável destaque e tem chamado a atenção dos operadores do Direito, por significar *a mais efetiva e importante mudança para o processo civil brasileiro*. Trata-se da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), regulamentado pelos arts. 976 a 987. (OLIVEIRA, 2015, p. 107, grifo nosso).

Assim, o incidente pretende trazer para o processo civil uma efetiva garantia de acesso à Justiça, nela incluídas, especialmente, as tão esperadas segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo.

Contudo, o Código de Processo Civil não cuidou expressamente de alguns dos aspectos mais importantes do mencionado incidente, dentre os quais estão os efeitos no tempo que decorrem da mudança de entendimento adotado nas decisões que julgam o incidente de resolução de demandas repetitivas e o seu procedimento.

O tema se reveste de grande relevância, uma vez que os efeitos temporais da revisão das teses fixadas em sede de IRDR não foram tratados pelo legislador e têm o condão de atingir todos os jurisdicionados sob a influência do tribunal que alterar o entendimento outrora fixado.

lherme J. Braz de Oliveira: “Em todas essas hipóteses, nota-se uma clara preocupação do legislador em, *de um lado, criar mecanismos processuais que, de modo efetivo, possam dar vazão ao volume, muitas vezes invencível, de processos* que o Poder Judiciário brasileiro é obrigado – por força do princípio da *inafastabilidade da jurisdição*, presente no art. 5º, inciso XXXV, da CF – a enfrentar e julgar, diuturnamente, e que geram a tão propalada *morosidade da Justiça*”. (OLIVEIRA, 2015, p. 108, grifo nosso).

Este trabalho pretende sistematizar o estudo do IRDR com o fim de descobrir quais os caminhos mais seguros para a definição dos efeitos no tempo que decorrem da mudança de entendimento adotado nas decisões que julgam o incidente.

O presente trabalho demandará, principalmente, uma análise de princípios constitucionais e de preceitos legais preexistentes, no ordenamento jurídico, à criação do incidente, bem como de outros dispositivos legais, inseridos no Código de Processo Civil de 2015, que influenciam sobremaneira a interpretação do tema.

A pesquisa abrangerá a revisão bibliográfica do tema, sendo que o material a ser utilizado será, basicamente, livros e demais publicações científicas. Os métodos científicos empregados serão o sistêmico e o hipotético-dedutivo.

No primeiro capítulo, contextualizar-se-á o momento histórico em que nasceu o IRDR, relacionando-o à insuficiência de algumas das principais técnicas processuais existentes no processo civil brasileiro.

No segundo capítulo, o incidente será conceituado e serão estabelecidas suas finalidades. Também serão tratados alguns aspectos procedimentais de maior relevância, sua natureza e seu julgamento.

No terceiro e último capítulo, abordaremos a mudança de entendimento fixado no julgamento do IRDR, tanto em relação ao seu procedimento quanto em relação aos seus efeitos no tempo.

O trabalho será finalizado com a apresentação das principais conclusões, em que se procurará enfatizar qual o procedimento e quais os efeitos a serem adotados quando da mudança de entendimento estabelecido no julgamento do incidente.

2. Uma nova técnica processual destinada à tutela da litigiosidade repetitiva

Desde a Revolução Industrial, no século XVIII, o mundo vem sofrendo profundas transformações que têm obrigado os operadores do Direito a se posicionarem sobre novas situações jurídicas da atualidade.

O processo civil clássico, concebido numa ótica puramente individualista, não mais se amolda às questões coletivas ou difusas, que se alastram em relação a inúmeros sujeitos de direito⁶. Nos dias de hoje, tem-se maior clareza do fenômeno, mas houve um empenho hercúleo no desenvolvimento de novos caminhos no processo para que se pudesse cuidar satisfatoriamente de tais questões.

A mencionada Revolução Industrial iniciou um processo de massificação das situações jurídicas, o que trouxe igual massificação de direitos, de interesses e, por que não, de danos. Vejam-se as relações de consumo que se desenvolveram, que demonstram claramente como a sociedade evoluiu para um ponto em que, a título de exemplificação, um único acidente de consumo tem o potencial para gerar incontáveis danos individuais, coletivos e difusos. Um mesmo evento, numa sociedade de massa, pode apresentar estes três vieses, desafiando a técnica processual tradicional, que não mais se mostra, em todos os casos, suficiente à tutela de direitos e interesses⁷.

6 Nesse sentido é a constatação de que: “O processo civil clássico, de bases essencialmente individuais, demonstrou-se incapaz de contingenciar essa explosão de demandas isomórficas” (MENDES; TEMER, 2016, p. 314).

7 “As relações jurídicas são padronizadas, as pessoas titularizam direitos muito similares, os quais são ameaçados ou lesionados por condutas seriadas, o que faz com que se reproduzam no Judiciário diversos conflitos que possuem o mesmo desenho, com causas de pedir e pedidos similares. Paralelamente, e também em decorrência do expressivo e crescente número de processos judiciais, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causas de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos”. (TEMER, 2016, p. 31-32).

Foi necessário, assim, repensar o conteúdo do devido processo legal frente a essas novas e inusitadas relações jurídicas.

Observa-se que essa problemática processual, à luz das complexidades da contemporaneidade, vem acompanhando a mesma linha evolutiva por que passou a conquista dos direitos fundamentais. Como bem se sabe, tal conquista de direitos fundamentais passou por três dimensões⁸.

Os direitos de primeira dimensão são aqueles tipicamente individuais, tais como os direitos políticos e civis, prezando pela garantia das liberdades individuais, com a mínima interferência estatal possível.

Já os direitos de segunda dimensão são aqueles reconhecidos não apenas a um indivíduo, mas sim a toda uma coletividade, como, por exemplo, os culturais, sociais e econômicos. Exigem uma atuação paternal e ativa do Estado, que deve oferecer à sociedade as condições necessárias para a garantia de tais direitos, sob o signo da igualdade social.

A terceira dimensão, por sua vez, reconhece a transindividualidade de alguns direitos, que dizem respeito não apenas ao grupo do qual fazemos parte, mas a todas as pessoas, independentemente de elas serem, ou não, parte de algum grupo. Um exemplo clássico de direito de terceira dimensão é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido a todos, inclusive às gerações vindouras, pela Constituição Federal⁹.

8 A doutrina constitucional atual prefere o termo “dimensões” a “gerações” de direitos, uma vez que esta expressão poderia dar a entender, equivocadamente, uma ideia de superação dos direitos anteriormente conquistados, negando-os.

9 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público

O processo, como instrumento para a consecução de determinados fins, vem acompanhando o panorama acima traçado, na roupagem que lhe é própria e com as dificuldades que lhe são inerentes.

O processo civil tradicional foi arquitetado para tutelar direitos fundamentais tipicamente de primeira geração. Os conflitos envolvendo Caio e Tício, ou mesmo Tício e Mévio, são adequada e satisfatoriamente resolvidos pela doutrina clássica do processo civil.

A seu turno, o processo coletivo, bem mais novo em relação à concepção individualista de processo, se destina ao amparo de direitos coletivos em sentido amplo. Há um micro-sistema processual coletivo especialmente desenhado para atender a esses direitos, demandando enorme esforço doutrinário, legislativo e jurisprudencial para a satisfação de tais finalidades.

Contudo, a litigiosidade de massa que se apresenta na sociedade globalizada em que vivemos tem exigido muito mais dos operadores do Direito, uma vez que nem mesmo as técnicas do custoso processo coletivo têm resolvido todos os problemas decorrentes do nosso contexto social¹⁰, relacionados à crise por que passa o Poder Judiciário.

A contribuir para tal crise, estão a finitude e a insuficiência de recursos estatais:

e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

10 Sobre a insuficiência do processo coletivo: “[...] as ações coletivas, embora constituam importante evolução para a tutela de direitos coletivos, não se mostraram, por si só, ainda, na prática e dentro da realidade brasileira, suficientes em conferir à litigiosidade repetitiva exaustiva tutela [...]”. (MENDES; TEMER, 2016, p. 314).

[...] além da limitação decorrente da inadequação da aplicação da técnica processual tradicional – individual e coletiva – para tais conflitos, há óbices estruturais que impedem a resolução dos conflitos seriados pelos meios processuais ordinários, já que o Poder Judiciário sofre com limitações de recursos materiais e humanos para processar e julgar individualmente cada um dos casos homogêneos. (MENDES; TEMER, 2016, p. 314-315).

Sobre o momento de crise atual, bem pontua José Rogério Cruz e Tucci ao relacioná-lo, também, à promulgação da “Constituição Cidadã”, que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), ao afirmar que “os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas”. (TUCCI, 2015, p. 144).

Tal retrato se deve muito ao contexto histórico pós-ditadura militar, em que, segundo Tucci (2015, p.144), “[...] foram incrementados, a partir do início dos anos 1990, mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com maior efetividade”.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos.

[...] O sistema judicial passa, assim, a suplantando o sistema da Administração Pública, a quem, por óbvio, compete sancionar as referidas falhas.

[...] Chega-se mesmo ao que poderíamos denominar de ‘banalização de demandas’, sem esquecer o papel de exator dos tribunais, na função substitutiva de ser o principal

palco da cobrança de tributos, diante dos milhares de executivos fiscais que abarrotam os escaninhos dos cartórios forenses. (TUCCI, 2015, p. 144).

Assim, ante a constitucionalização de direitos, sem o devido respaldo do Poder Público, acompanhado da ineficiência da Administração Pública, tem-se uma crise instalada no Poder Judiciário brasileiro, ligada ao invencível número de demandas que acomete os juízos e tribunais do país, e à consequente prestação jurisdicional insatisfatória em várias delas.

Nesse sentido, consoante o que se afirmou sobre a massificação de situações jurídicas, tem-se que “as demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário passaram a ser isomórficas, criando-se uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas puramente individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas.” (MENDES; TEMER, 2016, p. 314).

É nesse cenário de crise e de insuficiência dos recursos processuais existentes que foi aprovado o Código de Processo Civil de 2015, que, dentre outras contribuições, rompeu com os paradigmas estabelecidos pelo processo civil tradicional, seja ele individual ou coletivo, instituindo uma nova forma de pensar o processo, especialmente destinada ao tratamento da litigiosidade repetitiva.

O novo microssistema processual instituído pelo novo Código envolve, dentre outras técnicas processuais, o famigerado incidente de resolução de demandas repetitivas.

O IRDR, pois, reflete uma estratégia procedimental diferenciada, preocupada com a resolução de demandas repetitivas e que será a protagonista deste trabalho.

3. O incidente de resolução de demandas repetitivas

3.1. Natureza jurídica, finalidades e fundamentos

Marcos de Araújo Cavalcanti, em análise sobre a natureza jurídica do IRDR, entende que tal instrumento, como o próprio nome informa, é efetivo incidente processual. Para tanto, aduz que o IRDR, de fato, segue todas as características marcantes de um típico incidente processual, que são a acessoriedade, a accidentalidade, a incidentalidade e o procedimento incidental, de sorte que deve seguir o regime jurídico regente dos incidentes processuais (CAVALCANTI, 2016, p. 177-180).

Neste trabalho, é adotado tal posicionamento sobre a natureza jurídica do IRDR, bem como os fundamentos utilizados para tanto.

Desta feita, o instituto é incidente processual na medida em que surge em processos repetitivos preexistentes e demandas futuras (em que se discute questão jurídica homogênea), cuja existência depende de tais processos judiciais repetitivos, e que se manifesta de maneira accidental no curso regular desses processos, tratando-se de procedimento próprio para a solução de questão jurídica comum.

Por questão jurídica comum podemos entender aquele mesmo ponto de direito que se repete nos processos e tem recebido diversos tratamentos dos juízes de primeira instância e dos tribunais, havendo imperiosa necessidade de uniformização jurisprudencial. “A solução da questão controvertida interessa aos litigantes, mas, em primeiro lugar, o incidente serve à realização de valores constitucionais, sobretudo o da segurança jurídica”. (MEDINA, 2016, p. 1415).

Por “mesma questão unicamente de direito”, Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 198) defende serem elas “as *questões homogêneas de direito* que nascem dos processos (coletivos ou individuais) identificados como repetitivos”, aduzindo, ainda:

Ao estabelecer que a questão de direito seja a *mesma* e que haja *efetiva repetição* de processos, o NCPC está exigindo, na verdade, que as aludidas questões de direito emanadas dos processos repetitivos (individuais ou coletivos) sejam decorrentes de *origem comum e homogêneas*. (CAVALCANTI, 2016, p. 199-200).

A *origem comum* se identifica quando um mesmo evento é apto a produzir inúmeras situações em que se discute exatamente a mesma questão (a título de exemplo, imagine-se a propositura de milhares de ações em que se discuta, direta ou incidentalmente, a legalidade de determinada cláusula de um contrato bancário). Já a referida *homogeneidade* diz respeito, segundo referido autor, à prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais de modo que seja recomendável uma tutela coletivizada. (CAVALCANTI, 2016, p. 200).

O que o autor denomina *homogeneidade* é o que tratamos neste trabalho como a *necessidade* de uniformização jurisprudencial, a fim de que situações jurídicas idênticas não recebam tratamentos diferentes do Poder Judiciário.

Portanto, o IDRDR tem natureza jurídica de incidente processual, criado pelo Código de Processo Civil de 2015, cuja finalidade precípua é evitar o comprometimento da segurança jurídica, de modo a prevenir que casos semelhantes recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário.

Sob essa ótica, a doutrina ainda afirma que o IRDR tem como principais fundamentos o tratamento isonômico das relações jurídicas, a segurança jurídica e a razoável duração do processo¹¹.

