

Maria Cecilia de Araujo Asperti

# RECURSOS REPETITIVOS E INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

---

Uma análise da perspectiva  
do acesso à justiça e da  
participação no processo

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2018

Copyright © 2018 by Maria Cecília de Araujo Asperti

Categoria: Direito Processual

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

AS839r

Asperti, Maria Cecília de Araujo.

Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas : uma  
análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo / Maria  
Cecília de Araujo Asperti. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

512 p. : il. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 311-328.

ISBN 978-85-519-1081-8

1. Direito Processual Civil. 2. Acesso à Justiça. 3. Incidente de Resolução de  
Demandas Repetitivas. 4. Recurso Especial. 5. Litígio. I. Título.

CDD 347

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

## 4. Participação e Representatividade nas Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos

### 4.1. Técnicas de julgamento de casos repetitivos

#### 4.1.1. *Diferentes racionalidades processuais relacionadas a “casos repetitivos”*

Entendendo-se o acesso à justiça como perspectiva metodológica e direito social, cuja realização depende de escolhas políticas capazes de assegurar o direito à participação aos litigantes e aos destinatários do provimento jurisdicional, cabe agora adentrar no estudo das técnicas processuais de julgamento de casos repetitivos, suas características e aplicação, a partir das premissas colocadas nos capítulos anteriores. Para tanto, a ênfase será colocada em como os diferentes sujeitos podem utilizar e/ou serem afetados pelo uso dessas técnicas (normativo) e, em seguida, como de fato utilizam e/ou são afetados (descritivo) por esses mecanismos.

Nesse primeiro momento, então, serão analisadas as previsões normativas em si, articulando-se posicionamentos doutrinários e alguns dados já existentes sobre os julgamentos de casos repetitivos para investigar como os destinatários do provimento jurisdicional – no caso, a tese jurídica – podem participar dos procedimentos e influir, direta ou indiretamente, da formação da convicção dos julgadores, desde a instauração dos procedimentos do IRDR e dos recursos repetitivos, até a possível revisão da tese jurídica firmada.

Já os próximos capítulos têm como objetivo verificar o uso dessas técnicas na prática, por meio de um estudo empírico realizado em duas etapas: uma essencialmente quantitativa, com o objetivo de traçar um panorama das teses jurídicas já firmadas em sede de julgamento de recursos especiais repetitivos, os atores e questões discutidas, e uma segunda etapa qualitativa,

em que, a partir de um caso específico, foi possível analisar como os diferentes atores participam ou tem seus interesses representados no julgamento de um recurso especial repetitivo.

Como discutido no primeiro capítulo, a Reforma do Judiciário e a introdução da Súmula Vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal) demarcam uma tendência de reformas processuais voltadas para a uniformização de entendimentos jurisprudenciais e a introdução de mecanismos processuais de feição gerencial, voltados à racionalização da tramitação e julgamento de demandas (ou questões, como veremos a seguir) e recursos considerados repetitivos. Essa tendência foi intensificada pelo texto do CPC/2015, que sistematiza esses instrumentos e trata com maior ênfase do julgamento de “casos repetitivos”, conceito que será trabalhado neste capítulo.

É possível, assim, identificar algumas técnicas processuais informadas por esses propósitos de uniformização e eficiência que, por sua vez, têm por pano de fundo os discursos sobre morosidade e litigiosidade:

- (i) Formulação de *enunciados jurisprudenciais de efeito vinculante* sobre matéria constitucional, de modo a se evitar que divergências interpretativas acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre “questão idêntica” (Súmula Vinculante, artigo 103-A da CF);
- (ii) *Sumarização de julgamentos*, com a possibilidade de julgamentos liminares de improcedência de mérito, em casos que dispensem a fase instrutória, quando houver entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria de direito (improcedência liminar do pedido, artigo 332 do CPC);
- (iii) *Antecipação dos efeitos da tutela pretendida sem o requisito da urgência*, quando houver prova documental e tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos (tutela provisória de evidência, artigo 311, inciso II, do CPC);
- (iv) *Filtros recursais*, como a possibilidade de julgamento liminar e monocrático pelo relator, quando houver entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, súmula dos tribunais superiores ou do próprio tribunal (artigo 932, incisos IV e V, do CPC); e
- (v) *Técnicas de julgamento de casos repetitivos*, em que, identificada

a repetição de processos ou recursos com fundamento ou que contenham controvérsia sobre a mesma “questão de direito”, procede-se ao julgamento desta questão, firmando-se uma tese jurídica a ser aplicada aos casos análogos (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, artigo 976, e recursos especial e extraordinário repetitivos, artigo 1.036, do CPC).

