

INCIDENTE DE RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

INCIDENT OF RESOLUTIONS OF REPETITIVE DEMANDS THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Daniela Ávila¹
Joyce Marcelle Mariote²
Adriano José Carrijo³

RESUMO: O presente estudo possui como objeto uma novidade prevista no Código de Processo Civil de 2015, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual consiste em mais uma tentativa do legislador em conter os litígios em massa. Trata-se de um tema novo, e, portanto, desperta dúvidas a respeito de suas aplicabilidades e efeitos, vez que abarca grande influência no cotidiano forense e social. Recentes estudos mostraram que o IRDR não foi inspirado no Procedimento-Modelo Alemão, uma vez que o IRDR, obedece a preceitos próprios, não se parecendo com nenhum instituto já existente. O presente estudo se preocupou em esclarecer os procedimentos previstos pelo Código de Processo Civil de 2015, para o processamento do IRDR, o qual possui como órgão julgador competente o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal, a depender da matéria de direito analisada, sendo a região definida pela localização dos processos repetitivos. Outro ponto importante destacado foram os pressupostos de admissibilidade do incidente, que estão previstos no artigo 976 do CPC, além das principais inconstitucionalidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil referente à aplicabilidade do instituto, uma vez comprado à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas. IRDR.

¹ Graduada pelo curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga. Votuporanga. São Paulo. Brasil. Advogada. Email: dany_avila16@hotmail.com

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga – Unifev. Votuporanga. São Paulo. Brasil. e-mail: joyce_mariote@hotmail.com

³ Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev. Votuporanga. São Paulo. Brasil. e-mail: carrijo@aasp.org.br

ABSTRACT: The present study has as an object a novelty foreseen in the Code of Civil Procedure of 2015, the Incident of Resolution of Repetitive Demands, which is one more attempt of the legislator to contain the mass litigation. This is a new issue, and therefore raises doubts about its applicability and effects, since it encompasses great influence in forensic and social daily life. Recent studies have shown that the IRDR was not inspired by the German Model Procedure, since the IRDR complies with its own precepts and does not resemble any existing institute. The present study was concerned with clarifying the procedures provided for by the Civil Procedure Code of 2015, for the processing of the IRDR, which has the competent Court of Justice or the Federal Regional Court as the competent court, depending on the legal matter analyzed, being the region defined by the location of the repetitive processes. Another important point was the admissibility requirements of the incident, which are foreseen in article 976 of the CPC, in addition to the main unconstitutionality brought by the New Code of Civil Procedure regarding the applicability of the institute, once purchased in light of the Federal Constitution.

Key words: Code of Civil Procedure. Repetitive Requests. IRDR.

1 DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) está previsto no Capítulo VIII, do Código de Processo Civil de 2015 e tem por finalidade desacelerar os litígios em massa, ou seja, consiste em mais uma tentativa do legislador em desafogar o Poder Judiciário possibilitando uma maior celeridade processual.

O Brasil cada vez mais tem se mostrado insuficiente e inadequado para a resolução de demandas repetitivas e massificadas. Muitos conflitos ainda são resolvidos de forma individual, gerando milhares de demandas sobre a mesma questão jurídica.

Este instituto possui natureza jurídica de incidente processual coletivo, devendo ser suscitado perante o Tribunal onde já houver um processo paradigma, deste processo o tribunal previamente fixará uma tese jurídica a ser aplicada de forma vinculativa aos casos concretos que se encontram em primeira instância sobrestados. Sendo o IRDR um instituto processual, deve este atender a

características específicas, quais sejam: acessoriedade, acidentalidade, incidentalidade e o procedimento incidental.

O Código de Processo Civil atribuiu ao IRDR um procedimento específico, previstos nos artigos 976 ao 987, devendo obedecer um regime jurídico específico de incidentes processuais, por isso ele possui característica de procedimento incidental.

Muitos estudiosos afirmam que o IRDR se firmou com base no procedimento modelo alemão, o que está equivocado, uma vez que o procedimento modelo se difere em vários aspectos do IRDR.

