Litigiosidade repetitiva, IRDR e acesso à justiça

Isabel Milman

Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. *E-mail:* isabelmilman@terra.com.br.

Resumo: O presente artigo analisa aspectos interessantes e polêmicos relacionados ao estudo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), técnica concebida pelo novo Código de Processo Civil para o tratamento de questões repetitivas, que se apresenta, ao lado das ações coletivas, como importante instrumento voltado a combater o excesso de litigiosidade que assola o Judiciário e penaliza a sociedade brasileira, dando ênfase ao estudo do instituto à luz da garantia do acesso à justiça.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. IRDR. Modelo adotado. Critérios de escolha e afetação da causa-piloto. Princípio do contraditório.

Sumário: **1** O tratamento coletivo de litígios de origem comum – **2** O problema do modelo escolhido pelo novo Código de Processo Civil – **3** Importância dos critérios para escolha e afetação da causa-piloto – **4** Conclusão – Referências

1 O tratamento coletivo de litígios de origem comum

As ações coletivas representaram inegável avanço para o acesso à justiça, permitindo que pretensões de fundo comum, titularizadas por uma massa de indivíduos (identificados ou não), pudessem receber resposta adequada do Judiciário.

Não obstante, e especialmente no campo dos direitos individuais homogêneos, as ações coletivas não se mostraram aptas a resolver o problema da litigância seriada.¹

Havia um vácuo que, até o advento no novo Código de Processo Civil e a introdução de um microssistema de casos repetitivos, e, em especial, do IRDR – com a possibilidade de tratamento em bloco de questões de direito comuns atinentes a processos semelhantes –, não havia sido preenchido.

Para isso contribuíram, como um dos fatores, as restrições legislativas impostas às matérias que poderiam ser debatidas por meio de ações coletivas, dentre as quais as questões de natureza previdenciária e tributária, essa última

¹ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.435.

excluída do âmbito da tutela coletiva por força da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/85.²

Dessa forma, para direitos individuais homogêneos que se relacionassem com tais matérias, a via da ação coletiva estava vedada; restando aos jurisdicionados apenas a possibilidade de propor ações individuais para a proteção de seus direitos violados.

Afora essa vedação legal, havia ainda outras questões comuns, repetidas em milhares de processos judiciais, que, por sua natureza, não eram passíveis de serem resolvidas pelo ajuizamento de uma ação coletiva, que se mostra imprestável, por exemplo, para a definição de uma tese jurídica com vistas à formação de um precedente judicial.³

A partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o IRDR se apresenta como técnica de coletivização capaz de fazer frente à adequada solução de tais demandas, permitindo que sejam todas julgadas de modo uniforme, através de uma única decisão que a todas vinculará, eliminando o problema da dispersão do debate da questão comum, pela concentração do julgamento por um único órgão jurisdicional.

Observe-se que, nas ações coletivas, evita-se a dispersão inicial do debate, através da concentração das pretensões da coletividade em uma única demanda. Ao passo que, no IRDR, o debate se inicia disperso, em inúmeras ações concomitantes; porém, uma vez instaurado o incidente, concentra-se a instrução e julgamento da matéria comum em um único órgão, que dará a solução a todos os litígios de uma vez só, com inúmeros benefícios para a eficiência da prestação jurisdicional.⁴

Além disso, e diferentemente do que ocorre com as ações coletivas, não há restrições quanto às questões de direito que podem ser conhecidas e julgadas sob o regime do IRDR, conferindo ao instituto uma amplitude que a tutela coletiva até então não dispunha.

² Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

³ “Há situações coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva – é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiária da gratuidade de justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016. p. 22).

⁴ “É a ideia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada. Mantêm-se os princípios e instrumentos do processo civil individual, assegurando o respeito às singularidades. Preservam-se a garantia do devido processo legal e o princípio dispositivo em sua plenitude” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, 2007. p. 129).

O IRDR chega, portanto, para se somar às ações coletivas como espécie de tutela coletiva, complementando o sistema voltado à solução de questões que tocam a um grande número de indivíduos, com especial vocação para a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Por essa razão, muito embora o IRDR utilize-se de técnica distinta das ações coletivas, nas quais há a figura do legitimado extraordinário e peculiaridades em relação à extensão dos efeitos da coisa julgada aos *absent class members*, a doutrina entende o novo instituto como espécie de processo coletivo.

É preciso compreendê-lo, como afirma Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, dentro de um conjunto de instrumentos no seio do Direito Processual Coletivo, ao lado das ações coletivas e dos meios adequados e consensuais de resolução coletiva das lides.⁵

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁶ sustentam que, no IRDR, “a repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva”.⁷

São, portanto, técnicas complementares, que se somam para a maior abrangência do tratamento das questões coletivas e da litigância seriada.

Por isso mesmo, a abordagem dos institutos não deve se dar de forma compartimentada; pelo contrário, é possível conceber uma zona de interseção entre eles.⁸ Veja-se, por exemplo, o caso dos direitos individuais homogêneos, cujo tratamento uniforme pode ser viabilizado na via da ação coletiva, por meio dos instrumentos da substituição processual e da extensão dos efeitos da coisa julgada a todos os integrantes da classe substituída; como também através do IRDR, por meio da formação de precedente vinculante que será aplicado a todos os casos idênticos e similares, em curso ou ajuizados no futuro.

Também é possível vislumbrar hipótese de convergência entre as ações coletivas e o IRDR quando, na seleção e posterior afetação das causas que serão julgadas sob o regime do incidente, elege-se, como processo paradigmático apto

⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 9.

⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016. p. 16.

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016. p. 20.

⁸ “Os objetivos das ações coletivas e dos casos repetitivos são em parte convergentes, mas não idênticos. Há na técnica dos casos repetitivos uma preocupação com a gestão das causas repetitivas. Assim, os principais valores em jogo são a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade, que pode ser também traduzida por eficiência processual” (ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan./jun. 2018. p. 7).

a conduzir o debate sobre a questão comum a ser decidida com força vinculante, uma ação coletiva.