11 Nesse sentido: “Os pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável”. (TEMER, 2016, p. 39).

Consoante lição de Nelson Nery Junior (2013, p. 112), “a CF 5.º *caput* e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber tratamento idêntico”.

A segurança jurídica, a seu tempo, é direito fundamental previsto de modo expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹², e, de modo implícito, em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Por razoável duração do processo, podemos entender que se trata do tempo que ordinariamente se poderia esperar para a efetivação da tutela de um direito objeto de determinado tipo de demanda submetida a juízo. A razoável duração do processo tem guarida constitucional, no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal¹³.

Como há diversas espécies de demandas, cada qual se destina a amparar tipos diversos de interesses e de direitos, além das infinitas variáveis em jogo (tais como o comportamento das partes e de seus procuradores, que pode ser imprevisível e incontrollável, por exemplo), o significado de “razoável” é muito relativo, assumindo diferentes feições em diferentes contextos¹⁴.

12 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

13 Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988).

14 Não se pode descurar, apenas, que, na contemporaneidade, o tempo se tornou ainda mais precioso na vida do jurisdicionado, o que aumenta seus anseios em relação à tutela jurisdicional. “O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via *web* (*internet, e-mail, fax*, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para uma solução rápida dos processos judiciais e administrativos.” (NERY JUNIOR, 2013, p. 329).

Em que pese sejam esses os pilares do novel instituto em análise, no nosso entendimento, o IRDR tem fundamento único, que é o acesso à Justiça.

O direito de acesso à Justiça é amplo e engloba inúmeras vertentes, tais como o efetivo acesso de todos ao Poder Judiciário, as garantias do contraditório e da ampla defesa e, dentre outros, a isonomia, a segurança jurídica, a razoável duração do processo e o respeito à boa-fé objetiva, que bem exprimem o ideal do que seria uma ordem jurídica justa.

Afinal, a ideia que se tem de uma ordem jurídica justa, necessariamente, repousa na segurança jurídica e no respeito à boa-fé objetiva dos jurisdicionados. A uniformidade de entendimento dos tribunais traduz o direito de todos de receber do Poder Judiciário o mesmo tratamento diante da mesma situação fática apresentada.

É odioso pensar que vivemos num Estado em que é recorrente se referir ao processo judicial como “loteria judicial”, uma vez que, de fato, não é incomum se deparar com casos idênticos recebendo tratamentos diversos, sem que, ao menos, sejam ressaltados os motivos que levaram à diferença no julgamento. O texto da lei é único, mas são várias as normas dele decorrentes. Em pertinente comentário sobre o tema, André Almeida Rodrigues Martinez (2010, p. 61) asseverou que “em tese, como sabido, a lei tem aplicação igual a todos. Mas na prática, o que se verifica é uma incrível multiplicidade de entendimentos acerca do mesmo artigo de lei”.

Com efeito, é a realidade que hoje se apresenta. O que se pretende com o uso do IRDR é o afastamento dessa situação revoltante e a concretização de uma efetiva garantia da igualdade entre os litigantes, de modo que todos tenham um efetivo acesso à Justiça.

O art. 489, do Código de Processo Civil, é um dos dispositivos mais importantes do novo Código, tendo em vista que exige fundamentação idônea em todas as decisões judiciais (sejam decisões interlocutórias ou sentenças) e que nelas imprime uma série de obrigações, com o escopo de garantir a transparência e a segurança das decisões. Tal dispositivo é fundamental na concretização do tão almejado acesso à Justiça.

É claro que eventuais injustiças são inerentes ao sistema judicial, de modo que não há instrumentos processuais aptos a garantir, à prova de erros, a justiça em todas as decisões judiciais. Afinal, estas podem ser entendidas, a princípio, como meros pronunciamentos do juiz, que não está imune a enganos.

Porém, tais “imprevistos” apenas podem ser detectados mediante fundamentação adequada das decisões, o que permite, igualmente, verificar a validade das razões pelas quais uma situação tão semelhante à nossa foi julgada de modo diverso.

Entendemos que a fundamentação é a melhor forma de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

3.2. Natureza objetiva

O IRDR se distingue do processo coletivo por inúmeras razões, mas a diferença mais evidente, sem dúvida, é a sua natureza eminentemente objetiva.

De acordo com o regime jurídico do processo coletivo, as demandas coletivas se destinam à tutela efetiva de direitos, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O juiz, ao final do processo, tem aptidão para julgar, definitiva e diretamente, direitos e interesses subjetivos. A lide, na sua concepção tradicional, é o cerne da questão, sendo solucionada diretamente pelo juízo pelo qual tramita o processo

coletivo. Contudo, nenhum desses traços é encontrado no regimento legal do IRDR.

Nele, não há direitos subjetivos em discussão, muito menos uma lide. O que se resolve, em sede de IRDR, é a questão jurídica comum a todos os processos repetitivos que tramitam sob a área da jurisdição de determinado tribunal, sem que este decida, diretamente, em tais processos. Ao tribunal é dado resolver a questão jurídica, na medida em que os juízos perante os quais tramitam os processos suspensos é que aplicarão a tese ao caso concreto, tutelando, assim, os direitos e interesses subjetivos em apreço.

Por essas razões, entendemos não ser aconselhável a aplicação subsidiária do microssistema processual coletivo em relação às omissões legislativas no tocante ao IRDR, proposta por Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 201-208). Escreve o autor:

A aplicabilidade do microssistema processual coletivo, entendido aqui como um verdadeiro ‘Código Brasileiro de Processos Coletivos’, isto é, como o ordenamento processual geral que regulamenta a tutela jurisdicional coletiva não pode ficar restrita às ações coletivas, devendo abranger os incidentes processuais coletivos que visam solucionar os conflitos de massa. (CAVALCANTI, 2016, p. 205).

Com o devido respeito, ousamos discordar de tal entendimento em razão da objetividade com que são tratadas as questões jurídicas repetitivas objetos do IRDR.

É inegável que tanto o processo coletivo quanto o IRDR se desenvolveram pela necessidade de tutelar direitos e interesses de acordo com uma mesma conveniência de dar, de uma só vez, a inúmeros sujeitos processuais, uma mesma resposta estatal.

Contudo, como já explanado, o processo coletivo tutela diretamente direitos subjetivos, de modo que o juiz pode efetivamente resolver, de uma só vez, inúmeras lides. Já o IRDR se destina a resolver apenas a questão jurídica comum em abstrato, em que não é dado dizer o direito em cada caso concreto.

Acrescente-se que a questão jurídica tratada pelo IRDR pode nem mesmo constituir uma lide em sua concepção tradicional. Nesse sentido, observemos o primeiro incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado no Estado do Maranhão, como exemplo¹⁵.

Tal IRDR foi instaurado a fim de dirimir controvérsia acerca de uma diferença remuneratória de 21,7% dos servidores estaduais. Será decidido, por meio do incidente, se os servidores do Estado do Maranhão fazem ou não fazem jus a ela.

A questão, destacada de forma isolada para análise em sede de IRDR, será decidida, como já afirmamos, de forma objetiva, e o tribunal do Estado do Maranhão limitar-se-á a dizer se aos servidores cabe ou não a referida diferença remuneratória. Com isso, o tribunal não resolverá diretamente os processos repetitivos em curso em todo o Estado: ele apenas fixará o entendimento a ser seguido. Cada um desses processos repetitivos será decidido, quanto a essa questão, pelo juízo em que tramitarem, sendo eles os competentes para aplicar a tese em cada caso concreto.

Isso porque o IRDR tem natureza objetiva, nele não havendo direitos subjetivos em discussão. No caso citado, vê-se que nem mesmo há lide (ao menos não em sua concepção tradicional). O IRDR apenas decide questão jurídica comum a todos os processos que a contenham e que tramitem sob o

15 Processo n. 0001689-69.2015.8.10.0044.

território do respectivo tribunal, sem que este decida, diretamente, em tais processos.

Nessa esteira:

Não haverá, no espaço de resolução coletiva do incidente, o julgamento da(s) causa(s) propriamente dita(s), mas apenas a definição jurídica da questão jurídica controvertida, que será posteriormente adotada para o julgamento da(s) causa(s) de onde este se originar, bem como nas demais demandas repetitivas fundadas em igual questão. (MENDES; TEMER, 2016, p. 318-319).

Sofia Temer adota o mesmo entendimento em obra apenas sua, conforme segue:

Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. (TEMER, 2016, p. 68).

Em que pese existam relações jurídicas de direito material subjacentes ao IRDR, apesar de este poder ter como substratos, na sua acepção clássica, ele é uma técnica processual objetiva, voltada à tutela do direito objetivo¹⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, talvez o único e melhor exemplo de processo objetivo, que se desenvolve indepen-

16 A corroborar a concepção de procedimento autônomo e objetivo, está o registro feito por José Miguel García Medina (2016, p. 1415): “O incidente *emerge* de processos que se repetem, mas não faz com que se desloque algum processo para o tribunal. De muitos processos, identifica-se controvérsia sobre a mesma questão de direito, e é a resolução dessa questão de direito o objeto do incidente. Não há, pois, uma causa ou um recurso selecionado para julgamento, a ser remetido ao tribunal, enquanto os demais ficam sobrestados”.

dentemente da clássica concepção de lide, é o processo objetivo constitucional.

No campo do Direito Constitucional, Marcelo Novelino bem delinea as diferenças entre o processo constitucional subjetivo e o processo constitucional objetivo, situadas no tema do controle de constitucionalidade:

Quando a constitucionalidade é analisada em um processo constitucional subjetivo, com a finalidade principal de solucionar uma controvérsia envolvendo direitos subjetivos, costuma-se denominar esta espécie controle concreto [...].

O controle abstrato, por sua vez, é exercido em tese, independentemente da existência de um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário. Sem embargo da denominação utilizada, esta espécie de controle não significa o mero contraste entre o ato impugnado e o parâmetro constitucional violado, independentemente da consideração de fatos controvertidos, uma vez que a apreciação de “dados da realidade” se mostra inevitável em qualquer processo de interpretação e aplicação do direito. Trata-se de um processo constitucional de índole objetiva, sem partes formais, podendo ser instaurado independentemente de um interesse jurídico específico [...]. (NOVELINO, 2014, p. 238-239).

Tal como o controle de constitucionalidade realizado em processo constitucional objetivo, partilhamos do entendimento segundo o qual:

[...] o controle abstrato destina-se precipuamente a manter a higidez e coerência da ordem jurídica considerada sob o aspecto objetivo, sem vinculação imediata e necessária com a existência de lide, contraposição de vontades ou lesão a algum interesse subjetivo de determinada pessoa. É o que pretende o incidente ao definir a melhor resposta jurisdicional a uma questão controvertida exclusivamente

de direito. Claro que as lesões aos interesses subjetivos serão apreciadas, mas no momento subsequente, quando já fixada a tese. (MENDES; TEMER, 2016, p. 321).

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) deverá ser seguida por todos os magistrados do país. Mesmo que a constitucionalidade de determinada lei não tenha sido objeto de questionamento nos processos que versarem sobre ela, por exemplo, o entendimento fixado deverá ser seguido e neles aplicado. Afinal, o STF não julga, diretamente, todos os processos que contiverem a questão jurídica, mas sim os juízos e tribunais pelos quais os processos tramitarem.

Raciocínio muito semelhante se aplica ao IRDR, conforme já exposto, o que confere a ele esse sentido de objetividade no julgamento.

3.3. Aspectos procedimentais relevantes

O Código de Processo Civil lista os pressupostos de admissibilidade do incidente, que são (I) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (II) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica¹⁷.

Quanto à efetiva repetição de processos, a lei não estabeleceu um número mínimo de demandas que devem conter a mesma questão unicamente de direito para a instauração do IRDR.

¹⁷ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. (BRASIL, 2015).

Por isso, é necessário atribuir ao dispositivo a interpretação mais segura, que reduza, tanto quanto possível, a discricionariedade na fixação do que seria tal repetição¹⁸.

Bruno Dantas chama a atenção para o fato de que:

[...] deve-se provar, simultaneamente, que há postulações múltiplas, o que se demonstra com cópias de peças processuais relevantes dos diversos processos idênticos o certidões de inteiro teor, e que há respostas discrepantes oferecidas pelo Judiciário, mediante juntada de cópias de decisões conflitantes, sejam elas decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos. (DANTAS, 2015, p. 2184).

Na sequência, o autor salienta, ainda, que:

[...] não é qualquer multiplicação de processos que abre ensejo à instauração do IRDR, mas apenas aquela que ofereça risco efetivo de prolação e coexistência de decisões judiciais conflitantes, o que ofende a isonomia e a segurança jurídica. (DANTAS, 2015, p. 2181).

Observa-se, ainda, que embora seja recorrente o uso da expressão “casos semelhantes”, o que deve, de fato, ser *idêntica* é a *questão de direito*, e não a questão fática.

Quanto à natureza do IRDR, muito se discute na doutrina se o incidente julga a “causa-piloto” (assim denominado o proces-

18 Sobre o tema, entendemos precisas e absolutamente pertinentes as observações de Cavalcanti (2016, p. 270), no sentido de que: “Para evitar decisões discricionárias, defende-se, no presente trabalho, a fixação de um critério objetivo por intermédio de uma permissão legislativa para que o CNJ, com base em seus estudos e relatórios, fixe, prévia e periodicamente, uma quantidade exata de processos repetitivos que permitiriam o requerimento e a instauração do IRDR. Outra hipótese seria o NCPC estabelecer uma quantidade mínima de requerimentos de instauração do IRDR a serem apresentados por diferentes legitimados no decorrer de um período fixado no Código”.

so que leva a questão ao conhecimento do tribunal) ou se ele apenas fixa o entendimento a ser aplicado nos casos futuros, deixando para o juízo onde tramita a causa-piloto aplicar, nele, a tese fixada em sede de IRDR.