Com relação às técnicas referidas neste último item, remete-se a definição do artigo 928 do CPC, pelo qual se “entende como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em (i) incidente de resolução de demandas repetitivas; e (ii) recursos especial e extraordinário repetitivos”.

Suscita-se, então, a discussão sobre participação e representatividade proposta no capítulo anterior, agora especificamente no âmbito das técnicas de julgamento de casos repetitivos. Há uma possibilidade efetiva de participação dos litigantes que serão atingidos pela tese jurídica na sua formação? As partes do caso paradigma representam os interesses dos demais interessados? Há (ou deveria haver) algum tipo de controle de representatividade?

Para responder a essas questões, que se colocam como desdobramentos das perguntas de pesquisa propostas, serão abordados os diferentes posicionamentos sobre o objetivo dessas técnicas e a natureza dos efeitos da tese jurídica. A partir dessas colocações, são debatidas as formas (e os dilemas) de participação das partes e daqueles que serão atingidos pela tese na afetação do recurso representativo da controvérsia ou na instauração do IRDR, no sobrestamento dos casos e na possibilidade de alegar a distinção (*distinguishing*), bem como no julgamento e na possibilidade de se recorrer e de se incitar a revisão da tese jurídica (*overruling*).

#### **4.1.2. Julgamento por amostragem x Técnica processual objetiva**

A expressão “julgamento por amostragem” foi utilizada de modo pioneiro por José Carlos Barbosa Moreira ao se referir à técnica de julgamento introduzida pela Lei nº 11.418/2006, ainda no contexto do II Pacto Republicano, nos artigos 543-A e 543-B do CPC/1973<sup>278</sup>. Há, também, a referência à expressão “amos-

<sup>278</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 27, 2005, n. 4, p. 49-58.

tragem” no pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence na Câmara dos Deputados, ainda durante os debates da Reforma do Judiciário sobre a Súmula Vinculante, em que teria afirmado ser mais fácil atentar a um argumento novo por meio de um mecanismo de revisão de súmula do que na massa de processos que sobem ao STF, “até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem”<sup>279</sup>.

Nesse sentido, Eduardo Talamini observa que a técnica do julgamento por amostragem teria sido inicialmente introduzida pelo próprio STF em uma alteração em seu regimento interno, feita pela Emenda Regimental nº 12, de 17.12.2003, que disciplinou, em seu artigo 321, §5º, sobre o julgamento de recursos extraordinários provenientes dos Juizados Especiais Federais<sup>280</sup>. O procedimento então estabelecido era o de concessão de medida cautelar de ofício pelo relator ou mediante provocação, para sobrestamento de processos até o julgamento do recurso extraordinário especialmente quando a decisão recorrida contrariasse “súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”. Recebidas informações e manifestações de interessados e do Ministério Público, o recurso em questão seria colocado em pauta, com o sobrestamento de eventuais recursos que versassem sobre “idêntica controvérsia constitucional”. Publicado o acórdão, contendo uma súmula sobre a questão constitucional decidida, caberia às Turmas Recursais ou de Uniformização exercer o juízo de retratação ou julgar os recursos prejudicados, comunicando-se todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização sobre o entendimento firmado.

Com a promulgação da Lei nº 11.418/2006, a Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007, viria a revogar essa previsão, normatizando procedimentos de repercussão geral para todos os recursos extraordinários (art. 543-A e 543-B do CPC/1973).

A sistemática do artigo 543-B, regulada pelo artigo 328 do Regimento Interno do STF<sup>281</sup>, passou a prever que, em havendo “multiplicidade de recursos

279 MENDES, Gilmar. “Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro”. *Direito Público*, v. 6, n. 27, 2009, p. 40

280 TALAMINI, Eduardo. “A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos” In DIDIER JR., Fredie (coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodium, 2017, p. 139-166, p. 157.

281 Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada,

com fundamento em idêntica controvérsia”, caberia ao tribunal de origem a escolha de um ou mais recursos, tidos como “representativos da controvérsia”, para análise de repercussão geral, nos termos do artigo 543-A. A relevância da questão constitucional debatida seria, portanto, apreciada pelo STF por meio de uma “amostra” definida pelo tribunal de origem.

Essa técnica ganha novos contornos com a promulgação da Lei nº 11.672/2008 e a inserção do artigo 543-C no CPC de 1973, passando a ser aplicável ao julgamento de recursos especiais pelo STJ. Analogamente à técnica do artigo 543-B, o julgamento de recursos especiais repetitivos também partiria da verificação de um volume de recursos fundados em questões similares para se selecionar um ou mais processos considerados “representativos da controvérsia”, sobrestando-se os demais até o pronunciamento do STJ sobre a matéria. Proferido o acórdão paradigma, os recursos interpostos contra decisões convergentes com o entendimento então firmado seriam denegados, enquanto naqueles em que a decisão recorrida fosse dissonante seria dada a oportunidade de retratação aos tribunais de origem, retomando-se o trâmite processual recursal.