É exemplo de diferença essencial a possibilidade de autoexclusão prevista no procedimento-modelo alemão, a qual vale ressaltar não estar prevista no IRDR, esta consiste na possibilidade de uma das partes ou ambas realizarem um negócio judicial (instituto previsto no CPC) para que os efeitos proferidos pela decisão do incidente não os alcancem.

Deve o IRDR obedecer a preceitos próprios em função de seu regime jurídico, uma vez que este se trata de grande novidade e não se parece com nenhum instituto já antes previsto.

2 DA COMPETÊNCIA, LEGITIMAÇÃO PARA O IRDR

O IRDR é instituto de suscitação vinculada, ou seja, para que este possa ser suscitado, necessariamente deve haver recurso sob pena de instauração de competência originária não prevista na Constituição Federal, ou seja, não há possibilidade de suscitação e instauração do incidente de demandas repetitivas em primeira instância.

Os órgãos competentes para julgar o incidente são os Tribunais de Justiça, no âmbito estadual ou os Tribunais Regionais no âmbito federal, sendo tal entendimento firmado pelo enunciado 343 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional.” (VILLAR, 2015).

Para a verificação da competência dos Tribunais se faz necessário tomar como base a localização dos processos repetitivos, desta forma pode-se distinguir qual tribunal será competente: se tiver interesse da União, deve tramitar perante a Justiça Federal; se for de dimensão nacional, os TRFS possui competência isolada pra julgamento, ficando o efeito vinculante a área de competência de cada Tribunal;

por último, se tramitar perante a Justiça Estadual ou Distrital, a competência é do Tribunal da área onde as demandas tramitarem.

Quanto a admissibilidade, dispõe o artigo 978 do NCPC que, cada Tribunal possui competência, em seu Regimento Interno para decidir o órgão competente para resolver a questão da admissibilidade, e que este órgão deve ser responsável pela uniformização de jurisprudência no Tribunal. No entanto, a Constituição Federal, dispõem ao contrário, que a competência é inteiramente dos tribunais para decidirem sobre sua organização.

Quanto aos legitimados para a suscitação do IRDR o artigo 977 do NCPC estabelece quem são:

1. o Juiz ou Relator por ofício;
2. as partes por petição;
3. Ministério Público e a Defensoria Pública por petição.

São partes legítimas para suscitar o IRDR aquelas que possuem recursos pendentes nos Tribunais, ou seja, a pendência de processos sobre as mesmas questões de direitos perante os Tribunais. Uma das partes deve fazer o pedido de instauração dirigido ao Presidente por meio de petição.

Já a legitimidade conferida ao Juiz ou Relator constitui um poder-dever, neste sentido Marcos Araújo Cavalcante ensina.

O Estado-juiz não requer o IRDR como o intuito de defender qualquer posição jurídica concernentes as questões de direito discutidas no processo repetitivo. O objetivo do suscitante neste caso deve ser única e exclusivamente submeter as questões homogêneas de direito ao exame coletivo do órgão colegiado competente do tribunal. (CAVALCANTE, 2016, p. 248).

3 DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O artigo 976 do NCPC prevê três pressupostos de admissibilidade sendo eles: a necessidade de efetiva repetição dos processos que coloquem em risco a violação da isonomia e a segurança jurídica; a restrição do objeto do incidente a questões unicamente de direito e a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

O primeiro requisito apresenta de forma secundária e inerente a necessidade de decisões conflitantes, pois se houver somente processos repetitivos, porém com a mesma decisão não haverá risco a isonomia e muito menos a segurança jurídica, faltando assim interesse de agir.

Neste sentido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 1968) lecionam que “ao mencionar, como requisito para a instauração do incidente, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, já pressupõe a existência de controvérsia”.

Não é necessária uma enorme quantidade de processos repetitivos, a análise deve ser feita em conjunto, exemplificando ações coletivas versando de direitos individuais homogêneos e de questões com relevância social que ofereçam risco a isonomia e a segurança jurídica, devendo dar origem ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Quanto a efetiva repetição de processos deve-se conferir critérios objetivos e quantitativos, estabelecendo uma quantidade em que se alcançariam a efetiva repetição de processos. O NCPC é omissivo quanto aos critérios objetivos referentes aos pressupostos do IRDR, deixando a cargo da discricionariedade do tribunal para resolver sobre o que caracteriza efetiva repetição de processos.