Para tanto, a doutrina propõe que se extraia o máximo do contexto fático para a fixação da tese, distanciando, assim, norma e fato. Considerando serem ambos componentes de um mesmo fenômeno, seu afastamento é possível se for pre-estabelecida a existência de questões predominantemente fáticas ou jurídicas, conforme classificação adotada por Sofia Temer (2016, p. 71). Assim, será possível encontrar uma situação fática “modelo” que, sempre que presente, ensinará a aplicação da tese.

Entretanto, partilhamos da opinião segundo a qual, na questão jurídica repetitiva em apreço, os fatos são incontroversos, sobre eles não recaindo dúvidas. O que se pretende descobrir é: apresentado determinado contexto fático, como a questão jurídica deve ser aplicada, se ela tiver que ser aplicada?¹⁹

Assim, o objeto das demandas e os seus pedidos não precisam ser idênticos. Também não o precisa ser sua causa de pedir. Logo, percebe-se que não é necessária a “efetiva repetição de processos”, uma vez que ações podem ser completamente distintas e as relações jurídicas nelas discutidas também podem ser diferentes. O que precisa ser comum entre elas para habilitá-las à instauração do IRDR é a “mesma questão unicamente de direito”, ou seja, a mesma questão

19 É nesse sentido o posicionamento de Marinoni (2015, p. 2082-2083): “a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas está condicionada à inexistência de discussão sobre fatos. As questões (pontos controvertidos) devem versar unicamente sobre uma tese jurídica. Isso não significa, porém, que os fatos sejam irrelevantes. Significa apenas que eles são incontroversos. Na realidade, a definição da tese jurídica, bem como sua extensão a casos semelhantes, depende diretamente da correta identificação e análise dos fatos subjacentes à discussão de direito”.

jurídica. “O relevante, nesse contexto, é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos.” (TEMER, 2016, p. 63).

Nesse sentido:

[...] pode-se estar diante de um tema que não ensejaria o ajuizamento de uma ação específica, mas que deva ser resolvido, incidentalmente, em um grande número de ações judiciais. É inegável, de todo modo, que, nos casos de conflitos sobre direitos coletivos, muito provavelmente poderá haver justificativa para a admissão de recurso ou incidente de casos repetitivos, e, embora possa parecer paradoxal, medidas dessa natureza terão ainda maior serventia naqueles casos em que, por restrições legais ou da própria natureza do procedimento, uma ação coletiva não for admissível ou, se admissível, não solver satisfatoriamente as questões repetitivas. (MEDINA, 2016, p. 1327).

Alguns autores, como Marcos de Araújo Cavalcanti, ainda acrescentam mais um pressuposto de admissibilidade do IRDR, que é a pendência de, ao menos, um processo repetitivo no tribunal competente. (CAVALCANTI, 2016, p. 225).

O argumento mais forte dessa linha de raciocínio é que, se tal exigência não existisse, o NCPC estaria atribuindo ao tribunal uma competência originária para o seu processamento, incorrendo em flagrante inconstitucionalidade, com fulcro, especialmente, na redação do parágrafo único do art. 978, do NCPC.

Tais razões não se coadunam com o nosso entendimento, sendo que o próprio caráter objetivo do incidente afasta a alegação de que não há competência definida constitucionalmente para tanto.

Com efeito, não há previsão na Constituição Federal da competência dos tribunais para julgamento de processos em razão de IRDR. Porém, o que o Código de Processo Civil propõe não é que os tribunais julguem tais demandas, mas sim que eles fixem o entendimento a ser seguido por seus órgãos e por todos os magistrados a eles vinculados.

Igualmente, nem se diga que o Código de Processo Civil não poderia ter criado a competência para a criação da tese para os tribunais. Afinal, o dever de uniformizar seus julgados é resultado de uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, mormente quando a Constituição Federal garante a todos o direito à segurança jurídica, o que, inclusive, já foi objeto de breve análise neste trabalho.

Sofia Temer tem a mesma opinião sobre o assunto, segundo os argumentos que seguem:

Com efeito, parece pode ser possível extrair a competência para julgamento do IRDR de nosso sistema jurídico, como uma *competência implícita* dos tribunais, enquanto órgãos ordenados em nível superior aos juízos de primeiro grau, como o poder de revisão em relação às decisões inferiores (competência prevista, para os tribunais federais, no art. 108, II, da CRFB). Esta competência implícita estaria justificada constitucionalmente pela exigência de manter coerência e unidade na interpretação e aplicação do direito, e nos direitos fundamentais de isonomia e de segurança jurídica. Se os tribunais podem reformar as decisões dos juízos de primeiro grau, não poderiam definir, em antecipação, qual o entendimento sobre a questão de direito que será, ao final, adotado? Talvez seja possível extrair essa competência do desenho constitucional de nosso sistema judicial. (TEMER, 2016, p. 113-114).

Diante disso, entendemos que a pendência de “processo repetitivo” no tribunal competente não constitui pressuposto de admissibilidade do IRDR.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, será possível a formulação do pedido de instauração do incidente, por parte do juiz ou relator, das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, e ele será dirigido ao presidente do tribunal²⁰. O juiz e o relator farão seus pedidos por ofício; os demais legitimados, por petição, ambos instruídos com documentos comprobatórios dos pressupostos de admissibilidade²¹.

Tais documentos comprobatórios são, principalmente, as cópias de todos os feitos referentes à questão jurídica, a provar o pressuposto de admissibilidade da existência da efetiva repetição de processos.

Cumpra anotar que o IDRD apenas poderá ser instaurado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, nunca ante tribunal superior. Afinal, os tribunais superiores possuem instrumento próprio para tratar de questões jurídicas repetitivas, que é a sistemática dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

No Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal, será o regimento interno de cada um deles que irá indicar o órgão competente, dentre os responsáveis pela uniformização de ju-

20 Sobre a razão de ser da possibilidade de instauração do incidente pelo próprio magistrado e pelo Ministério Público: “É justamente a presença de um relevante e superior interesse público, no sentido de uniformizar e, ao mesmo tempo, consolidar a jurisprudência, que confere a possibilidade de instauração de ofício do IRDR. Daí, também, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, de modo que as Procuradorias de Justiça atuantes nos tribunais de segunda instância deverão, necessariamente, proferir parecer em todos os incidentes, antes de seu julgamento, tal como determina o art. 976, §2º, do NCPC, o qual prevê, ainda, que o *parquet* deverá, de modo obrigatório, assumir a titularidade do IRDR, em caso de desistência ou abandono”. (OLIVEIRA, 2015, p. 111).

21 Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:
I - pelo juiz ou relator, por ofício;
II - pelas partes, por petição;
III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.
Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. (BRASIL, 2015).

jurisprudência, que irá julgar o incidente e fixar a tese jurídica²². Será ele quem irá realizar o juízo de admissibilidade, analisando a presença, ou não, dos respectivos pressupostos, após a distribuição do incidente²³.

O parágrafo único, do art. 978, do NCPC, que dá ao regimento interno a incumbência de indicar o órgão competente para julgar o incidente, vem gerando muita discussão acerca da necessidade de haver uma causa pendente no tribunal para que o IRDR seja admitido.

O texto legal estabelece 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.” (BRASIL, 2015).

Não entendemos, todavia, ser pertinente a discussão. Até mesmo porque:

Embora seja controvertido se é exigível que exista causa pendente de análise perante o tribunal para admitir o IDRD, isso não deve ser colocado como requisito para o incidente. Isso porque o código diz que qualquer ‘juiz ou relator’ pode provocar o incidente (art. 977, I, CPC) e porque, embora o art. 975, parágrafo único, pudesse indicar solução diferente, o preceito que exigia essa condição (inserido no Substitutivo 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados) foi suprimido na versão final do código. Assim, não se exige que exista causa pendente de análise pelo tribunal para admitir o IRDR, bastando que haja multiplicação de demandas com a mesma questão exclusivamente de direito em trâmite

22 Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. (BRASIL, 2015).

23 Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976. (BRASIL, 2015).

pelo Judiciário brasileiro, com risco para a isonomia e para a segurança jurídica. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 1036).

Assim, atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, entendemos ser absolutamente irrelevante a presença de causa pendente no tribunal, até porque, muito provavelmente, ela existirá, tirando da discussão qualquer utilidade prática.

O IRDR será julgado dentro de um ano, tendo preferência sobre os demais processos, ressalvados os casos de réu preso e de *habeas corpus*. Após o decurso do prazo legal, e na ausência de decisão fundamentada do relator para prorrogá-lo, cessa a determinação da suspensão dos processos²⁴.

A respeito de qual seria o termo inicial para a contagem do prazo de um ano, Marcos de Araújo Cavalcanti registra:

Parece que a melhor saída é estabelecer como termo inicial do prazo o dia em que a decisão de admissibilidade (ou a decisão do STF ou do STJ que determina a suspensão de todos os processos em território nacional) foi publicada na imprensa oficial. (CAVALCANTI, 2016, p. 287).

O posicionamento respeita a boa-fé objetiva, bem como permite o exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a acatamos.

Quanto ao juízo de admissibilidade, o órgão julgador deverá delimitar o objeto do incidente, mesmo que ele venha a ser

24 Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. (BRASIL, 2015).

alterado posteriormente. Tal definição é imprescindível para que a comunidade se prepare para o debate que se seguirá quando da instrução, de modo que ela possa se preparar para apresentar seus argumentos.

Sobre a importância da delimitação e da publicidade do objeto do IRDR, é mais do que oportuna a análise seguinte:

[...] entendemos que a correta identificação e consequente divulgação do tema objeto do incidente têm especial relevância, já que a precisa identificação da causa de pedir nas demandas repetitivas, além da função de viabilizar a dedução da pertinência do pedido, é o que permite analisar se há efetivamente uma questão de direito controvertida seriada, podendo (ou não) se instaurar o incidente. (MENDES; TEMER, 2016, p. 335).

Assim, a correta delimitação do objeto do IRDR e a sua ampla publicidade são elementares na garantia do contraditório. Afinal, isso permitirá a correta suspensão de processos, além da oportunidade que terão as partes de requerer a suspensão de processos que deveriam ter sido suspensos e não foram, e de pedir a distinção do seu caso para com aquele objeto do incidente, para evitar suspensões indevidas.

À instauração do incidente será dada a maior publicidade possível, mediante registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. O órgão manterá cadastro em que deverão ser armazenadas todas as informações sobre a questão de direito objeto do incidente. No cadastro, ainda deve ser mantido registro das teses, com todos os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos pertinentes, além de todos os julgamentos de recursos repetitivos e de repercussão geral (em sede de recurso extraordinário)²⁵.

25 Art. 979. 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.

Sobre a publicidade do incidente, Bruno Dantas (2015, p. 2187) entende que o seu desatendimento acarreta a nulidade do acórdão julgador do incidente e fixador da tese, entendimento este que reforça, ainda mais, o caráter democrático do IRDR.

O órgão colegiado do tribunal incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica tem competência para o julgamento de eventuais recursos, remessa necessária e até mesmo do processo de competência originária do qual decorreu o incidente²⁶.

Caso o incidente não seja admitido por falta de pressuposto de admissibilidade, nada impede que, quando presente, o IRDR seja novamente suscitado²⁷.

No IRDR, não será exigido o pagamento das custas processuais²⁸. Como explica Bruno Dantas (2015, p. 2183), a razão de ser desta norma é que “este pagamento será exigido em cada um dos processos individuais”.

Na hipótese de um dos tribunais superiores já ter afetado

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (BRASIL, 2015).

26 Art. 978 - Parágrafo único. 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. (BRASIL, 2015).

27 Art. 976 - § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. (BRASIL, 2015).

28 Art. 976, § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

recurso para a definição de tese sobre a mesma questão, não caberá a instauração de IRDR²⁹.

Sobre o dispositivo legal correspondente, é oportuna a observação realizada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer:

A norma visa evitar a instauração desnecessária do incidente e decorre tanto da superioridade hierárquica das decisões dos tribunais de uniformização, como do reconhecimento de que o incidente faz parte de um microssistema processual de resolução de causas repetitivas (art. 928 do CPC e enunciado nº 345 do FPPC), devendo ser mantida a coerência desse sistema, primando-se também pela economia processual. (MENDES; TEMER, 2016, p. 322-323).

Terminado o juízo de admissibilidade do incidente, o relator é o responsável por determinar a suspensão de todos os processos pendentes que estiverem tramitando sob a jurisdição do tribunal³⁰.

Entendemos que todas as partes que tiverem seus respectivos processos suspensos por tal determinação têm o direito subjetivo de ser intimadas dela, tanto a fim de permitir sua participação na futura instrução do incidente quanto de possibilitar que elas façam eventual pedido de distinção, também conhecido como *distinguishing*³¹.

29 Art. 976, § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. (BRASIL, 2015).

30 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. (BRASIL, 2015).

31 Nesse sentido: “A intimação tem duas importantes funções: a) possibilita a atuação da parte para comprovar a distinção de seu caso; b) dá efetivo conhecimento à parte acerca

O *distinguishing* nada mais é que a técnica que pode ser utilizada pelo magistrado ou pelo litigante para afastar a incidência de determinado precedente ao caso concreto. Tal afastamento apenas é possível pela demonstração de que o caso em análise não possui o mesmo substrato fático do que o pressuposto ao precedente.