Aliás, e como veremos mais adiante, a afetação de uma ação coletiva para ser julgada sob o rito do IRDR é de todo aconselhável, sendo, inclusive, um dos critérios sugeridos pela doutrina para orientar a escolha das causas paradigmáticas,⁹ em razão da qualidade do contraditório nelas promovido e da pluralidade e representatividade dos sujeitos processuais.

Nessa hipótese, a decisão do IRDR, além de resolver, com força de coisa julgada, os pedidos veiculados na ação coletiva, produzindo efeitos em relação aos membros da classe representada pelo legitimado extraordinário, será aplicada, com força vinculante, a todos os demais casos, em curso ou futuros, que envolvam a questão comum definida por meio da tese jurídica extraída do julgamento do incidente.

A conjugação do IRDR e das ações coletivas, portanto, tem o potencial de permitir um tratamento judicial mais compreensivo dos direitos da coletividade, resolvendo, até mesmo, a complicada questão da vinculação dos membros da classe substituída aos efeitos da decisão final proferida (coisa julgada *secundum eventum litis*).¹⁰

2 O problema do modelo escolhido pelo novo Código de Processo Civil

O IRDR é mecanismo de gestão de processos em série, através do qual é possível dar tratamento coletivo a questões comuns, unicamente de direito, que se repetem em inúmeros litígios, sempre que haja risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Acerca da técnica do incidente, a doutrina faz referência à existência de dois modelos: (i) o da causa-piloto ou processo-teste, que remonta ao *test claim* inglês e ao *Pilotverfahren* austríaco; e (ii) o do procedimento-modelo, originário do Direito alemão (*Musterverfahren*).

No primeiro modelo, da causa-piloto, o órgão jurisdicional responsável pelo julgamento da questão comum objeto do incidente julgará também o processo

⁹ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 210.

¹⁰ “[...] enquanto as ações coletivas sempre geram discussões sobre a vinculação dos membros da classe substituída – com técnicas de extensão e restrição no campo da coisa julgada (*erga omnes*, *ultra partes*, *in utilibus* e *secundum eventum probationis*) – nos incidentes de solução de processos repetitivos, a vinculação dos indivíduos é equacionada de maneira muito mais simples” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.436), pela aplicação da *ratio decidendi* a todos os casos em curso ou futuros, que veiculem a mesma matéria.

originário afetado, dando a solução final ao litígio. Há, pois, unidade cognitiva e de julgamento.

A tese resultante do julgamento do incidente (*ratio decidendi*) será replicada nas ações em curso (sobrestadas) e aplicada aos processos futuros, como precedente judicial vinculante.

Já no segundo modelo, descendente do sistema alemão, diferentemente, o órgão responsável pelo julgamento da questão comum não será o mesmo que julgará a lide. Diz-se haver, nesse caso, cisão cognitiva e decisória, com a incorporação da tese resultante do julgamento do incidente como questão prévia à decisão do processo afetado e aos demais sobrestados e como precedente judicial aos processos futuros.

O Direito Processual brasileiro, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil parece ter dado preferência ao primeiro modelo, da causa-piloto, dispondo de forma expressa, no artigo 978, parágrafo único, 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”.

Apesar da clareza da redação do artigo, a opção legislativa encontra forte resistência em parcela importante da doutrina, que defende ser o dispositivo manifestamente inconstitucional. Sob o ponto de vista formal, sustenta-se que a norma é fruto de inequívoca falha no processo legislativo de edição da nova codificação,¹¹ porquanto, segundo afirma Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “não constava em nenhum dos textos anteriormente aprovados, respectivamente no Senado Federal ou na Câmara dos Deputados”,¹² tendo sido inserido pelo Senado Federal no apagar das luzes do processo legislativo.

Sob o ponto de vista do direito material, o mencionado parágrafo único do artigo 978 seria igualmente inconstitucional, por afronta ao disposto no art. 96, I, a, da Constituição da República, na medida em que “não caberia ao CPC a fixação de competência interna dos tribunais”,¹³ resultando o dispositivo em manifesta

¹¹ “O parágrafo único do art. 978, com todas as vênias, corresponde a um grande equívoco do processo legislativo. É que esse dispositivo foi incluído no novo CPC quando o projeto retornou do Senado Federal no final de 2014. A norma não constava do projeto aprovado no Senado em 2010, tampouco na versão aprovada na Câmara dos Deputados em 2014. Nessas condições, o parágrafo único do art. 978 só poderia ser compreendido como constitucional se se tratasse das chamadas ‘emendas de redação’, i.e., mudanças estilísticas com finalidade de aperfeiçoamento gramatical e sintático, mas sem alteração de conteúdo. Não é o caso.” (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.447).

¹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 71.

¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 71.

invasão dos limites da autonomia dos tribunais para organizarem e disciplinarem o seu funcionamento interno, por meio de seus respectivos regimentos.

O tema não é sem importância, pois a definição do modelo a ser aplicado ao processamento do incidente pelos tribunais tem reflexos diretos nos requisitos de sua admissibilidade.¹⁴

Parcela da doutrina sustenta, a partir do entendimento de que o modelo eleito pelo CPC/15 foi o de causa-piloto, refletido na redação do artigo 978, parágrafo único, acima citado, que o IRDR somente poderia ser admitido na pendência de causa no Tribunal. Isso porque, o órgão julgador responsável pela definição da tese jurídica (precedente) também deveria julgar o caso concreto, o conflito de direito subjetivo envolvendo as partes em litígio (ou seja, o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente).