Neste ponto, pode ser analisado mais uma diferença com o modelo-alemão, que constitui como requisito para o IRDR a apresentação de pelo menos dez requerimentos de instauração interpostos por interessados diferentes.

Quanto ao pressuposto das questões unicamente de direito o incidente de resoluções de demandas repetitivas não pode ser instaurado para dirimir questões fáticas, porém é possível a utilização do incidente para resolver questões fáticas de origem comum e homogêneas. Deve prevalecer o exame coletivo de questões comuns e a decisão do IRDR deve ser genérica, reconhecendo apenas se o autor da conduta discutida possui ou não o dever de indenizar.

Portanto, será possível a admissão do IRDR para estabelecer se há ou não o dever por parte do autor da conduta. Uma vez proferida a decisão genérica do IRDR, as outras vítimas podem demonstrar de forma individualizada os danos sofridos e o nexo de causalidade. A decisão só poderá ser aplicada onde a situação fática for homogênea e de origem comum, com o mesmo nexo de causalidade, devendo as questões comuns prevalecer sobre as individuais.

Porém, o NCPC no artigo 976, I, somente admite o cabimento do IRDR para questões unicamente de direito que segundo o artigo 928 essas questões de direito

podem ser relativas a direito material ou processual.

É importante afastar a interpretação restritiva quanto a este ponto, pois no mesmo sentido foi publicado o Enunciado 327 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que reza: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questões de direito material ou processual”. (VILLAR, 2015).

Quanto a necessidade de causa pendente, o NCPC não regulamenta expressamente, o que nos leva presumir que por essa omissão o legislador deva querer de certa forma um caráter preventivo do incidente. A interpretação deve ser extraída de outros dispositivos do CPC.

Outros dispositivos de forma inerente exigem claramente a necessidade da existência de causa pendente no tribunal, o artigo 977 do NCPC é um exemplo disso, este diz basicamente 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 onde se originou o incidente”.

Esse artigo evidencia a necessidade da existência de algum recurso no tribunal para dar origem ao IRDR. Desta maneira, o dever de se realizar um único julgamento que contenha o julgamento de mérito, como também a fixação de tese.

Certo então é dizer que o NCPC adotou para o IRDR um sistema híbrido ou misto quanto à resolução de demandas, haja vista que decorrente da pendência de processos no tribunal o IRDR adota o sistema de causa piloto, afetando uma causa que é responsável pela origem do IRDR.

Neste sentido Marcos Araújo Cavalcante exemplifica “ajuizadas diversas demandas repetitivas sobre uma questão unicamente de direito, nas quais diversas decisões antecipatórias de mérito foram concedidas nos mais diversos sentidos, vindo a parte prejudicada a interpor recurso de agravo de instrumento e requerer a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”.

4 DAS PRINCIPAIS INCONSTITUCIONALIDADES

4.1 Da violação da independência funcional dos magistrados

Como já foi demonstrado, a decisão de mérito proferida no IRDR possui o efeito vinculante que foi atribuído mediante lei ordinária.

É incontestavelmente inconstitucional o efeito vinculante atribuído a esta decisão, pois a *ratio decidendi* (razão da decisão) extraída do incidente que constitui

caráter normativo geral e abstrato, sendo necessário para a aplicação nos casos concretos de interpretá-la, ou seja, é dizer que o Tribunal ao julgar o incidente cria uma norma de caráter geral e abstrato.

Nota-se que a atividade descrita acima constitui atividade típica legislativa, exercida de forma excepcionada pelo Poder Judiciário. Desta feita, para que haja possibilidade de isso ocorrer a Constituição Federal deve de forma expressa autorizar, o que não ocorre.

Neste sentido Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se aqui pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar da reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder. (NERY JR.; NERY, 2015, p. 1837).