Ravi Peixoto, com clareza, define a distinção como:

A técnica da distinção é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado. Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente, que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similitude fática dos casos. À parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação. (PEIXOTO, 2016, p. 187).

A necessidade de intimação que se defende esbarra no contraditório, que, desta forma, fica garantido. Efetivado, garante-se, igualmente, a segurança jurídica e o acesso a uma ordem jurídica justa. É a leitura que propomos no intuito de revisitar o direito ao contraditório, a fim de que não se negue o direito ao devido processo legal.

A suspensão, a seu turno, deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, sendo que, nesse ínterim, o pedido de tutela de urgência será endereçado ao juízo no qual se encontrar o processo suspenso³².

da discussão do IRDR e faculta a sua participação no âmbito do incidente". (TEMER, 2016, p. 122).

32 Art. 982 - § 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. (BRASIL, 2015).

Entendemos, ainda, que a melhor interpretação para a “suspensão do processo” diga respeito apenas à questão jurídica repetitiva. Por conseguinte, na hipótese de ser possível dissociá-la das demais matérias submetidas a juízo, o feito deve prosseguir em relação a elas, mantendo-se a suspensão do processo somente em relação à questão jurídica objeto do IRDR.

A inadmissão de tal alternativa contrariaria frontalmente a segurança jurídica que tanto se busca garantir com o uso do IRDR.

É do mesmo entendimento o enunciado 205, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe:

Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. (ENUNCIADOS, 2016).

O prosseguimento do processo em relação às questões alheias àquela repetitiva é medida que se impõe, igualmente, em razão de não haver óbice legal para tanto, bem como ser forma de garantir uma razoável duração do processo:

Como o incidente não terá como objeto matérias de fato ou de direito não repetitivas, a tramitação do processo poderá ocorrer para possibilitar a realização de instrução probatória, por exemplo, e para elucidação dos outros temas controvertidos naquela demanda específica. A suspensão de todo o processo acarretaria na indevida demora na resolução de questões que nada se referem à matéria jurídica debatida no procedimento incidental, o que acabaria por resultar em negação ao direito à razoável duração do processo. (MENDES; TEMER, 2016, p. 341).

Cumprе salientar que a suspensão dos processos é imperativa, não tendo as partes a opção de suspendê-lo ou nele

prosseguir, ressalvada, é claro, a hipótese de distinção³³.

Ainda que haja desistência ou abandono do processo, não haverá óbice à análise do mérito, salientando-se que esses casos são hipóteses de intervenção obrigatória do Ministério Público, que deverá assumir a titularidade do incidente³⁴.

Note-se que tal previsão legal apenas corrobora o entendimento aqui defendido segundo o qual o IRDR tem natureza eminentemente objetiva, de acordo com observação feita por Sofia Temer (2016, p. 78). A autora ainda segue o raciocínio afirmando que:

O prosseguimento do IRDR mesmo em caso de desistência do processo que lhe serviu como substrato demonstra que no momento da instauração o incidente ‘descola-se’ do processo originário, ocorrendo a dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica. (TEMER, 2016, p. 78-79).

Tanto o Ministério Público quanto as próprias partes têm legitimidade para apresentar requerimento perante o tribunal competente para o conhecimento de recursos extraordinário e especial a fim de que ele suspenda todos os processos relativos à questão em curso no país³⁵.

33 “[...] mesmo diante da ausência de previsão legal expressa (retirada na versão final do CPC), após a decisão de admissibilidade do incidente, o interessado poderá requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso em relação à questão de direito debatida.” (MENDES; TEMER, 2016, p. 337).

34 Art. 976. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. (BRASIL, 2015).

35 Art. 982. § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. (BRASIL, 2015).

Tal requerimento se afigura cabível se houver, em todo o território nacional, processos contendo a mesma questão de direito, de forma que haja um interesse nacional para a sua solução.

Suspensos todos os processos, o relator poderá, caso entenda necessário, requisitar informações aos juízos em que tramitarem processos em que se discuta a questão controvertida. Os juízos têm o dever legal de prestar as informações no prazo legal de quinze dias³⁶.

A suspensão dos processos apenas cessa no caso de não interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário contra a decisão prolatada no incidente³⁷. Significa dizer que os processos do território do tribunal apenas permanecerão suspensos caso seja interposto recurso especial ou extraordinário da referida decisão. Essa interposição assegura, outrossim, que a tese jurídica firmada será aplicável a todos os processos do país.

No prazo comum de quinze dias, o relator ouvirá as partes e todos os demais interessados no deslinde do feito, que poderão requerer a juntada de documentos e as diligências que entenderem pertinentes. Após tal providência, o Ministério Público será ouvido, no mesmo prazo. Ainda, é possível, em sede do IRDR, a designação de audiência pública a fim de que sejam ouvidas pessoas que, segundo o NCPC, tenham experiência e conhecimento da questão³⁸.

³⁶ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias. (BRASIL, 2015).

³⁷ Art. 982 - § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente. (BRASIL, 2015).

³⁸ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a

A audiência pública propicia um amplo debate acerca de todos os pontos importantes que deverão ser enfrentados na solução da questão. É campo fértil à troca de ideias, com o intuito de participar na formação do convencimento dos magistrados que julgarão o IRDR.

Já se afirmou a necessidade de releitura das garantias processuais constitucionais neste novo procedimento, pois, se ele negá-las, estará negando sua própria legitimidade social, seus próprios fundamentos constitucionais.

Finda a instrução, o relator fará solicitação de dia para julgamento, em que ele exporá a questão. Posteriormente, será permitido às partes do processo originário, ao Ministério Público e a todos os demais interessados previamente inscritos, sustentar suas razões³⁹.

Findo o julgamento, passado o prazo destinado à interposição de recursos, a decisão que fixa a tese se estabiliza.

Caberá recurso especial ou recurso extraordinário, a depender do caso, do julgamento de mérito do incidente, aos quais a lei atribui efeito suspensivo⁴⁰. Mas é claro que

elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. (BRASIL, 2015).

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

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

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

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

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. (BRASIL, 2015).

40 Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão

se deve observar que “contra a decisão que julga o mérito do incidente cabe recurso extraordinário ou especial, *desde que* presentes as condições previstas nos arts. 102, III, e 105, III, respectivamente.” (MEDINA, 2016, p. 1423).

Assim, apenas após a estabilização da decisão é que a tese fixada terá aplicabilidade.

Há polêmica instaurada na doutrina acerca da constitucionalidade do art. 987 do NCPC. Muitos estudiosos defendem que, nos termos do art. 102, inciso III, e art. 105, inciso III, ambos da Constituição Federal, o dispositivo padece de inconstitucionalidade, pois apenas são cabíveis recursos extraordinário e especial contra *causas decididas*⁴¹. E como no IRDR não há *causa decidida*, haja vista que sua função precípua é fixar tese jurídica, e que o tribunal não decide uma lide propriamente dita, não caberiam tais recursos do seu julgamento.

Pensamos, com respeito ao entendimento diverso, que a realidade atual do *processo* impede que se afaste o cabimento de tais recursos contra as decisões que julgam o incidente.

Apesar de não haver direitos subjetivos submetidos a julgamento, muito menos uma lide no sentido clássico, e o IRDR se tratar, como já salientamos, de incidente processual, a realidade fática do enfrentamento da litigiosidade repetitiva nos obriga a revisitar os conceitos de ação e de processo.

constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. (BRASIL, 2015).

⁴¹ Dentre os estudiosos que defendem a inconstitucionalidade do art. 987, do NCPC, está Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 395-397).

O papel principal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são, respectivamente, a guarda da Constituição e da lei federal, de modo que os recursos extraordinário e especial se preocupam com a garantia de tais fins. É certo que o IRDR, apesar de ser incidente processual, resolve questão jurídica comum a todos aqueles subordinados ao âmbito territorial dos tribunais, notadamente a fim de uniformizar a aplicação do direito. Diante dessas funções, garantidas constitucionalmente, por que negar uma interpretação extensiva à expressão *causa decidida*? Os tribunais superiores não têm papel exclusivamente jurisdicional, mas também de uniformização de entendimento sobre a aplicação das leis federais e do texto constitucional.

É certo que a interpretação gramatical das leis é importante, mas mais importante que ela é a interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Não se pode perder de vista, ainda, que o fundamento legitimador do IRDR é o acesso à Justiça (cujo conceito é amplíssimo, incluindo todas as garantias processuais constitucionais). Assim, a interpretação restritiva da expressão *causa decidida* levaria à inegável denegação de tal direito, em absoluta ignorância dos benefícios que tal instrumento processual pode trazer à sociedade.

A interpretação que exclui o cabimento de recursos especial e extraordinário da decisão que julga o IRDR significaria fazer uma leitura do texto constitucional que excluiria várias de suas garantias. E tal interpretação não pode prevalecer, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição⁴². In-

42 A respeito do princípio da unidade da Constituição, Marcelo Novelino afirma que: “o princípio da unidade consiste em uma especificação da interpretação sistemática. O fundamento para que uma norma não seja analisada isoladamente, mas em conjunto com as demais normas integrantes do sistema no qual está inserida, decorre da conexão e interdependência entre os elementos da Constituição. As normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios. No caso de Constituições democráticas e compromissórias, a pluralidade de concepções, o

clusive, se assim não fosse, o NCPC não conteria ulteriores disposições a respeito do tema que viabilizassem e otimizassem o cabimento dos recursos contra a decisão que julga o IRDR (§§ 1º e 2º, ambos do art. 987).

Leciona Sofia Temer:

O cabimento dos recursos especial e extraordinário é absolutamente relevante, por permitir a reavaliação da tese fixada pela corte superior e, assim, para viabilizar a uniformização em nível nacional, ampliando a esfera de aplicação da tese, antes restrita ao âmbito do tribunal em que fixada. (TEMER, 2016, p. 236).

Pelo exposto, então, pensamos que o IRDR pode ser interpretado como *causa decidida* para fins da aplicação do art. 102, inciso III, e art. 105, inciso III, da Constituição Federal, viabilizando a interposição dos recursos especial e extraordinário.

Entendemos que poderão recorrer do julgamento do incidente todos aqueles que, de qualquer forma, intervieram ou foram afetados pela decisão, tais como os *amici curiae* e as partes que tiveram seus processos suspensos em razão do trâmite do incidente.

Repise-se que a legitimidade democrática da tese fixada no âmbito do IRDR repousa na ampla possibilidade de participação na fase instrutória do incidente, de modo que as questões que, porventura, não forem objeto de ampla discussão, não deverão ser parte da tese⁴³.

pluralismo e o antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador tornam imprescindível a busca pela unidade por meio da interpretação". (NOVELINO, 2014, p. 178).

43 Dada a relevância do assunto, Sofia Temer até mesmo fala em "regra da correlação entre a decisão de afetação, em que há a fixação definitiva do objeto do incidente, e a decisão final de mérito, que resolve a controvérsia e fixa a tese", a fim de preservar as garantias do contraditório e do devido processo legal. (TEMER, 2016, p. 214).

A estabilidade da decisão significa que, salvo se houver motivos ensejadores da sua superação ou revisão, a tese jurídica fixada permanecerá a mesma. A superveniência de tais razões, porém, se a fizerem inadequada e não mais correspondente à realidade social, provocam sua mudança.

Contudo, o Código de Processo Civil não estabeleceu qual é o procedimento a ser adotado no caso de revisão de tese firmada em sede de IRDR, bem como não foi expresso quanto a quais efeitos temporais devem ser atribuídos à mudança de entendimento.

O acórdão fixador da tese jurídica deverá apreciar todos os fundamentos e argumentos levantados, dele cabendo recurso especial ou extraordinário, que terá efeito suspensivo. A repercussão geral, requisito obrigatório para a interposição deste, se presume, dada a inegável relevância pública da tese, não sendo necessária a sua demonstração.

A tese terá aplicação em todos os processos relativos à idêntica questão de direito das ações que tramitarem nos limites da área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros em que se discuta tal questão⁴⁴.

Muito se discute na doutrina sobre eventual inconstitucionalidade do art. 985, inciso I, do NCPC. Argumenta-se que:

[...] os tribunais locais e regionais não possuem competência recursal sobre os juizados especiais de seu território, por força do arranjo de competências fixado na Constituição Fe-

44 Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - 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;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015).

deral. Assim, não pode uma norma infraconstitucional desrespeitar o desenho de competências da Carta Magna, estendendo os braços jurisdicionais das cortes locais e regionais sobre os juizados especiais. (CAVALCANTI, 2016, p. 391).

Não se está discutindo, contudo, a competência recursal dos tribunais, que, de fato, não julgam os recursos interpostos nos juizados especiais. Ainda, é cediço que os juizados estão constitucionalmente sujeitos às turmas recursais. No entanto, não se pode descurar de que o IRDR não é recurso, tampouco representa invasão indevida à autonomia dos juízes submetidos ao microssistema dos juizados especiais.

O que o NCPC estabelece é, apenas, que a tese jurídica fruto do incidente será aplicada aos processos que contenham a questão de direito controvertida e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, mesmo que eles estejam sujeitos ao procedimento sumaríssimo. O escopo do IRDR, assim, é pacificar determinado entendimento e uniformizar a sua aplicação em certa área territorial, independentemente do rito procedimental adotado. E não pensamos que isso seja sinônimo de violação às competências constitucionalmente estabelecidas para os tribunais, muito menos de quebra da hierarquia entre estes e magistrados.