Tal entendimento seria, segundo os seus defensores, mais consentâneo com a sistemática dos recursos especial e extraordinário, cuja admissibilidade depende, igualmente, do julgamento final da causa pelas instâncias ordinárias, conforme dicção expressa dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

Nesse sentido, pontua Hermes Zaneti Junior que “a pendência de causa no tribunal para julgamento do incidente se justifica por um viés sistêmico, no caso dos recursos repetitivos há necessidade de pendência de causa no tribunal, e também pela tradição brasileira de julgamento de causas, sem a qual o processo de julgamento do incidente de demandas repetitivas se tornaria um processo objetivo”.¹⁵

Caso, porém, fosse admitido que o IRDR seguisse o modelo alemão, de procedimento-modelo, como parece ter sido a vontade originalmente manifestada pelo legislador e que veio a ser distorcida no curso do processo legislativo,¹⁶ essa lógica deixaria de fazer sentido e seria possível conceber a instauração do

¹⁴ “A controvérsia, sim, parece residir em relação aos pressupostos para o cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou seja, se deve haver, necessariamente, processo em tramitação no tribunal, para que esteja, digamos, firmada a competência para o julgamento do incidente (segundo posição restritiva) ou que se poderia suscitar o julgamento a partir de processos em tramitação no primeiro ou no segundo grau (posição não restritiva)” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 107).

¹⁵ ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan./jun. 2018. p. 4.

¹⁶ “[...] Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de resolução de demandas repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco de coexistência de decisões conflitantes.” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010).

incidente desvinculado da pendência de causa no tribunal, a partir de processos ainda em trâmite em primeira instância, sempre que houvesse efetiva repetição de demandas veiculando idêntica questão de direito, com riscos à isonomia e segurança jurídica. Nesse caso, o órgão do tribunal seria competente para julgar apenas o incidente, fixando a tese jurídica, e não a lide em si, que poderia tramitar tanto no próprio tribunal, como ainda em primeiro grau de jurisdição.

Essa é a opinião de Sofia Temer, para quem “o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Entendemos, portanto, que no incidente não haverá julgamento de ‘causa-piloto’, mas que será formado um ‘procedimento-modelo’”.¹⁷

Sobre o tema, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes pondera que “a adoção de um instrumento que somente pudesse ser acionado quando os processos já tivessem alcançado os tribunais de segundo grau seria limitado quanto ao seu alcance e resultado”.¹⁸

Por isso, o autor propõe, em tom conciliador, que a regra inserta no parágrafo único do artigo 978 seja lida como uma norma de prevenção de competência, de modo a que, naqueles incidentes instaurados a partir de processos em tramitação no tribunal, o órgão competente se ocupasse de julgar não apenas a tese jurídica, mas igualmente o caso concreto, “estabelecendo-se, assim, a via atractiva para a prevenção”.¹⁹

Por sua vez, quando o IRDR tivesse origem a partir de processos em curso em primeiro grau de jurisdição, o julgamento pelo órgão do tribunal seria resumido tão somente à solução da questão comum repetitiva, permanecendo o feito original suspenso para o futuro acerto meritório, dependente do precedente a ser formado no julgamento do incidente.

Dessa forma, seria possível mediar o teor da controversa regra do artigo 978, parágrafo único, do CPC/15 com a sistemática idealizada para o instituto, permitindo-se que o IRDR possa ser instaurado tanto a partir de feitos em trâmite no tribunal, como a partir de litígios ainda em curso no primeiro grau de jurisdição, dando-lhe maior amplitude.

¹⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 69.

¹⁸ “Se o IRDR, contudo, somente se torna admissível em momento posterior, quando os processos alcançaram os tribunais, a tendência é que os juízes já tenham despendido energias na análise das questões jurídicas controversas, com a elaboração de decisões e sentenças sobre a matéria, de modo que a economia será muito menor do que se poderia obter em momento anterior.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 123-124).

¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 121.

A favor dessa tese milita ainda a circunstância prática de que o incidente, embora instaurado a partir de um caso concreto, dele se descola, pela formação de um procedimento à parte, que se inicia por petição dos sujeitos interessados ou por ofício, caso se trate de iniciativa do juiz ou relator (art. 977), “ensejando clara interpretação de que tanto os processos em tramitação perante a primeira instância quanto no tribunal poderão ensejar o pedido de instauração”.²⁰

Nesse ponto, discussão interessante e que merece atenção diz respeito à hipótese de desistência do recurso (ou ação originária no tribunal) afetado e seu reflexo no julgamento do IRDR.

Em virtude do marcante interesse público no acertamento coletivo de questões controvertidas que afetam inúmeros processos em curso e demandas futuras, com reflexos diretos no campo da isonomia, segurança jurídica, celeridade e eficiência, há, no processamento do IRDR, restrições à autonomia da vontade das partes quanto à desistência do recurso e à celebração de acordos (ou ação originária).

Por isso, como forma de impedir que atos de disposição da parte possam frustrar o julgamento meritório do incidente, implicando, via de consequência, no enorme desperdício de toda a atividade jurisdicional já desenvolvida para a seleção, afetação e instrução da causa, dispõe a lei processual (artigo 976, parágrafo 1º) que a desistência do processo originário não impedirá o julgamento da questão comum.

Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que “a vontade negocial dos litigantes não atinge o incidente e não impede a solução da questão comum”.²¹

Nesse caso, estar-se-á diante de impasse cuja solução exige a cisão cognitiva e decisória do litígio, nos moldes do *Musterverfahren* alemão, a fim de que seja permitida a desistência das questões individuais objeto da demanda afetada (lide), mas não da questão comum.

Portanto, nessa peculiar hipótese, não há dúvida, o incidente seguirá o modelo alemão (procedimento-modelo), e a jurisdição, no caso, será objetivada. Isto é, desvinculada da existência de uma lide, de uma controvérsia de direito subjetivo que reclame solução judicial. Apenas a tese será definida com a formação de um precedente judicial.²²

Trata-se, a toda evidência, de hipótese excepcional. Na maioria dos casos submetidos a julgamento pelo regime do IRDR, todavia, persistirá a controvérsia a

²⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 121.

²¹ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.442.

²² CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.438.

respeito da aplicação da regra prevista no parágrafo único, do citado artigo 978 do CPC/15, cujos reflexos, aliás, já se fazem sentir na prática judiciária, como se vê do seguinte julgado, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

No caso concreto, o incidente foi suscitado pelo Juiz de primeiro grau, via ofício, em processo não sentenciado (Processo nº 0006259-48.2015.4.05.8200), invocando o art. 977, I, do CPC. Diga-se: em que pese inexistir processos sob minha relatoria acerca da matéria controvertida, é notória a existência de inúmeros recursos, sobre o tema, em trâmite neste Tribunal. No site de consulta à Jurisprudência, constata-se que, em julho/2016, agosto/2016 e setembro/2016, foram julgados aos menos 10, 20 e 13 recursos acerca da controvérsia de mérito deste IRDR, demonstrando que já existe maturidade do debate no âmbito deste TRF5. Como este incidente foi-me distribuído sem que haja sido selecionado um processo em trâmite no Tribunal, este órgão Plenário deve ser responsável apenas pela fixação da tese jurídica, a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua jurisdição (causa-modelo). A propósito, penso que razão assiste ao professor Joaquim Felipe Spadoni quando leciona: 'A instauração do incidente provoca uma cisão do procedimento da ação que o originou: esta continuará tramitando no juízo de origem (embora sobrestada), mas também dará ensejo à instauração de um procedimento incidental com curso no Tribunal, que é o órgão competente para processá-lo e julgá-lo (art. 978, caput, e parágrafo único). Não há deslocamento ou afetação do processo ao Tribunal competente para julgar o IRDR. Não há, de igual modo, seleção de processo para julgamento pelo Tribunal, enquanto os demais ficam sobrestados, como ocorre no julgamento de recurso especial repetitivo (art. 1.036, §1º)'. A título de remate, a par das inconsistências legislativas e, a estas alturas, já não interessando perquirir a vontade do legislador, senão respeitar a vontade da lei, tenho que, tal como positivado, o Juiz de Primeiro Grau tem legitimidade para requerer a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, ex vi do disposto no art. 977, I, do CPC, cabendo ao plenário deste Tribunal, em conhecendo e decidindo este IRDR, fixar a tese jurídica a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua atuação (causa-modelo).²³

3 Importância dos critérios para escolha e afetação da causa-piloto

A divergência doutrinária – e também pretoriana, como visto – a respeito do modelo a ser obedecido pelo IRDR não é, entretanto, a única polêmica que cerca o instituto.

²³ Tribunal Regional Federal da 5ª Região. IRDR nº 0804575-80.2016.4.05.0000. Pleno. Rel. Des. Roberto Machado, julgado em 20.10.16.

Suas vantagens são inegáveis, é verdade. Trata-se de mecanismo capaz de assegurar isonomia entre os jurisdicionados envolvidos em litígios que veiculem a mesma questão de direito, reforçando a previsibilidade da atuação judicial e a segurança jurídica geral, ao mesmo tempo em que permite uma gestão eficiente dos processos em curso, evitando o desperdício de atividade jurisdicional repetitiva, na medida em que todos os processos similares serão suspensos e as questões comuns a eles concernentes serão decididas em momento único e depois apenas replicadas pelos demais juízes e órgãos do tribunal, por subsunção, sem necessidade de nova argumentação das partes e cognição judicial sobre o tema decidido com força vinculante.

A tese resultante do julgamento do caso paradigmático é aplicada pelos demais órgãos judiciais de forma automática, sem a reabertura de atividade cognitiva. Com isso, reduzem-se os custos e o tempo necessário para o julgamento de cada caso particular, pois as partes e o juiz não precisarão perder energia com aquele estrato da discussão já consolidado pelo precedente judicial.²⁴

Dessa forma, o precedente judicial resultante do julgamento do IRDR irradia seus efeitos para todo o sistema processual, funcionando como fator de racionalização e aceleração do julgamento dos processos similares já em curso e também de casos vindouros, servindo de base, por exemplo, para a sentença de improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC/15); para autorizar a concessão da tutela da evidência (art. 311, inc. II, CPC/15); para obstar a remessa necessária (art. 496, §4º, CPC/15); para autorizar a prolação de decisões monocráticas pelos relatores de recursos e conflitos de competência (arts. 932, inc. IV e V, e 955, parágrafo único, inc. I, CPC/15).

Mas não é só. O julgamento pelo regime do IRDR do qual resulta a formação de um precedente vinculante produz ainda o efeito de “desmotivar a propositura de ações que se fundem em argumentos contrários àqueles acolhidos pelo tribunal no julgamento do caso paradigma”.²⁵

Portanto, o IRDR e toda a sistemática dos recursos repetitivos trabalham para abreviar a marcha dos processos seriados e reduzir a litigância, contribuindo para a operosidade do gerenciamento do volume de processos repetitivos e para a concretização do princípio constitucional da razoável duração do processo.

No entanto, em que pesem os irrecusáveis benefícios advindos da introdução do IRDR, existe a preocupação de que ele possa servir como fator limitador do

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.435.

²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 405-435, set. 2016. p. 417.

acesso à justiça daqueles indivíduos que postulem em juízo questões definidas como repetitivas.²⁶

O ceticismo, e em certa medida pessimismo, em relação ao novo instrumento, resultam da constatação de que muito já se avançou no estudo do acesso à justiça e no debate sobre os meios de garanti-lo concretamente na prática judiciária,²⁷ para que não haja certa dose de desconfiança de qualquer instituto processual que propague a ideia de máxima eficiência, ao elevado custo da supressão da efetiva participação do jurisdicionado no processo que definirá o seu direito.