4.2 Da violação ao princípio do devido processo legal do contraditório e o direito fundamental de ação

O controle de representatividade adequada nada mais é do que o controle exercido pelo Poder Judiciário para assegurar a capacidade técnica, moral, financeira das partes (autor, réu, advogado e *amicus curiae*) para promoverem a mais adequada e representativa defesa dos interesses da coletividade.

A esse respeito Swarai Cervone de Oliveira leciona:

Tanto na ação coletiva ativa, como na passiva, o rígido controle da representatividade adequada será essencial para que se garanta o devido processo legal, com a certeza de que a classe estará devidamente representada e de que o contraditório se desenvolverá de forma efetiva. (2009, p. 66).

O perigo a violação do princípio do contraditório e do devido processo legal, consiste na falta da possibilidade de o tribunal competente realizar o controle de representatividade adequada, uma vez que a decisão de mérito alcançará com força vinculante todos os processos repetitivos, seja qual for a decisão, sendo favorável ou desfavorável, violando o princípio do devido processo legal e o do contraditório.

Nota-se que a representatividade adequada no IRDR importa na integração do princípio do devido processo legal e do contraditório, haja vista que esta

representatividade possui a capacidade de garantir que centenas de direitos sejam respeitados, assegurando a mais ampla defesa dos interesses da classe, ou seja, é dizer que todos integrantes estão devidamente representados em juízo.

Desta feita, independentemente de autorização de lei é dever do Tribunal exercer o controle de representatividade adequada, uma vez que o princípio do devido processo legal está positivado na Constituição Federal.

Neste sentido Nelson Nery Junior elucida:

Bastaria a Constituição Federal de 1998 ter enunciado o princípio de devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5^o seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5^o, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações. (2002, p. 42).

O Novo Código de Processo Civil além de não prever a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de representatividade adequada, ainda não estabelece mecanismos de escolha da causa pendente no tribunal, não assegurando que esta seja a causa mais representativa, ou seja, não assegura a homogeneidade entre as questões envolvidas.

Quando houver qualquer causa pendente no tribunal os legitimados poderão requerer a instauração do incidente, o qual poderá ser instaurado, mesmo se esta demanda pendente não seja a que melhor representa a controvérsia.

Outro aspecto relevante é que a decisão do julgamento em abstrato proferida no IRDR possui o condão de vincular causas futuras, ou seja, causas que ainda nem foram propostas.

Independente da inconstitucionalidade dessa vinculação, já discutida em tópico anterior, o parágrafo acima constitui mais um motivo para que o controle de representatividade adequada seja aplicado no incidente.

Comprovado se mostra o fato de que a falta do controle de representatividade adequada cumulada com a vinculação absoluta das decisões proferidas no incidente violam além dos princípios do devido processo legal e do contraditório o princípio do direito fundamental de ação previsto no art. 5^o, XXXV, da Constituição Federal.

A autoexclusão também conhecida como *opt-out*, consiste no direito que os litigantes individuais possuem de requererem a desistência da demanda de forma

que a decisão proferida no incidente não o alcance.

Ocorre que esta possibilidade não vem prevista no NCPC, tendo vinculação absoluta a decisão proferida no incidente.

No direito coletivo, nas ações propostas em defesa dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada somente produzirá efeitos *erga omnes* se o pedido for julgado procedente; de forma que em caso de improcedência os não atingidos poderão ingressar individualmente em juízo. Dentre outras a técnica essa consiste em uma forma de velar pelos interesses ausentes.

A única forma legal de fazer com que esta decisão proferida no incidente não alcance de forma vinculativa às partes litigantes dos processos suspensos (mesma questão de direito) é a possibilidade da realização de um negócio jurídico processual previsto no art. 190 do NCPC. Neste as partes em litígio pactuam a vontade de não serem alcançados pela decisão que julga o incidente.

4.3 Da violação da competência judicial dos juizados especiais

A parte final da redação do inciso I, do artigo 985 do NCPC dita que “a tese fixada no julgamento do IRDR também será aplicada obrigatoriamente aos processos em andamento nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”.

Outra inconstitucionalidade aparente, pois os Juizados não estão subordinados às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais, e sim as Turmas ou Colégios Recursais.