Na sequência, será mais bem analisado o fato de os juízes servirem a um sistema único de distribuição de justiça, devendo adotar a postura do seu respectivo tribunal, para garantir os ideais de coerência, de unidade e de confiabilidade do Poder Judiciário como instituição. Nesse sentido, os juízes dos juizados especiais – não se pode esquecer – são juízes de direito e pertencem aos quadros da magistratura estadual, não havendo qualquer problema em vinculá-los aos posicionamentos dos tribunais de justiça correlatos. Sofia Temer (2016, p. 118) aponta que “os juizados não estão pro-

priamente no âmbito de circunscrição dos tribunais, para fins jurisdicionais”, mas somente para fins jurisdicionais.

A corroborar este posicionamento, tem-se que:

[...] não se admite a interposição de recurso especial contra decisões oriundas do sistema dos juizados especiais (arts. 98 e 105 da CRFB e súmula 203 do STJ). Assim, corre-se o risco de criar uma ‘bolha’ para os processos dos juizados, especialmente estaduais, que não poderão atingir uniformização nacional. (TEMER, 2016, p. 118).

Finalmente, é importante ter em mente, ainda sobre os riscos da opinião diversa, que:

Não é aconselhável, sob a perspectiva do sistema jurídico e da integridade do ordenamento, desenhar esferas impermeáveis no que se refere aos juizados e aos demais processos. Com efeito, há hipóteses de interseção de competências, o que pode gerar a situação de a parte poder escolher um determinado entendimento, já que a ela compete, em alguns casos, a opção pelo procedimento abreviado. (TEMER, 2016, p. 118).

Pelo exposto, e por entender que este posicionamento é o único caminho que se coaduna com os fins buscados pelo IRDR, pensamos ser o art. 985, inciso I, do NCPC, perfeitamente constitucional.

Na hipótese de haver processo em que se pretenda algo em desconformidade com entendimento fixada no IRDR, o juiz deverá reconhecer a improcedência liminar do pedido. Ainda, caso seja violada a tese fixada em sede de IRDR, caberá reclamação.

Tais pontos, que perpetuam a aplicabilidade do entendimento fixado, são duramente criticados pela doutrina, por,

segundo seus argumentos, contribuir para um “engessamento” do Direito e impedirem a sua evolução natural.

Porém, vale ressaltar, nesse ponto, a pertinente observação de Luiz Guilherme Marinoni:

Não há como admitir decisões diferentes para casos semelhantes, a menos que se imagine que os juízes e tribunais não fazem parte de um só sistema e Poder. Contudo, compreendendo-se que os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam as suas ‘opiniões’. (MARINONI, 2015, p. 2073).

Trata-se da ideia de que os juízes não devem prestação de contas à sua própria consciência, mas sim aos tribunais aos quais estão vinculados. Afinal, como dito por Luiz Guilherme Marinoni, com acerto, eles servem a um único Poder, dentro de um sistema único de distribuição de justiça, de modo que o juiz deve proferir decisões em razão do órgão ao qual serve, e não em decorrência dos seus posicionamentos pessoais. Tem-se, assim, que *o juiz é a boca da lei* (em sentido amplo, claro), e não de si mesmo.

Não se está afirmando que não é dado aos magistrados ter opinião própria sobre as questões objeto de julgamento. O que se está defendendo é que não é dado a eles concretizá-las no exercício do poder jurisdicional quando contrárias ao entendimento do tribunal. Quando do exercício de tal poder, eles devem se limitar à adoção da postura do seu respectivo tribunal, de modo a garantir a coerência, a unidade e a confiabilidade do Poder Judiciário enquanto instituição.

Nesse diapasão, o mencionado jurista conclui que:

Por esse motivo, juízes e tribunais estão subordinados ao sistema e ao Poder a que servem. Não podem afrontar as decisões das Cortes Supremas. Trata-se de enfatizar o aspecto *institucional* das decisões judiciais, deixando-se de lado o equívoco de que elas representam a liberdade de o juiz julgar, que estaria submetida apenas à lei. Aliás, exatamente porque a lei é equívoca é que o juiz está submetido à norma jurídica que dela a Corte Suprema extrai ao interpretar. (MARINONI, 2015, p. 2073).

Não há óbice, porém, a que o magistrado tenha opinião própria e a salvguarde no julgamento da questão, conforme já entendeu o Fórum de Processualistas Cíveis, no enunciado 172, ao dispor que “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”⁴⁵.

O posicionamento pessoal do juiz, desta forma, ganha espaço para ser expresso e integrar suas decisões, sem que, contudo, produza efeitos nos processos em que for ressaltado.

4. Diretrizes hermenêuticas destinadas à interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas

O Livro III do NCPC traz, no Título I que trata da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, um capítulo destinado a estabelecer disposições gerais.

O estudo do tema é essencial à boa aplicação do sistema de precedentes instituído no novo código, a fim de que os direitos fundamentais dos jurisdicionados sejam integralmente preservados⁴⁶.

⁴⁵ Tal técnica de utilização de precedentes é também denominada *disapprove precedente*. (PEIXOTO, 2016, p. 190).

⁴⁶ A corroborar tal importância: “A utilização dos precedentes deve ser feita de forma responsável, sob pena de estabelecer-se uma solução ainda mais caótica para a insegurança das decisões brasileiras”. (PEIXOTO, 2016, p. 125).

O art. 926, em seu *caput*, enuncia que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

O Código, é claro, não precisaria conter disposição similar, tendo em vista que, mesmo antes dela, os tribunais já tinham esse dever⁴⁷.

Afinal, é inconcebível a ideia de que diferentes câmaras ou turmas, dentro de um mesmo tribunal, apliquem teses diversas diante de uma mesma situação jurídica, por exemplo. E o que é mais preocupante é que, em muitos casos, os colegiados não justificam seu posicionamento, mudando de opinião, muitas vezes, entre um caso e outro, sem dar quaisquer explicações. O repulsivo quadro de insegurança jurídica que esse tipo de situação revela, com certeza, foi o que levou o legislador a inserir um dispositivo como este no NCPC.

A estabilidade almejada pelo legislador é relativa à solidez, firmeza e constância com as quais o tribunal deve agir a respeito de determinado tema. É característica do que é estável, o julgamento de casos iguais de forma igual. O adjetivo escolhido pelo legislador evidencia o desprezo à verdadeira “loteria judicial” instalada no sistema jurídico pátrio atual, em que não há como saber, seguramente, qual será o desfecho de determinada questão quando submetida à apreciação judicial.

Sobre a estabilidade dos julgamentos dos tribunais, José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 146) aponta que “[...] ao preservar a estabilidade, orientando-se pelo precedente judicial em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial”.

⁴⁷ “O art. 926 insere uma regra, de cunho pedagógico, totalmente desnecessária e inócua: ‘Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’. É o mínimo que se espera!” (TUCCI, 2015, p. 149).

A integridade, a seu turno, é qualidade daquilo que é honesto e que não se permite corromper. Diz respeito à integridade dos julgamentos, que deverão ser fiéis aos entendimentos adotados como prevalentes naquele tribunal. Neste sentido de integridade está o §1º, do art. 926, do NCPC, quando estabelece que os tribunais editarão enunciados de súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante⁴⁸.

Por fim, a coerência a que se refere a lei é a racionalidade com que devem se apresentar os entendimentos esposados pelo tribunal. Tal interpretação também foi prevista no próprio NCPC, ao prever, no §2º, do art. 926, que, na fixação de um entendimento, o colegiado deverá se ater às circunstâncias de fato dos precedentes que levaram à sua criação⁴⁹.

Ainda sobre o art. 926 do NCPC, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero anotam que:

O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo cognoscível, estável e confiável – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos

48 § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. (BRASIL, 2015).

49 § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015).

seus próprios precedentes. Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita. Verificado o respeito aos próprios precedentes, é possível exigir o respeito dos outros. E é exatamente por essa razão que logo na sequência o legislador institui o chamado *stare decisis* vertical (art. 927, CPC): isto é, a necessidade de que o Poder Judiciário seja visto como uma unidade, isto é, tendo apenas uma única face para a pessoa que espera justiça. A necessidade de *stare decisis* horizontal decorre do princípio da segurança jurídica, notadamente da necessidade de estabilidade do sistema jurídico. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 990).

Apesar de pensarmos que o dispositivo *não institui o stare decisis no ordenamento jurídico brasileiro*, mas apenas introduz nele uma figura estrangeira que pode ajudar com o nosso problema de falta de certeza nas relações jurídicas, concordamos com o restante das proposições. Afinal, a ideia que o texto legal transmite é justamente o comando imperativo ao Poder Judiciário de respeitar seus precedentes, a fim de conferir maior confiabilidade a todo o sistema jurídico.

O art. 927 desse diploma legal faz uma verdadeira lista de precedentes, ou seja, de pronunciamentos dos tribunais a que eles próprios e os juízes de primeiro grau devem obedecer. Tais pronunciamentos vinculantes também são usualmente denominados de *precedentes*.

Sobre a introdução de no código de figuras estranhas ao direito brasileiro, como os precedentes, José Miguel Garcia Medina, discorrendo sobre as bases de um sistema *precedentalista*, defende que:

[...] embora não faça sentido a ideia de se ‘transformar’ o direito brasileiro em *common law*, nada impede que mecanismos que estimulem os juízes a se orientarem por pre-

cedentes já firmados sejam, em sistemas como o brasileiro, *criados pela lei*. Evidentemente, o precedente não pode valer mais do que a lei, o mesmo se devendo dizer das súmulas. (MEDINA, 2016, p. 1302).

Trata-se de um olhar maduro sobre a questão, uma vez que não nos parece que se queira mudar radicalmente o nosso sistema jurídico com a introdução dos precedentes no código.

Não se pode, apenas, se descuidar dos seus reflexos, ainda mais tendo em vista a grande resistência que muitos magistrados têm para se orientar de acordo com os entendimentos consolidados pelos tribunais superiores.

Sobre isso, é importante, uma vez mais, colacionar ao trabalho o olhar atento de José Miguel García Medina:

[...] um modelo precedentalista depende, sobretudo, da mudança de atitude dos juízes, menos no sentido de *se dever obediência* ao precedente (embora isso também seja relevante), mas, especialmente, no sentido de *se produzir julgados modelares*, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos. Esse é o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas. De certo modo, isso exige um compromisso *político* dos juízes. Essa preocupação deve revelar-se não apenas em relação a precedentes, mas, também, quanto a outros pronunciamentos dos quais se pretende obter algum caráter vinculante. (MEDINA, 2016, p. 1303).

A correta aplicação dos precedentes não se esgota na previsão do instituto no Código. Ela dependerá, ainda, de uma mudança cultural no meio jurídico, de modo que todos os operadores do Direito apendam a lidar com ele para se beneficiar dos resultados. Afinal, se bem aplicados, eles certamente trarão maiores segurança jurídica e acesso à Justiça.

Assim, os precedentes são (1) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (2) os enunciados de súmulas vinculantes; (3) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (4) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim, (5) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Percebe-se que o que o Código fez foi nortear a conduta que os magistrados devem adotar quando se depararem com questões já enfrentadas e resolvidas pelos respectivos tribunais (sejam eles os superiores ou aqueles aos quais estão vinculados), introduzindo no Direito Brasileiro a figura forte do precedente, com o sentido a ele atribuído nos sistemas de *common law*⁵⁰.

Percebe-se, ainda, que o NCPC definiu que os acórdãos prolatados em incidentes de resolução de demandas repetitivas foram elencados como precedentes de observância obrigatória aos magistrados vinculados aos tribunais que os preferirem, não sendo obrigatórios aos demais juízes⁵¹.

Assim, as disposições gerais acerca da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são verdadeiras diretrizes hermenêuticas que se aplicam integralmente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

50 Sobre a introdução de elementos típicos do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que “se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não o é mais”. (PEIXOTO, 2016, p. 120).

51 Nesse sentido, atente-se para o fato de “uma decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas do Tribunal de Justiça de Pernambuco será vinculante para o respectivo tribunal e para os juízes do estado, mas será persuasiva para os demais tribunais do país” (PEIXOTO, 2016, p. 133).

Nas palavras de Ravi Peixoto (2016, p. 146), “o regime geral de precedentes judiciais é normatizado pelos artigos 926, 927 e 928 do CPC/2015”. Afinal, como a decisão produto de IRDR foi elencada como precedente pelo Código de Processo Civil, tais dispositivos legais integram, de forma obrigatória, o estudo do incidente.

Anote-se, contudo, que o fato de a lei impor a observância dos precedentes é objeto de duras críticas doutrinárias, que apontam para uma inevitável falha sistêmica⁵². Afinal, o NCPC, ao incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro institutos processuais do direito estrangeiro, tal como a vinculação aos precedentes, o faz às avessas.

O ordenamento estrangeiro não impõe a obrigatoriedade de se observar os precedentes, ao tempo em que o NCPC o faz.

A lei, assim, ignora a falta de hábito que os magistrados brasileiros têm de incorporar aos seus julgamentos o entendimento esposado pelos tribunais. E como toda lei que ignora a realidade, o NCPC corre o risco de ser ignorado por ela.

Críticas à parte, estas são as decisões colegiadas às quais o NCPC entendeu por bem conferir obrigatoriedade, a fim de evitar a “loteria judicial” e garantir a isonomia no processo civil.

Na sequência dessas diretrizes hermenêuticas, o art. 928 do Código estatui que se considera julgamento de casos repe-

52 No entanto, não resta dúvida de que a ordem de obrigatoriedade é clara e suficiente em si mesma: “A vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo ‘observarão’ não parece, ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. *Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenha eficácia vinculante*”. (PEIXOTO, 2016, p. 148).

titivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos, sendo que o julgamento de tais casos pode ter por objeto questão de direito material ou processual.