Com efeito, já advertiu José Carlos Barbosa Moreira acerca da “superlativa dificuldade, para não dizer da impossibilidade, de conciliar de modo perfeito o ideal da celeridade processual e a preservação de certas garantias básicas das partes, que a consciência jurídica e ética de nosso tempo não tem como relegar a plano secundário”.²⁸

Nesse sentido, e na medida em que os postulados da ampla defesa e do contraditório são aspectos inafastáveis da justiça da decisão judicial,²⁹ é preciso compatibilizar o novo instituto com essas garantias constitucionais inderrogáveis.³⁰

É legítima a preocupação com a dificuldade que o jurisdicionado enfrentará para realizar a distinção (*distinguishing*) entre o seu caso concreto e o paradigma, e dos embaraços à efetiva apreciação, pelo órgão julgador, das matérias fáticas e jurídicas peculiares da causa, capazes de afastar a incidência do precedente firmado em sede de IRDR e impedir que a *ratio decidendi* (tese jurídica) possa ser aplicada em hipótese diversa daquela para a qual foi fixada.

²⁶ “É nesse ponto que se constata que a sistemática de padronização decisória e de julgamento por amostragem pode conduzir a uma ressignificação restritiva da noção de acesso à justiça, à medida que legítima práticas gerenciais de reprodução de julgados e de aplicação de entendimentos consolidados em um caso paradigma sem que os argumentos fáticos do caso afetado sejam analisados e que a estes seja dada uma resposta individualizada.” (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 263, jan. 2017. p. 245).

²⁷ CAPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*, Vitória, ano 2, p. 375-393, 2008.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 377.

²⁹ “I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione.” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 315-328, 1997).

³⁰ “[...] sem o processo justo que permita que essa técnica seja aplicada com os cuidados necessários, algumas importantes garantias processuais e substanciais de justiça podem ser afetadas.” (ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan./jun. 2018. p. 6).

De outro modo, existe também o receio quanto à participação dos *repeat players* na formação do precedente. O litigante habitual, diferentemente daquele indivíduo que busca a tutela jurisdicional de forma ocasional, é capaz de atuar estrategicamente em juízo, priorizando aqueles casos nos quais uma tese favorável aos seus interesses seja mais provável e, ao mesmo tempo, sufocando (por meio de acordos, por exemplo) as discussões judiciais conduzidas em ações nas quais o risco de derrota pareça maior.

Esse caso revela uma clara e preocupante disparidade de armas entre o litigante ocasional e o habitual.³¹ Sendo o IRDR um instrumento voltado para a formação de precedentes vinculantes, verdadeira fonte normativa de direitos e obrigações, com vocação para a estabilidade e permanência, não se pode permitir seja ele resultado de manobras processuais que sirvam à conveniência de um determinado litigante em particular, que teria o poder de regular casos presentes e futuros de acordo com seus próprios interesses.

Da mesma forma, gera aflição o problema atinente às limitações ao contraditório das partes que não tiveram seus casos afetados para julgamento no sistema de recursos repetitivos ou IRDR, mas que estarão sujeitas à suspensão e à aplicação da *ratio decidendi* neles formada, com menor (ou nenhuma) possibilidade de influir na formação da tese que decidirá o seu caso particular.

Nessas hipóteses, o litigante do caso repetitivo suspenso em razão da tramitação do IRDR não terá seus argumentos apreciados, a menos que consiga êxito na difícil tarefa de demonstrar a necessidade de distinção entre o seu caso e o paradigma, de modo a ter seu processo individualmente processado e julgado.

E, por fim, releva mencionar ainda o impasse que envolve a seleção e afetação de um caso, que não possa ser verdadeiramente considerado como representativo da controvérsia, mas de cujo julgamento paradigmático resultará a reprodução de um entendimento inadequadamente construído.

Todas essas questões representam, sem dúvida, obstáculos à legitimação do IRDR como instrumento capaz de produzir resultados compatíveis com o acesso à justiça e às garantias constitucionais do processo (processo justo, conforme

³¹ “É que a provocação do incidente, se bem que possa ser deflagrada por órgãos do Judiciário (de ofício pelo juiz ou relator) e pelo Ministério Público, pode também ser requerida pelas partes. E, quando foram as partes os sujeitos que provocarem a instauração do incidente, é evidente que estas normalmente não podem ‘escolher’ nenhuma causa, mas apenas solicitar que o incidente seja instaurado a partir daquele processo em que são autor e réu. A exceção é a situação dos litigantes habituais, aqueles que possuam diversos processos versando sobre a mesma matéria; estes podem, de fato, optar sobre em qual dos processos suscitarão o incidente. Desta maneira, poderão provocar o incidente a partir de um litígio melhor instruído, com articulados mais precisos, bem escritos ou completos etc.” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 205).

definido por Taruffo).³² No entanto, importante reconhecer, desde logo, que essas dificuldades são inerentes à própria sistemática dos casos repetitivos (ou de julgamento por amostragem) e foram consideradas e ponderadas pelo legislador do novo Código de Processo Civil no momento em que projetou e aprovou o IRDR, tal como prescrito.

Trata-se de uma opção legislativa com a qual o nosso sistema processual terá que conviver; sem que isso signifique, entretanto, que não existam meios de reduzir, ou até mesmo neutralizar, esse déficit garantístico no processamento e no julgamento de casos repetitivos.

Para tanto, a análise dos critérios para a escolha e afetação do processo-teste (causa-piloto) é tema da maior relevância, porque deles dependem, em larga medida, a própria efetividade do julgamento do IRDR e a validação democrática da solução judicial produzida.

A afetação de processo inadequado, como mencionado, pode implicar a produção de decisão judicial de baixa qualidade, que não dê a melhor solução para a questão comum controvertida; resultado que será, a despeito da deficiência, replicado no julgamento de todos os casos sobrestados e futuramente ajuizados, concernentes à mesma controvérsia, dentro dos limites territoriais estabelecidos na lei processual.

Haverá, nesse caso, a reprodução em larga escala, com força de precedente vinculante, de pronunciamento judicial equivocado, inadequado e injusto; resultado que certamente se afasta dos objetivos pensados pelo legislador e com o qual nosso sistema processual não pode compactuar.³³

Nesse sentido, a correta escolha da causa-piloto é determinante para garantir a amplitude da argumentação, participação e representatividade no julgamento do IRDR, “contribuindo para uma mais ampla aceitação e o reconhecimento da vinculação decorrente da decisão final”.³⁴

O método de seleção da causa-piloto deve refletir não apenas na decisão de admissibilidade do IRDR, impedindo que o incidente possa ser instaurado a partir de processo originário inadequado, capaz de comprometer o próprio processamento do incidente; mas principalmente – e ainda com maior razão – na decisão

³² TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 315-328, 1997.