Sobre a possibilidade da aplicação nos Juizados Especiais da uniformização de jurisprudência Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 629) esclarece:

Todavia, não há como deixar de lado a configuração dada aos Juizados Especiais pelo art. 98, I, da CF, a impor, destarte, necessária (e prévia) revisão daquele modelo constitucional e do sistema de competência dele extraível para, depois viabilizar que a lei (e não ato administrativo de Tribunal, ainda que do STJ) estabeleça técnicas de uniformização de jurisprudência aplicáveis também aos Juizados Especiais.

Ainda, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam.

O TJ pode reformar decisão de juiz de direito, mas não decisão de juizado especial. Esse é o sentido da vinculação de que trata a CF 105 I d: o juiz de direito é ‘vinculado’ ao TJ, mas o juiz do juizado especial não é. Como não há subordinação das decisões do juiz do juizado especial ao TJ, esse juiz ‘não vinculado’ ao TJ para efeitos jurisdicionais. Assim o caso concreto trata de conflito entre juízes vinculados a tribunais diversos (o juiz de direito ‘vinculado’ ao TJ: o juiz do juizado especial é ‘vinculado’ à uma turma recursal). (2015, p. 1866-1867)

Neste mesmo sentido, o STF já se pronunciou por diversas vezes entendendo que os Juizados Especiais não são subordinados às decisões dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais.

Como se já não bastasse a vinculação da decisão proferida no incidente aos Juizados Especiais pelo inciso I do art. 985 do CPC, o parágrafo único do art. 978, também estabelece esta vinculação, porém este artigo contém a inconstitucionalidade formal e substancial, como já foi demonstrado em tópico específico.

Portanto, em caso de admitida esta vinculação, deve-se acatar o procedimento estabelecido pelo Enunciado 44 da Enfam em que “Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema”.

4.4 Do cabimento de recurso especial e extraordinário

O artigo 987 do NCPC trata da possibilidade da interposição de recursos extraordinário e especial (arts. 102, III, e 105, da CF) contra a tese jurídica, fruto do julgamento em abstrato do incidente.

Para o cabimento de recurso especial e extraordinário a causa em questão deve ter sido decidida em única ou última instância, o que não ocorre com o julgamento em abstrato do incidente, uma vez que não há julgamento de mérito (caso concreto).

A questão ainda pode ser analisada de duas formas diferentes, a primeira acima já apresentada e em outro aspecto, se entendemos que o incidente é *causa*, surge então, outra inconstitucionalidade, pois uma lei federal criará competência para os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

Logo, se no julgamento em abstrato não há caso concreto (mérito a ser julgado), então não há causa que legitime o cabimento de recurso especial e extraordinário.

Esse entendimento é decorrente de jurisprudência sumulada pelo STF e acatada pelo STJ, em relação ao incidente de inconstitucionalidade dos arts. 480 a 482 do CPC/73 a saber.

A Súmula 513 do STF assim determina: “ A decisão que enseja a interposição de recuso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão que completa o julgamento do feito.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo pode trazer à baila um instituto novo que foi introduzido ao ordenamento jurídico do IRDR, instituto este que demonstrou a preocupação do legislador ao elaborar um Novo Código de Processo Civil com a crise que assola o Poder Judiciário brasileiro.

Com a criação do IRDR, o legislador buscou dar um tratamento adequado à tutela coletiva, em razão da massificação das demandas, trazendo técnicas de processamento de demandas repetitivas, que tem por outra finalidade a guarda da segurança jurídica das decisões e da isonomia das partes.

Assim, conclui-se que os IRDRs torna a tutela dos direitos metaindividuais mais efetivo, pois julga questões exclusivamente de direito de forma abstrata e coletiva mesma forma, aplicando-se a tese jurídica de forma vinculada aos casos concretos semelhantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e juízo* - 29ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro, In *Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista do Processo 2012, Repró 211.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

NERY, JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. Revista e atualizada. Com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1 Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VILLAR, Alice Saldanha. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Carta de Vitória. **JusBrasil**. 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em: 27 fev. 2017.