O § 2º, do art. 927, a seu turno, concede a oportunidade de realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese jurídica no caso de ela, adotada em julgamento de casos repetitivos, ser alterada⁵³.

Entendemos, em primeiro lugar, que, a expressão “julgamento de casos repetitivos”, apesar de o tribunal não aplicar, diretamente, a tese fixada nos processos em curso, abrange o IRDR. Essa abrangência, na nossa opinião, deve-se dar em razão da unidade de aplicação das diretrizes hermenêuticas a todos os julgamentos de casos repetitivos que levem à formação de um precedente, de modo, inclusive, a observar a necessidade de garantia do contraditório no IRDR.

Pensamos, em segundo lugar, que tal faculdade, em relação às teses jurídicas fixadas em sede de IRDR é, na verdade, um dever.

Afinal, a tese firmada apenas se legitima na medida em que for dada a todos a oportunidade de participar da sua formação (ou seja, no convencimento dos magistrados responsáveis pelo julgamento do incidente).

Sem essa participação, o IRDR estaria atropelando a garantia constitucional do contraditório e invalidando a tese dele resultante. Assim, no caso de haver mudança da tese, é igual-

⁵³ § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. (BRASIL, 2015).

mente necessária a possibilidade de participação de todos, sob pena de nulidade do novo entendimento, por desrespeito ao contraditório.

Nessa toada, não seria outra a finalidade da garantia de publicidade dos precedentes, determinada pela redação no § 5º, do art. 927, do NCPC⁵⁴, o que engloba o acórdão julgador do IRDR. A publicidade se destina, justamente, a levar ao conhecimento de todos o entendimento adotado pelos tribunais, de modo a garantir que os jurisdicionados possam garanti-lo na solução do seu processo.

É nesse sentido o posicionamento de José Rogério Cruz e Tucci (2015, p.150), quando afirma que: “Torna-se realmente imperioso que os tribunais divulguem as suas decisões, sobretudo aquelas referentes às teses mais polêmicas, a nortear as demais cortes de Justiça, evitando com isso indesejada divergência pretoriana”.

Tem-se, assim, que os magistrados de primeiro e de segundo grau necessitam de orientação, tanto quanto os jurisdicionados, para uma adequada prestação da atividade jurisdicional.

O § 3º, do art. 927, por sua vez, possibilita a modulação dos efeitos da mudança do entendimento oriundo do julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica⁵⁵.

Uma vez mais enxergamos um dever quando o Código se refere a “poder”. Assim considerando, como o IRDR tem a

54 § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (BRASIL, 2015).

55 § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015).

finalidade precípua de obstar o comprometimento da segurança jurídica, evitando que casos semelhantes recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário, o objeto do incidente sempre terá interesse social e de segurança jurídica a exigir a modulação de efeitos na alteração de entendimento.

As questões jurídicas acerca das quais se instaura o incidente, por se manifestarem em efetiva repetição nos processos que tramitam no território jurisdicional de determinado tribunal, sempre reclamarão o mesmo tratamento do Poder Judiciário. Assim, a modulação de efeitos da mudança do entendimento fixado por IRDR sempre será necessária, pela própria natureza do incidente, que demanda julgamento isonômico das questões repetitivas.

A modulação de efeitos quando da modificação do entendimento firmado por meio do IRDR ainda carece de fundamentação idônea, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia⁵⁶.

Tal fundamentação deve obedecer aos preceitos referendados no art. 489, do NCPC.

O *caput* deste artigo enuncia que o relatório, os fundamentos e o dispositivo são os elementos essenciais da sentença⁵⁷.

56 § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (BRASIL, 2015).

57 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 2015).

Na sequência, o § 1º delimita o que se deve entender por decisão judicial fundamentada por exclusão, uma vez que seus incisos enumeram quais são os casos em que a decisão não poderá ser considerada fundamentada.

É lógica a conclusão de que o relatório, os fundamentos e o dispositivo são essenciais não apenas às sentenças, mas a qualquer pronunciamento judicial com conteúdo decisório, seja ele proferido em primeira ou em segunda instância, por órgão colegiado ou monocraticamente. Esta é a única forma em que se garante a transparência capaz de permitir o controle (ou a recorribilidade) das decisões judiciais.

Não será considerada fundamentada a decisão que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida⁵⁸. Assim, a decisão judicial que acatar o entendimento firmado por meio de IRDR não poderá se restringir à sua indicação sem explicar seu cabimento ao caso concreto. Nessa esteira, é igualmente não fundamentada a decisão que invocar precedente sem indicar sua adequação ao caso concreto ou seus fundamentos determinantes⁵⁹.

Simplesmente indicar o precedente aplicável ao caso sem justificar seu cabimento não é admitido pelo vigente Código. Exige-se a mais ampla e exauriente análise dos fundamentos que recomendem sua viabilidade e adequação ao caso em análise, até mesmo para dissipar quaisquer dúvidas remanescentes acerca de eventual distinção do caso em relação ao precedente.

58 Art. 489. § 1º, I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. (BRASIL, 2015).

59 Art. 489. § 1º, V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. (BRASIL, 2015).

É com razão que Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 2077) ensina que “é sempre necessário justificar a aplicação de um precedente. Portanto, deve-se identificar a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes do precedente que se deseja aplicar”.

Nesse sentido é o inciso VI, do art. 489, do § 1º, do NCPC, segundo o qual não será reputada fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

5. Mudança do entendimento fixado no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas

5.1. Qual é a diferença da superação do precedente firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas em relação à superação dos demais precedentes?

Já foi objeto de análise que os acórdãos exarados no julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas foram elencados como precedentes de observância obrigatória aos magistrados vinculados aos tribunais que os proferirem.

Igualmente, já se afirmou que, assim sendo, as disposições gerais acerca da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são verdadeiras diretrizes hermenêuticas que se aplicam integralmente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

O acórdão que julga o incidente é tão precedente quanto todas as demais normas listadas no art. 927, do NCPC. Então, qual é a diferença entre a mudança do entendimento firmado no julgamento do IRDR e a mudança daquele fixado nos demais precedentes? Em última análise, por que os efei-

tos temporais da superação do precedente produto do IRDR devem receber tratamento especial em relação aos efeitos da superação dos demais precedentes?

Ora, o modo pelo qual é formado o precedente produto de IRDR é único, diverso dos demais modos de constituição de precedentes.

A fixação do entendimento vinculante via IRDR é o único que conta com a mais ampla participação dos jurisdicionados, sendo o precedente mais democrático de todos.

Tal caráter democrático foi observado, em especial, nas passagens deste trabalho em que se tratou da instauração e da instrução do incidente, encarados, aqui, como alguns dos aspectos procedimentais mais relevantes do IRDR.

Nenhum outro precedente recebe tamanha contribuição dos jurisdicionados, os quais, cientes da instauração do incidente, têm a oportunidade de formular seus argumentos a respeito da controvérsia, de preparar-se a tempo e de instruir o procedimento com a juntada de documentos ou do pedido de realização de diligências. A própria lei tratou, ainda, da possibilidade de designação de audiências públicas em que, igualmente, todos os argumentos existentes poderão ser apresentados.

A corroborar o aspecto democrático do IRDR tem-se, também, o dever de o órgão julgador, no acórdão, analisar, obrigatoriamente, todos os argumentos aventados, seja para acolhê-los ou para afastá-los.

Os demais precedentes, é claro, possuem mecanismos próprios a possibilitar a participação dos interessados, mas não se pode olvidar que o número de interessados é expressiva-

mente menor, quando não restrito às partes de determinado processo. Além do mais, eles não se constroem, necessariamente, acerca dos problemas inerentes à litigância de massa, em especial às questões jurídicas a ela relativas.

A ampla participação dos jurisdicionados permite que a tese a ser fixada seja de aplicação obrigatória por todos os magistrados vinculados ao respectivo tribunal, a um sem número de processos, de modo que os efeitos do precedente devem respeitar, com ainda mais razão, a boa-fé objetiva daqueles que contribuíram para sua confecção. Até mesmo porque, potencialmente, qualquer um pode ser submetido à sua aplicação.

A intervenção para a construção do precedente confere a ele legitimidade, de modo que todos devem segui-lo não apenas por força de lei, mas também por acreditar que segui-lo é a melhor forma de proceder. Assim, os jurisdicionados devem obedecê-lo a fim de se livrar de futura judicialização de problemas, de planejar os seus investimentos, de medir as suas condutas no meio social, garantindo a segurança jurídica nas suas vidas.

Contudo, o que será dos jurisdicionados quando da mudança de um precedente de formação eminentemente democrática? Entendemos que, mais do que nunca, é necessário utilizar instrumentos que garantam a segurança jurídica daqueles que se conduziram de acordo com o precedente anterior mas que se viram obrigados à mudança de rumo.

A modulação dos efeitos temporais, se bem empregada, é capaz garantir, eficazmente, o respeito à boa-fé objetiva e à segurança jurídica de todos aqueles que respeitam os próprios precedentes.

Assim, destinaremos item próprio para discorrer sobre a modulação dos efeitos temporais do acórdão que supera entendimento fixado por meio de IRDR, não sem antes tratar da legitimidade para propor a revisão e o procedimento que deve ser utilizado para tanto.

5.2. Definição, legitimidade e procedimento da superação

A superação de um precedente pode ser bem definida da seguinte forma:

A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 993).

Assim, tem-se que a realidade social e a sistêmica requerem, sempre, uma jurisprudência de acordo. Como já referido neste trabalho, se a lei ignora a realidade, é apenas uma questão de tempo para a realidade ignorar a lei, valendo o mesmo princípio em relação aos entendimentos dominantes do tribunal. “Tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação [...]”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 993).

A mudança do entendimento fixado no IRDR será feita de ofício ou por meio de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, mediante revisão, no mesmo tri-

bunal⁶⁰. Deste modo, as partes dos processos em que se discute ou em que se vier a discutir a mesma questão jurídica não são, de acordo com o NCPC, legítimas para provocar tal mudança de entendimento.

Há autores que defendem que a omissão de legitimidade das partes para tanto padece de inconstitucionalidade formal, pelo fato de que o texto aprovado na Câmara dos Deputados, que legitimava a sua atuação, foi suprimido na fase revisora da lei perante o Senado Federal⁶¹.

Além dessa inconstitucionalidade formal, entendemos, também, que há inconstitucionalidade material da norma. Afinal, é a ampla participação democrática que legitima a tese jurídica fixada pelo tribunal, sendo que a impossibilidade das partes de provocar a sua revisão configura claro obstáculo ao exercício do contraditório.

O contraditório não foi relativizado no procedimento do IRDR de forma a reduzi-lo, mas sim redesenhado para se amoldar ao incidente, em respeito à garantia constitucional de acesso à Justiça. Assim, a possibilidade de participação de todos os interessados na instrução do incidente materializa o contraditório.

Nesse sentido, inclusive, é muito precisa a observação de José Miguel Garcia Medina:

O art. 986, ao referir-se apenas ao inc. III do art. 977, não impede que as partes peçam a revisão da tese. Além de a

60 Art. 986. 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. (BRASIL, 2015).

61 Dentre eles, Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 347-348).

distinção referida no art. 986, *in fine* do CPC/2015 não ter qualquer justificativa, a revisão da tese poderá ser examinada de ofício; sendo assim, nada impede que a manifestação do tribunal decorra de provocação da parte (afinal, para haver revisão de ofício, pouco importa se o tribunal foi, ou não, instado a fazê-lo). Entendemos que essa provocação pode partir, até mesmo, de pessoa que poderia manifestar-se como *amicus curiae*, no caso. (MEDINA, 2016, p. 1422).

A revisão da tese jurídica fixada, por sua vez, deve preservar a essência garantista e constitucional do procedimento inicial do incidente que a formou, assegurando, assim, que todos os legitimados à instauração do incidente também o sejam para suscitar a revisão da tese. Até mesmo porque são as próprias partes dos processos existentes e vindouros que sofrerão as consequências da aplicação dela, não havendo nada mais justo do que lhes permitir provocar a mudança de entendimento.

Outrossim, o NCPC não estabelece qual o procedimento a ser seguido nos casos de mudança do entendimento fixado no IRDR.

Marcos de Araújo Cavalcanti entende desnecessária tal disposição, pois, de acordo com o seu posicionamento, qualquer magistrado tem o poder para superar tal entendimento, podendo aplicar tese jurídica diversa da preestabelecida. (CAVALCANTI, 2016, p. 340-341).

No entanto, ousamos divergir da colocação. Afinal, de que serviria o caráter vinculante das decisões proferidas ao final do IRDR se o juiz pudesse escapar da sua aplicação, mesmo que fundamentadamente?

É claro que o juiz tem amplos poderes para realizar a distinção entre o caso concreto e a tese jurídica fixada, para

afastar sua incidência, o que deverá fazer de modo motivado e nos termos do art. 489, do NCPC. Porém, a sua superação apenas é possível se feita democraticamente, com a ampla participação dos interessados e com a profunda análise de todos os fundamentos que possam levar à mudança.

O próprio Fórum de Processualistas Cíveis, no seu enunciado 172, estabelece que “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”, como já citado. De acordo com tal enunciado, mesmo que o magistrado entenda que o precedente formado em sede de IRDR não seja a melhor solução à questão, ele deve aplicá-lo.

Na técnica posta no NCPC, em interpretação sistemática com a Constituição Federal, é dado apenas ao tribunal que julgou o IRDR modificar o entendimento fixado, nas mesmas condições garantistas e democráticas que ordenam o procedimento do incidente.

O IRDR é instrumento eminentemente democrático, tendo em vista a ampla participação, inclusive popular, que proporciona a formação do precedente.