³³ “[...] ao escolher para afetação ao procedimento dos repetitivos um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir a ser melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 207).

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 220.

de afetação, que definirá os contornos objetivos da matéria comum que receberá solução coletiva, à luz dos processos selecionados para tanto.

O artigo 1.036, parágrafo 6º, do CPC/15, aplicado por analogia ao IRDR, por força do regramento comum que deve reger o microsistema de casos repetitivos instaurado pelo novo Código de Processo Civil, estabelece, como parâmetro para a escolha dos processos-teste, que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

Embora sucinto, o dispositivo legal fornece pistas a respeito dos critérios de seleção da causa. A partir delas, Antonio do Passo Cabral propôs dois vetores básicos para orientar a escolha do processo-teste, o qual deve ser, antes de tudo, admissível: (i) a amplitude do contraditório; e (ii) a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário.³⁵

Com relação à amplitude do contraditório, requisito que deve ser observado não apenas no curso da tramitação do incidente, mas principalmente nos autos do processo que deu origem a ele, são apontados os seguintes critérios para a otimização da escolha da causa-piloto: (a) a completude da discussão; (b) a qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) inexistência de restrições à cognição e à prova (no tocante à prova, apenas para aqueles que admitem poder o IRDR versar sobre matéria fática, o que encontra resistência na própria omissão do texto legislativo).³⁶

A escolha de processo que reúna todos esses requisitos, permite que o IRDR se desenvolva dentro de ambiente amplamente reflexivo, sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo da argumentação, do qual resultará decisão vinculante com maior aptidão para ser replicada em todos os casos em que o tema comum tenha sido ou venha a ser discutido.

Com efeito, é de se esperar que o debate conduzido no processamento e refletido no julgamento do IRDR seja o mais completo possível, abarcando todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis à tese jurídica nele discutida, de modo

³⁵ “Conjugando ambas as ideias, vemos que, em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para a decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 210).

³⁶ Antonio do Passo Cabral critica a opção do legislador e sustenta que “o incidente de resolução de demandas repetitivas pode servir para a solução de uma questão fática comum a vários processos. Trata-se de uma característica destes procedimentos no direito comparado, e a maior abrangência pode emprestar maior eficiência ao mecanismo.” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 217).

a legitimar a força vinculante da decisão proferida e tornar realmente efetivo o seu resultado.

Com isso, reforça-se a integridade do sistema de precedentes, minimizando a possibilidade de afastamento ou superação da *ratio decidendi*, por força de alegações de que o precedente formado no julgamento do IRDR não teria levado em consideração esse ou aquele argumento capaz de infirmar a decisão proferida.³⁷

E permite-se seja contemporizado o *déficit* de contraditório e de participação das partes dos processos similares suspensos, que, apesar de não terem seus argumentos analisados de forma individualizada, em cada caso, verão suas defesas refletidas na argumentação do caso paradigmático afetado.

O segundo vetor a ser observado na escolha da causa-piloto é o da pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Quanto à pluralidade de sujeitos, intuitivo admitir que naqueles processos que envolvam maior número de atores – sejam eles partes, intervenientes ou mesmo substitutos processuais que representam os interesses de uma coletividade –, haverá um debate mais qualificado, pela amplitude dos argumentos apresentados por todos os envolvidos no litígio, o que contribui, sem dúvida, para a plenitude do contraditório.

Mas não é só. A pluralidade de sujeitos envolvidos no processo originário significa a possibilidade de que todos tenham lugar cativo na tramitação do incidente, com espaços assegurados para participar não apenas da sua instrução, como da sessão de julgamento onde o mesmo será decidido. Trata-se, como afirma Cabral, “de importante motor de repartição das formas de participação no curso do incidente”.³⁸

Por isso, o autor sugere, como parâmetros para a escolha da causa-piloto, (i) a preferência por litígios em que haja litisconsórcio, sendo ainda mais aconselhável a escolha de processos em que haja litisconsórcio nos dois polos; (ii) a preferência por causas em que haja intervenção de terceiros, com especial atenção àquelas em que haja a intervenção de *amicus curiae*; e (iii) a seleção de processos nos quais tenha ocorrido audiência pública.

A afluência de diversos sujeitos, que representam interesses diversos, convergentes ou não, enriquece o debate, que se realiza sob pontos de vista diferentes. Por isso, os critérios acima sugeridos devem ser observados na escolha da

³⁷ “Ademais, uma vez que ‘outros’ argumentos, no sentido de não discutidos, permitem à Corte voltar a tratar da questão de direito, a descrição dos fundamentos que efetivamente foram objeto de deliberação é fundamental para saber quando se está diante de um ‘outro’ fundamento, capaz de permitir a revogação do precedente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 264, fev. 2017. p. 382).

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 218.

causa-piloto, como forma de assegurar que o processo de formação do precedente judicial seja o mais compreensivo, completo e rico em argumentos possível.

No entanto, ainda que a escolha da causa-piloto não seja a ideal, de acordo com os parâmetros acima mencionados, é possível mitigar o *déficit* de contraditório no curso do próprio incidente através do incremento de participação da sociedade na sua tramitação.

Assim, prevê o novo Código de Processo Civil que o relator do IRDR deverá ouvir as partes e os demais interessados no julgamento do incidente, inclusive, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 983). Além disso, poderá igualmente convocar audiências públicas para melhor debater a matéria, ampliando e democratizando o contraditório a ser desenvolvido e do qual resultará uma cognição mais qualificada sobre o tema a ser decidido com força vinculante.

Nesse contexto, torna-se propícia admissão do *amicus curiae*, *pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada*, que, embora desinteressada na solução do litígio propriamente, tem forte interesse na fixação da tese jurídica.

A participação do *amicus curiae* é regulada pelo artigo 138 do novo Código de Processo Civil, que prevê, ainda, no parágrafo 2º, que caberá ao relator a definição dos poderes que lhe serão atribuídos no incidente, para além da possibilidade de interposição de recurso, que decorre de disposição expressa do parágrafo 3º do mencionado artigo.

Com efeito, a intervenção do *amicus curiae* atua como mecanismo de “ampliação do contraditório, assegurando uma maior participação da sociedade na formação dos padrões decisórios que serão observados na construção de decisões judiciais futuras, o que é uma exigência do Estado Democrático de Direito”.³⁹

Finalmente, no tocante à necessidade de assegurar representatividade aos sujeitos do processo originário, a doutrina entende que se deva dar preferência, na decisão de afetação, à seleção de ações coletivas, potencializando a força de legitimação da decisão vinculante a ser proferida.⁴⁰

Dessa forma, sempre que possível, deve ser privilegiada a escolha de ações coletivas⁴¹ e, dentre elas, aquelas conduzidas por órgãos independentes, como

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação dos efeitos no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 264, fev. 2017. p. 291.

⁴⁰ “Contudo, selecionada uma demanda coletiva para afetação, a atuação destes legitimados extraordinários no próprio procedimento dos incidentes parece-nos atribuir ao contraditório uma maior legitimação política e social, reduzindo os descontentamentos com o resultado e contribuindo para uma mais ampla aceitação e o reconhecimento da vinculação decorrente da decisão final.” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014. p. 220).

⁴¹ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. pontuam que “havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do §6º do art. 1.036 do CPC)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de

o Ministério Público e a Defensoria Pública, e, em se tratando de associações, aquelas com atuação territorial mais extensa, de modo a abarcar o maior número de interessados/substituídos.

No ponto, Hermes Zaneti Jr. enfatiza a necessidade de que seja priorizada a afetação de ações coletivas para julgamento sob o regime do IRDR, especialmente quando a tese jurídica a ser produzida disser respeito a questões relacionadas à tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito (ex.: direitos do consumidor, ambientais, sociais), afirmando que “se esta ação ainda não tiver atingido o tribunal, será o caso de inadmitir o incidente ou o recurso repetitivo pela existência de risco para a ‘representatividade argumentativa’ na formação da tese”.⁴²

O critério se justifica como maneira de evitar que ações individuais, às vezes conduzidas com baixa qualidade de argumentação e por advogados com pouca experiência, possam suplantar o debate fomentado em ações coletivas, que veiculem idênticos fundamentos, porém com amplo espectro de argumentos e maior representatividade.⁴³

4 Conclusão

É bem-vinda a hora para que o processo civil se preocupe com a eficiência da jurisdição. Como um serviço público oferecido pelo Estado, não faz sentido que a atividade jurisdicional seja descomprometida com esse objetivo.

A noção de cidadania e o senso de responsabilidade social não são compatíveis com qualquer função estatal que se desenvolva de forma ineficiente. Isso já era um compromisso constitucionalmente assegurado desde 1998, a partir da Emenda Constitucional nº 19,⁴⁴ e agora, com o novo Código de Processo Civil, passa a ser regra expressa também para a atuação judicial (art. 8º).

juízo de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016. p. 23).

⁴² ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan./jun. 2018. p. 8.

⁴³ “Entendemos que esta preocupação se justifica como forma de evitar, como já aconteceu em um caso julgado no Superior Tribunal de Justiça que discutia a tarifa básica de telefonia fixa, um problema que afetava incontáveis usuários de telefones no Brasil, existindo milhares de ações individuais e algumas ações coletivas ajuizadas, no qual o tribunal aceitou a afetação de um recurso especial de uma consumidora triplamente vulnerável, e que pela ‘porta dos fundos’ transformou a ação individual, de uma litigante fraca e vulnerável, sem condições de pagar advogados para atuar juntamente aos tribunais superiores, em ações coletivas às avessas.” (ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan./jun. 2018. p. 8).

⁴⁴ “Certamente nunca houve autorização para uma administração pública ineficiente, tendo a doutrina brasileira anotado desde há muito a imposição ao administrador de um dever de boa administração. Nada obstante, o destaque atribuído pela Constituição da República é demonstrativo de um novo compromisso com a eficiência – ou com uma nova concepção de eficiência.” (GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 257).

Pensamos que a eficiência (ou operosidade)⁴⁵ é um paradigma absoluto, que não deve sofrer temperamentos ou restrições; e que, acima de tudo, concorre para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, atuando como fator de aperfeiçoamento das formas de sua concretização e tutela.

Trata-se, portanto, de um postulado-normativo,⁴⁶ que “não possui conteúdo próprio, no sentido de que seria mais uma espécie de metanorma, destinada a reger a aplicação de outras normas”,⁴⁷ e que, na atividade jurisdicional, deve operar de modo a otimizar institutos e práticas processuais.

Ineficiência, por sua vez, é sinônimo de desperdício, incompetência e inutilidade. O processo ineficiente não serve ao ideal de protetividade de direitos para o qual foi concebido; não se presta como meio adequado de tutela e, portanto, não cumpre sua função essencial.⁴⁸

Dessa forma, a eficiência é um valor que deve permear a atividade processual como um todo, de modo a que cada ato processual seja produzido de forma produtiva, útil e apta a impulsionar o procedimento para frente,⁴⁹ em direção ao seu objetivo final que é a solução do litígio.

Por isso, o apego a tradições e padrões ultrapassados de atuação jurisdicional, não pode representar entrave ao aprimoramento do Direito Processual, que é, acima de tudo, instrumento da jurisdição voltado à pacificação social.

Como instrumento, o processo deve ser efetivo e adequado, preocupado com que os conflitos que aportem ao Judiciário sejam, de fato (e não apenas de direito), solucionados.