A decisão produto do IRDR, que fixa tese jurídica, nada mais é do que um precedente a ser seguido pelo tribunal que apreciou o incidente bem como pelos juízes a ele vinculados, por expressa disposição legal⁶².

E já que o que legitima democraticamente este precedente é a participação de todos, apenas ela tem o condão de justificar eventual mudança.

62 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”. (BRASIL, 2015).

5.3. Efeitos temporais

O NCPC não se omitiu apenas quanto ao procedimento que deve ser adotado quando da revisão da tese jurídica fixada por meio de IRDR, mas silenciou, também, em relação aos efeitos temporais que a mudança do entendimento consolidado pelo incidente deve surtir. Aliás, o legislador calou acerca dos efeitos temporais que devem ser atribuídos em quaisquer casos de superação de precedentes⁶³.

É certo que a tese jurídica será aplicada em todos os processos referentes à idêntica questão de direito que tramitarem nos limites da área territorial de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros em que se discuta a questão, conforme o art. 985, do NCPC.

Seguindo esse mesmo raciocínio, é bastante pertinente que a mudança da tese jurídica fixada pelo tribunal também se aplique nos mesmos limites da área de jurisdição do tribunal e aos processos futuros em que se discuta tal questão.

Porém, como já ressaltamos, o tribunal também deverá modular os efeitos da sua decisão responsável pela mudança de entendimento. E como o aspecto prático da modulação de efeitos de decisões judiciais vem sendo mais bem abordado em sede de controle de constitucionalidade, é relevante que se pontue, aqui, as constatações mais relevantes que nele se observam.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira lista as principais correntes sobre os efeitos da mudança de posicionamento consagrado em decisões com efeito vinculante na seara constitucional. De acordo com ele, quando a mudança ocorre,

63 “O CPC/2015, muito embora permita, de forma expressa, a modulação de efeitos na superação de precedentes, no §3º, do art. 927, não aponta, em nenhum momento, qual será a regra da eficácia temporal na superação de precedentes”. (PEIXOTO, 2016, p. 243).

os efeitos podem ser retroativos ou de eficácia prospectiva: pura, clássica e a termo. (FERREIRA, 2016, p. 284-287).

Os efeitos retroativos são aqueles que retroagem à data da decisão. Dito de outro modo, eles atingem fatos anteriores à decisão que consagra o novo paradigma.

A eficácia prospectiva, a seu turno, é a aptidão da decisão judicial à geração de efeitos apenas para o futuro. O mencionado autor apresenta três modalidades de aplicação da eficácia prospectiva identificadas na doutrina, que são pura, clássica e a termo. (FERREIRA, 2016, p. 286-287).

A eficácia prospectiva pura se dá quando o novo precedente se aplicar apenas aos fatos posteriores, não sendo aplicável, contudo, ao processo objeto de análise. (FERREIRA, 2016, p. 286).

Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 2079) acena para a sua possibilidade, acrescentando que “também é possível excluir dos efeitos retroativos apenas os processos em curso, admitindo-se que as situações não judicializadas não têm motivo para buscar proteção no precedente revogado”.

Já conforme a eficácia prospectiva clássica, o novo precedente poderá ser aplicado apenas aos fatos futuros, com exceção daqueles a que se refere o processo que levou a questão a conhecimento do tribunal. (FERREIRA, 2016, p. 286-287).

Por fim, na eficácia prospectiva a termo, o tribunal fixará uma data a partir da qual será aplicado o precedente ou uma condição, cujo implemento “liberará” a produção de efeitos. (FERREIRA, 2016, p. 287).

Independentemente de quais efeitos sejam atribuídos à decisão do tribunal que superar o entendimento vinculante

outrora fixado em sede de IRDR, alertamos, desde já, que os julgadores deverão fundamentá-la devidamente, com observância ao art. 489, do NCPC, a fim de garantir respeito ao postulado da segurança jurídica.

Listadas as principais modalidades de eficácia temporal das decisões, cumpre tecer alguns comentários a seu respeito.

Ao distinguir Cortes de precedentes de Cortes de correção, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Como a Corte de correção declara o sentido que a lei sempre teve – evidenciando que, em determinado período, foi ele desvirtuado –, a sua decisão não tem como não ter efeitos retroativos, atingindo toda e qualquer situação. Afinal, a decisão declara a norma que está na lei, ou seja, a norma que sempre regulou e deve continuar a regular as situações concretas.

Mas, se a Corte Suprema atribui sentido ao direito ou define a interpretação da lei – e, portanto, constitui uma Corte de Precedentes –, há de se atribuir valor ao precedente revogado. Isso não significa excluir a possibilidade de eficácia retroativa à decisão que o revoga, mas ter em conta a relação entre o valor de ‘afirmação do direito’, contido na decisão revogadora, em face do valor da ‘confiança justificada’, depositado no precedente revogado. (MARINONI, 2015, p. 2078).

As Cortes de correção, assim, declaram o sentido que a lei sempre deveria ter assumido, de modo que o efeito temporal da decisão devesse retroagir para alcançar situações pretéritas. E as Cortes de precedentes, a seu turno, por atribuírem novo sentido à lei, não podem negar o valor do precedente revogado, sem que, com isso, se exclua a possibilidade de uma decisão inovadora atingir situações pretéritas.

Contudo, não concordamos integralmente com o respeitável posicionamento.

Ao discorrer sobre o regime do precedente judicial no NCPC, José Rogério Cruz e Tucci teceu a seguinte análise da questão, com a qual compactuamos:

Cumpre destacar [...] outro problema que ainda se encontra em aberto, uma vez que nem pelo prisma da história e também pouco pela dogmática moderna obteve solução satisfatória.

Referimo-nos à árdua questão da eficácia retroativa do ‘novo’ precedente judicial.

Na verdade, a incerteza que nasce do advento de um novo precedente em substituição à orientação consolidada acarreta um custo social econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conhecem a força vinculante da jurisprudência, uma vez que a situação de insegurança gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que seja consolidada a *nova regula*. (TUCCI, 2015, p. 149).

A atribuição de efeitos retroativos à decisão de mudança de paradigma compromete a segurança jurídica da esfera de direitos dos jurisdicionados. Situações que estariam certas e acabadas poderiam ser integralmente alteradas ou extintas, por exemplo. Tal eficácia, assim, pode vir a desprezar o respeito que se teve ao precedente anterior, ignorando a boa-fé objetiva. Acrescentamos o desprezo, ainda, que tal comando pode ter em relação ao acesso à Justiça, uma vez que ele tem o condão de burlar a realização de uma ordem jurídica justa, à medida que frustra expectativas legítimas.

É certo que não se pode descuidar de que a regra, pelo que indica a doutrina, é a de que a mudança do entendimento terá eficácia retroativa, conforme segue:

A regra é a de que a superação de precedentes terá eficácia retroativa, sem atingir os processos com trânsito em julgado.

A qualidade da coisa julgada que adere à decisão judicial fortalece a proteção da confiança dos jurisdicionados que não pode simplesmente ser ignorada. (PEIXOTO, 2016, p. 263).

No entanto, não apenas os processos com trânsito em julgado devem ser poupados da incidência dos efeitos do novo entendimento, pois isso feriria a boa-fé objetiva dos jurisdicionados e ocasionaria tratamento desigual a situações semelhantes.

Por todas essas razões, entendemos que a eficácia retroativa da decisão que cristaliza mudança de entendimento vinculante não é a melhor opção diante do sistema jurídico em que nos encontramos.

Quanto à atribuição de efeitos prospectivos, estes sim melhor se coadunam com o ideal de uma ordem jurídica justa. Afinal, quando o tribunal fixa o marco a partir do qual seu o entendimento mudará, ele nada mais faz do que cientificar os jurisdicionados sobre sua atuação, seja lá qual for a modalidade de eficácia prospectiva adotada na decisão, fulminando o risco de decisão surpresa.

Isso reflete a ideia de respeito aos jurisdicionados, que têm o direito de conhecer a quais normas estão submetidos para, então, ter plenas condições de obedecê-las, planejando suas vidas.

Trata-se da mesma questão relativa à aplicabilidade das leis: mesmo que elas entrem em vigor na data de sua publicação, em regra, elas apenas se aplicam aos fatos futuros, como forma de prevenir os jurisdicionados sobre seus comandos. Ou ainda, mesmo que elas já existam no plano jurídico, muitas vezes só entram em vigor após a *vacatio legis*.

Nesse sentido, mais uma vez é oportuno consignar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Quando um precedente goza de credibilidade no momento em que é revogado, é possível outorgar efeitos unicamente prospectivos à decisão revogadora, tutelando-se as situações passadas que se aperfeiçoaram com base no precedente. Isso é importante especialmente nos casos de precedentes que têm influência em planejamento, estratégias, definição de condutas e elaboração de condutas e elaboração de contratos. (MARINONI, 2015, p. 2079).

Como Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira bem verificou, a doutrina classifica a eficácia prospectiva em pura, clássica e a termo.

Já se destacou que todas essas modalidades, porque guiadas pelo mesmo princípio de preservar a segurança jurídica, compactuam com o sistema jurídico brasileiro. Porém, deve-se analisá-las com cautela, a fim de descobrir qual seria a melhor opção a ser adotada na decisão de mudança de posicionamento vinculante.

A eficácia pura é justa na medida em que traça um divisor temporal implacável entre precedentes. Porém, comungamos da linha de raciocínio segundo a qual os jurisdicionados são surpreendidos com a mudança de entendimento, sendo que, a eles, pode ser que nada reste a fazer, a não ser aguardar a incidência dos efeitos da decisão. A surpresa atropela a boa-fé objetiva dos jurisdicionados que já se comportavam de acordo com o precedente anterior, de modo que seus atos são completamente ignorados pelo novo precedente.

A eficácia clássica, como já delineado, aplica os efeitos da decisão a todas as causas futuras, inclusive à causa pendente no tribunal. Não se vislumbra, contudo, motivos bastantes para que os efeitos do novo precedente se apliquem também a ela. É claro que foi ela que levou o tribunal a apreciar

a questão e a superar o seu entendimento, mas não nos parece razão suficiente para que a ela, também, sejam aplicados os seus efeitos. Trazendo a análise ao estudo do IRDR, igualmente não enxergamos motivo para que os efeitos do acórdão se apliquem aos processos já em curso no território da jurisdição do tribunal.

Esta modalidade de eficácia, como a anterior, também esbarra no inconveniente de não haver sinalização alguma da mudança de entendimento, impedindo que as partes das causas sob a jurisdição do tribunal possam agir de acordo com o novo paradigma, em total descaso com seu comportamento anterior conforme o precedente.

É claro que a surpresa aos jurisdicionados é maior em instrumentos processuais outros e nos demais tipos de precedentes, mas não no IRDR e no acórdão que o julga. Afinal, o incidente se legitima pela ampla participação dos interessados, que podem contribuir, quase que livremente, na instrução do procedimento, ainda mais quando se defende, como faz este trabalho, que a mudança do precedente do IRDR deve ser realizada com as mesmas garantias com que se fez o primeiro julgamento da questão. Como já ressaltado, o exercício do contraditório está presente no processamento e no julgamento do IRDR, de forma compatível com o seu rito.

Desta forma, a modalidade de eficácia temporal que melhor se ajusta aos anseios do IRDR é a prospectiva a termo. Ela é a única que possibilita a fixação do termo divisor de entendimento em momento futuro, de modo a sinalizar a mudança e a permitir que os jurisdicionados se planejem para escolher qual o direito que querem ver aplicado às suas relações jurídicas. Respeita-se o comportamento adotado no passado, preservando a boa-fé objetiva daqueles que contri-

buíram na formação do precedente. Não que tudo seja objeto de escolha, mas certamente os jurisdicionados refletirão melhor sobre o que fazer.

Ravi Peixoto se debruça, com excelência, sobre a modulação dos efeitos na mudança do precedente. Em busca de parâmetros mínimos pra atingir uma racionalidade na motivação da modulação de efeitos, o jurista elenca uma série de fatores que entende ser requisitos para a atribuição de eficácia prospectiva ao precedente.

Para que seja atribuída eficácia prospectiva ao precedente, o primeiro requisito a ser ultrapassado é o da demonstração de que o novo precedente efetivamente signifique uma modificação surpreendente na linha jurisprudencial anterior do tribunal. (PEIXOTO, 2016, p. 263).

De fato, a produção de efeitos para os casos futuros considera que o novo entendimento, por ser surpreendente aos jurisdicionados, não pode ser aplicado a situações pretéritas.

No entanto, não esposamos do entendimento de que o efeito prospectivo apenas seria viável no caso de o novo precedente ser uma verdadeira surpresa. Afinal, qualquer mudança de precedente vinculante, ainda mais quando se trata de questões jurídicas massificadas e pulverizadas em inúmeros processos, é apta a causar grandes transtornos e a prejudicar os jurisdicionados que se comportaram em conformidade com o entendimento anterior.

Seguindo no raciocínio de Ravi Peixoto, “o requisito da boa-fé está imbricado no primeiro, estando relacionado com a necessidade de a parte que deseje a aplicação prospectiva demonstre ter atuado com boa-fé em conformidade com o anterior precedente”. (PEIXOTO, 2016, p. 263).

Ao tratar da boa-fé, neste ponto, o jurista demonstra o mesmo comprometimento externado neste trabalho em relação à segurança jurídica. Aquele que se comportou em conformidade com um precedente não pode sofrer as consequências do advento de precedente ulterior. Sua conduta, se tendente a respeitar o entendimento anterior, deve ser preservada, e, sua esfera jurídica, poupada da incidência dos efeitos do novo parâmetro.