Nesse contexto, as garantias constitucionais do processo, que hoje não tem conteúdo normativo absoluto, mas sim flexível e adaptável à luz da razoabilidade e proporcionalidade que cada caso exige, devem ser asseguradas sem impedir

⁴⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.

⁴⁶ “[...] não se trata de um valor, no plano axiológico ou meramente teleológico, o qual, transportado para o plano deontológico, assume o tónus de princípio. Em verdade, a eficiência avalia regras a serem criadas, que são tidas como necessárias para concretizar-se um estado de coisas, estado estabelecido pelos princípios como um objeto a ser alcançado. A eficiência não é um fim em si mesma, mas a avaliação da prestabilidade das regras produzidas para a concretização dessas metas que as inspiram. Noutras palavras, a eficiência não é um valor em si, mas um instrumento de estruturação das ações concretizadoras dos valores. Logo, a eficiência não consubstancia um princípio, mas sim o que a teoria hodierna do direito chama de postulado aplicativo normativo.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista dos Tribunais*, ano 30, v. 121, mar. 2005. p. 292-293).

⁴⁷ GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 260.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

⁴⁹ Não há que se confundir eficiência processual e celeridade, sendo esta apenas um produto (não necessário) do processo eficiente. A celeridade vazia significa apenas rapidez. Eficiência, a seu turno, exige a combinação do fator temporal, informado pelo princípio da razoável duração do processo, com a qualidade da prestação jurisdicional, caracterizada pela sua efetividade. A depender da complexidade do litígio, a demora razoável no seu acerto final não é inimiga da eficiência, se o tempo necessário para a solução efetiva do conflito assim o exigir.

que o processo atinja seu objetivo primeiro, de dar resposta efetiva ao conflito de direito material.⁵⁰

Isso fica bastante claro em relação ao contraditório, por exemplo, princípio tão prestigiado que ganhou ao longo dos anos uma série de adjetivações: contraditório-influência, contraditório qualificado, contraditório útil.

Apesar de sua inegável proeminência no processo civil contemporâneo, capaz de alçá-lo à condição de força legitimadora da própria decisão judicial, mesmo o princípio do contraditório não tem conteúdo absoluto e pode ser relativizado em certas circunstâncias, como nos casos das tutelas de urgência, que admitem decisões judiciais *inaudita altera pars*, quando o pronunciamento do réu possa dificultar ou inviabilizar a proteção do direito em situação de perigo, ou como no caso da improcedência liminar do pedido, antes da citação do réu, em que o contraditório é de todo suprimido em primeiro grau de jurisdição.

Devemos compreender que as garantias constitucionais do processo não têm existência autônoma e fora do processo, vivem a partir do procedimento e nele devem desempenhar sua função de proteção, mas sem inviabilizar que o processo sirva de eficiente instrumento de salvaguarda de direitos. Do contrário, de que adiantariam as garantias, se ao assegurá-las tivéssemos que comprometer a própria essência do processo?

Por isso, as garantias processuais não devem ser usadas como fundamento para impedir a vida de qualquer novo instituto pensado e legislado para tornar o processo mais aproximado do ideal de protetividade de direitos para o qual foi concebido, pautado pela noção de adequação e efetividade. É preciso, ao revés, que elas sirvam de norte para a aplicação do novo instituto, compatibilizando-o com o processo justo e a garantia inafastável de acesso à justiça.

Com esse espírito pensamos deva ser estudado o novo IRDR, com um olho na eficiência que o mesmo se propõe a produzir na gestão da massa de litígios seriados que sufocam o Judiciário e o outro na conservação dos princípios constitucionais, que são tão caros ao processo civil de nossos dias.

Para tanto, a escolha criteriosa e responsável da causa-piloto, que servirá de conduto para a definição da tese jurídica que solucionará, com força de precedente vinculante, incontáveis processos presentes e futuros, representa

⁵⁰ “As garantias constitucionais do processo só podem ser hoje caracterizadas como condições essenciais ou ‘garantias mínimas’ (Mindestgarantien). Não as podemos imaginar inafastáveis e preestabelecidas rigidamente na lei, devendo-se-lhes atribuir, ao contrário, um formato mais elástico. Como demonstra Comoglio, devemos concebê-las como uma ‘constante garantística de conteúdo mínimo’, norma de significado não absoluto, as quais exigem, é verdade, o justo processo regulado na lei, mas em formas relativizáveis e variáveis à luz das situações observadas em cada caso.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Forense: Rio de Janeiro, 2010. p. 191).

medida fundamental. Com ela, viabiliza-se a existência do novo instituto, ao mesmo tempo em que se garante, pelo incremento da participação social, a sua força democrática.

Repetitious litigation, IRDR and access to justice

Abstract: The present text analyses some interesting and controversial aspects related to the study of the “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR), technique conceived by the new Brazilian Civil Procedure Code for the solution of repetitive questions, that is, beside class actions, important instrument to contain the excess of litigation that plagues the Judicial system and harms Brazilian society, focusing on the study of the institute in the light of access to justice guarantee.

Keywords: New Brazilian Civil Procedure Code. IRDR. Adopted model. Criteria for selecting the test-claim. Contradictory.

Referências

- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 263, jan. 2017.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, n. 231, 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Forense: Rio de Janeiro, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação dos efeitos no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 264, fev. 2017.
- CAPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*, Vitória, ano 2, p. 375-393, 2008.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista dos Tribunais*, ano 30, v. 121, mar. 2005.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, n. 256, jun. 2016.

GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 264, fev. 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Dierle. Sistema processual brasileiro pouco se preocupa com as causas. *Consultor Jurídico*, 4 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/dierle-nunes-sistema-processual-preocupa-causas>. Acesso em: 1º jul. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 405-435, set. 2016.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 315-328, 1997.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan./jun. 2018.

Recebido em: 21.11.2018

Aprovado em: 29.03.2019

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MILMAN, Isabel. Litigiosidade repetitiva, IRDR e acesso à justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 28, n. 109, p. 159-179, jan./mar. 2020.