Prosseguindo:

O terceiro requisito, de certa forma, parte das construções feitas [...] no sentido de que, na superação de precedentes, só haveria necessidade de tutela da confiança quando fosse demonstrado prejuízo significativo à esfera jurídica da(s) parte(s) por ela prejudicada(s). (PEIXOTO, 2016, p. 263).

Uma vez mais, ousamos discordar da afirmação de que apenas haveria necessidade de tutela da confiança quando demonstrado prejuízo significativo à esfera jurídica dos jurisdicionados afetados pela superação de um precedente. Tal posicionamento aceita que haja prejuízo à esfera jurídica dos jurisdicionados, desde que ele não chegue a ser “significativo”. Um prejuízo pouco expressivo, por exemplo, seria aceitável? Não entendemos ser esta a melhor maneira de interpretar a modulação da eficácia temporal do novo precedente.

Ravi Peixoto continua, enunciando:

O quarto requisito seria uma situação limite, em que o tribunal poderia optar, por exemplo, por suspender a eficácia da decisão de forma a permitir uma modulação da eficácia prospectiva pelo Poder Legislativo, especialmente nas hipóteses em que haja a necessidade de criação de um regime de transição complexo. (PEIXOTO, 2016, p. 264).

A necessidade de criação de um regime de transição complexo é uma realidade inerente à superação de um precedente vinculante, não podendo ser ignorada. Entendemos, ainda, que encontrar a solução no Poder Legislativo é possível, haja vista que a lei é, tanto quanto o IRDR, instrumento que reflete a vontade popular. No entanto, talvez não seja o meio mais célere para cuidar do regime jurídico aplicável às relações decorrentes da mudança do precedente vinculante fruto do incidente.

O próprio tribunal, ao realizar a superação do precedente, deve aproveitar o novo espaço de discussão que deve se abrir (segundo entendemos) para tratar qual a melhor forma de tutelar os jurisdicionados que se comportaram de acordo com a orientação vinculante anterior.

À guisa de exemplo, veja-se o caso de um tribunal de justiça fixar o entendimento, por meio de IRDR, de que determinado imposto local ou regional não será devido em uma determinada hipótese legal, desde que o contribuinte cumpra certas obrigações tributárias acessórias. O tempo passa e uma nova realidade social reclama mudanças, sendo que a prática acaba por demonstrar que o imposto deva ser cobrado novamente na situação outrora dispensada.

A nova interpretação é apta a causar prejuízos na esfera jurídica dos jurisdicionados, que não contavam com a incidência do imposto em tal situação. O tribunal, ao operar a superação do entendimento anterior, deve respeitar todos aqueles que, no período legal considerado para incidir o imposto, se planejaram para não pagá-lo, sendo necessária a modulação dos efeitos. Isso significa que, se o imposto deve ser pago em todo início de ano, e o tribunal muda seu entendimento em maio, os contribuintes que comprovarem o cumprimento das obrigações acessórias ao longo de todo o ano estarão isentos do pagamento do tributo nesse exercício financeiro.

A Corte terá que definir a situação daqueles que, ao longo do exercício financeiro, tiverem cumprido as obrigações acessórias. No exemplo singelo, seria justo que eles não pagassem o imposto naquele ano, o que criaria um período de transição, regido por normas estabelecidas apenas para contingenciá-lo.

Assim, o tribunal deveria fixar que o acórdão que superar o entendimento anterior apenas será aplicável àqueles que se encaixarem na primeira situação e após aquele exercício financeiro, de modo que dever-se-ia dar à decisão efeito prospectivo a termo.

Claro, tudo isso com a devida fundamentação. Desde que bem fundamentada, acatando e afastando os argumentos aventados, a modulação de efeitos temporais se mostra como a melhor forma de respeitar a contribuição popular na criação dos precedentes e a boa-fé objetiva.

Nesse sentido conclui Ravi Peixoto, ao encerrar seu raciocínio:

Os parâmetros indicados servem tão somente para diminuir o âmbito da interpretação dos efeitos da superação de precedentes e, também, para impor um dever de fundamentação analítica. Não se pode mais admitir meras alegações de interesse social ou de segurança jurídica ou mesmo sua mera rejeição das decisões que tratam do tema. (PEIXOTO, 2016, p.264).

6. Conclusões

É fato que o país experimenta uma realidade de grande incerteza nas relações jurídicas. A massificação de conflitos tem exigido do processo muito mais do que o processo civil clássico e o processo coletivo poderiam oferecer. A litigiosidade repetitiva exige também, do Poder Judiciário, mais do

que ele consegue realizar, sendo que ele passa por verdadeira crise de insuficiência de recursos para contingenciar a crescente demanda.

O Código de Processo Civil de 2015, que rompeu com os paradigmas estabelecidos pelo processo civil tradicional, institui uma nova forma de pensar o processo, especialmente destinada ao tratamento da litigiosidade repetitiva.

O incidente em análise é uma estratégia procedimental diferenciada, preocupada com a resolução de questões repetitivas. Porém, o Código de Processo Civil não cuidou de modo satisfatório de alguns dos seus aspectos mais importantes, como os efeitos temporais que decorrem da superação do precedente formado no próprio IRDR.

O tema se reveste de grande relevância, pois os efeitos temporais da revisão das teses fixadas em sede de IRDR, não tratados pelo legislador, atingem todos os jurisdicionados sob a influência do tribunal que alterar o entendimento outrora fixado.

Este trabalho sistematizou, brevemente, o estudo do IRDR com o fim de descobrir quais os caminhos mais seguros para a definição dos efeitos no tempo que decorrem da mudança de entendimento adotado nas decisões que julgam o incidente.

Concluiu-se que o instituto tem natureza jurídica de incidente processual, por surgir sobre processos repetitivos preexistentes e demandas futuras (em que se discuta questão jurídica homogênea), em que sua existência dependa de tais processos judiciais repetitivos, e que se manifesta de maneira accidental no curso regular desses processos, tratando-se de procedimento próprio para a solução de questão jurídica comum.

Sua finalidade primordial é evitar o comprometimento da segurança jurídica, a fim de evitar que casos semelhantes

recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário, sendo que seu fundamento é o acesso à Justiça.

A ideia de acesso à Justiça engloba inúmeras vertentes, tendentes à concretização de uma ordem jurídica justa, delineada na segurança jurídica e no respeito à boa-fé objetiva dos jurisdicionados, sendo a fundamentação a melhor forma de garanti-la.

O IRDR se distingue do processo coletivo por inúmeras razões, mas a diferença mais evidente, sem dúvida, é a sua natureza eminentemente objetiva. Afinal, o IRDR se destina ao tratamento da questão jurídica comum a todos os processos repetitivos que tramitam sob a área da jurisdição de determinado tribunal, sem que este decida neles diretamente.

Na questão jurídica repetitiva em análise, os fatos são incontroversos, sobre eles não recaindo dúvidas. O objeto das demandas e os seus pedidos não precisam ser idênticos, muito menos sua causa de pedir.

A pendência de “processo repetitivo” no tribunal competente não constitui pressuposto de admissibilidade do incidente. Afinal, o que o NCPC propõe é que ele fixe o entendimento a ser seguido pelos magistrados a eles vinculados. Além disso, o dever de uniformizar seus julgados é resultado de uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, mormente quando a Constituição garante a todos o direito à segurança jurídica e ao acesso à Justiça.

À instauração do incidente será dada a maior publicidade possível, sendo que a correta delimitação do objeto do IRDR e a sua ampla publicidade são elementares na garantia do contraditório, por permitir a correta suspensão de processos.

As partes que tiverem seus respectivos processos suspensos por tal determinação têm o direito subjetivo de ser intima-

das dela, tanto para permitir sua participação na futura instrução do incidente quanto para possibilitar que elas elaborem eventual pedido de distinção. A intimação resguarda o contraditório, garantindo-se, igualmente, a segurança jurídica e o acesso a uma ordem jurídica justa. Destaque-se, ainda, que a melhor interpretação para a “suspensão do processo” diz respeito apenas à questão jurídica repetitiva.

A designação de audiência pública a fim de que sejam ouvidas pessoas que, segundo o NCPC, tenham experiência e conhecimento na matéria, propicia um amplo debate acerca de todos os pontos importantes que deverão ser enfrentados para a solução da questão. Facilita a troca de ideias, no intuito de participar na formação do convencimento dos magistrados que julgarão o IRDR. Repise-se que a legitimidade democrática da tese fixada no âmbito do IRDR repousa na ampla possibilidade de participação na fase instrutória do incidente, de modo que as questões que, porventura, não forem objeto de ampla discussão, não deverão integrar a tese.

Ao aplicar o entendimento fixado no IRDR, os juízes não devem prestação de contas à sua própria consciência, mas sim aos tribunais aos quais estão vinculados. Nada impede, porém, que o magistrado tenha opinião própria divergente e a salvasse no julgamento da questão.

Os acórdãos prolatados no julgamento dos incidentes foram elencados como decisões de efeito vinculante aos magistrados ligados aos tribunais que os proferirem, não sendo obrigatórios aos demais juízes. Assim, as disposições gerais acerca da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais são verdadeiras diretrizes hermenêuticas que se aplicam integralmente ao IRDR.

O § 3º, do art. 927, do Código de Processo Civil, possibilita a modulação dos efeitos da mudança do entendimento oriun-

do do julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica. Entendemos que tal possibilidade, na realidade, se trata mesmo de um dever. Como o IRDR tem a finalidade precípua de obstar o comprometimento da segurança jurídica, evitando que casos semelhantes recebam tratamentos diversos quando submetidos ao Poder Judiciário, o objeto do incidente sempre terá interesse social e de segurança jurídica a exigir a modulação de efeitos nas alterações de entendimento, que carece de fundamentação idônea, nos termos do art. 489, do NCPC.

O acórdão que julga o incidente é tão precedente quanto todas as demais normas listadas no art. 927, do NCPC. No entanto, nenhum outro precedente conta com tamanha contribuição dos jurisdicionados, que, cientes da instauração do IRDR, têm a oportunidade de formular seus argumentos a respeito da controvérsia, de se preparar a tempo, e de instruir o procedimento com a juntada de documentos ou o pedido de realização de diligências.

A mudança do entendimento fixado no IRDR será feita de ofício ou por meio de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública mediante revisão, no mesmo tribunal. Além de inconstitucionalidade formal, entendemos que a norma sofre, também, de inconstitucionalidade material. Afinal, é a ampla participação democrática que legitima a tese jurídica fixada, sendo que a impossibilidade das partes de provocarem a sua revisão configura claro obstáculo ao exercício do contraditório.

Conforme interpretação sistemática do NCPC e da Constituição Federal, é dado apenas ao tribunal que julgou o IRDR modificar o entendimento outrora fixado, nas mesmas condições democráticas que ordenam o procedimento do incidente.

A atribuição de efeitos retroativos à decisão de mudança de paradigma compromete a segurança jurídica da esfera de direitos dos jurisdicionados. Assim, a eficácia retroativa da decisão que cristaliza mudança de entendimento vinculante não é a melhor opção diante do sistema jurídico em que nos encontramos.

Quanto à atribuição de efeitos prospectivos, estes sim melhor se coadunam com o ideal de uma ordem jurídica justa. Afinal, quando o tribunal fixa o marco a partir do qual seu entendimento mudará, ele nada mais faz do que cientificar os jurisdicionados sobre sua atuação, seja lá qual for a modalidade de eficácia prospectiva adotada na decisão, fulminando o risco de decisão surpresa. Isso reflete a ideia de respeito aos jurisdicionados, que têm o direito de conhecer a quais normas estão submetidos para, então, ter plenas condições de obedecê-las, planejando suas vidas.

Desta forma, a modalidade de eficácia temporal que melhor se ajusta aos anseios do IRDR é a prospectiva a termo.

A necessidade de criação de um regime de transição complexo é uma realidade inerente à superação de um precedente vinculante, não podendo ser ignorada. O próprio tribunal, ao realizar a superação do precedente, deve aproveitar o novo espaço de discussão que deve se abrir para tratar qual a melhor forma de tutelar os jurisdicionados que se comportaram de acordo com a orientação vinculante anterior.

Desde que bem fundamentado, acatando e afastando os argumentos aventados, a modulação de efeitos temporais do acórdão que julgar o IRDR se mostra a melhor forma de respeitar a contribuição popular na criação dos precedentes e a boa-fé objetiva.

Em razão da novidade que é o IRDR e todo o sistema de precedentes instituído pelo NCPC, ainda não há pronuncia-

mentos dos tribunais acerca do tema. A doutrina existente também é muito incipiente, de modo que não esgota todas as suas possibilidades.

Assim, as soluções apontadas neste trabalho não refletem, necessariamente, verdades. O que se procurou foi apenas contribuir, de algum modo, para as discussões acerca da questão, oferecendo pontos de partida para a reflexão, a fim de ventilar o salutar e merecido debate do tema.

7. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman).

DANTAS, Bruno. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2180-2198. (Livro III, Título I, Capítulo VIII).

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-São-Paulo.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Disposições gerais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2072-2083. (Livro III, Título I, Capítulo I).

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. *A súmula vinculante como instrumento de pacificação social*. Campinas: Millennium, 2010. (Prefácio de Márcio Ferro Catapani).

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: Macêdo, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313-358. (Coord. Geral: Fredie Didier Jr.).

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Guilherme J. Braz de. Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, p.107-113, maio 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, p.143-151, maio 2015.

Artigo recebido em: 30/11/2016.

Artigo aprovado em: 13/10/2017.

DOI: 10.5935/1809-8487.20170009