Da carta de apresentação do texto do projeto de lei, apresentado pelo Ministério da Justiça à Câmara dos Deputados, extrai-se que referida proposta seguia as diretrizes estabelecidas para Reforma do Judiciário, já discutidas no Capítulo I, e objetivava “conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”<sup>282</sup>. Ainda segundo esse documento, o projeto em questão partiria de uma sugestão do Ministro Athos Gusmão Carneiro e visava amenizar o “problema representado pelo excesso de demanda” do STJ, em especial de processos “fundados em matérias idênticas”.

O CPC/2015 manteve as sistemáticas de julgamento da repercussão geral e dos recursos especiais repetitivos, estabelecendo, ainda, a possibilidade de julgamento de recursos extraordinários por amostragem (artigo 1.036). Pelo re-

---

comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

<sup>282</sup> BRASIL, Congresso. Justificativa ao Projeto de Lei nº 1.213/2007, submetido pelo Ministério da Justiça à Câmara dos Deputados em 28 de maio de 2007.

gramento processual, estabelece-se que deverão ser selecionados ao menos dois recursos considerados “representativos da controvérsia” e que veiculem “abrange argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (§6º). Do julgamento resultará um “acórdão paradigma”, cuja conteúdo decisório deverá ser observado no exame de admissibilidade dos recursos que versem sobre as questões decididas, negando-se seguimento àqueles que impugnem decisões convergentes com a orientação firmada. Da mesma maneira, ao órgão que proferiu o acórdão recorrido caberá o reexame do julgado caso este divirja do entendimento estabelecido. Estabelece-se, ainda, a possibilidade de sobrestamento de processos em primeiro e segundo grau e para posterior aplicação, por estes, da tese jurídica firmada pelo STJ.

Para além do julgamento por amostragem pelo STF e pelo STJ, o CPC/2015 introduziu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), no qual também se parte da verificação de um volume de processos discutindo as mesmas questões jurídicas para consolidação de um entendimento sobre a matéria. Diferentemente do recurso especial e extraordinário repetitivos, cuja afetação se dá unicamente por iniciativa do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem ou pelo relator do tribunal superior, o incidente poderá ser instaurado de ofício pelo juiz ou relator, mas também por requerimento formulado pelas próprias partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Do texto do Anteprojeto do CPC de 2015 é possível inferir a relação entre a lógica procedimental do julgamento de recursos repetitivos e a do IRDR, sendo ambos institutos que buscam conferir maior segurança jurídica, efetividade e legitimidade ao Judiciário e previsibilidade às suas decisões. Também se verifica que essas técnicas possuem uma clara inclinação gerencial, na medida em que, por meio da procedimentalização da formação e da aplicação de teses jurídicas, levariam, ao menos em tese, a uma otimização do tramite processual e redução do volume de recursos a serem apreciados pelos tribunais de segundo grau e superiores:

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

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbar

mento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados.

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<sup>283</sup>.

É possível questionar se o IRDR também conformaria uma lógica procedimental de julgamento por amostragem, dado que culmina na formação de uma tese jurídica, e não em um acórdão paradigma, como no julgamento dos recursos repetitivos. Haveria, no incidente, a prolação de um julgamento a partir de uma amostra de casos, ou seu intuito é de firmar uma tese jurídica em abstrato?

Para os fins do presente trabalho, essa discussão é cabível (embora não seja aqui esgotada) na medida em que se relaciona com a importância dos elementos (subjetivos e objetivos) do caso originário para a fixação da tese jurídica. Ao se entender que a tese jurídica é firmada a partir de uma amostra de processos ou recursos, é fundamental verificar como os elementos desses casos originários – e a participação das partes envolvidas – pode impactar a solução a ser conferida. Por outro lado, se a formulação da tese jurídica estiver desatrelada de casos específicos, será mais relevante investigar as demais formas de participação viabilizadas pelo procedimento, como o *amicus curiae* e a audiência pública, e sua capacidade de influir efetivamente na formulação do entendimento abstrato firmado.

<sup>283</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010, p. 20-21.

A esse respeito, Antonio do Passo Cabral<sup>284</sup> e outros autores<sup>285</sup> têm se utilizado das expressões “causa-piloto” e “processos-modelo” para descrever os procedimentos das técnicas de julgamento de casos repetitivos, para diferenciá-los entre si e dos mecanismos de tutela coletiva, tais como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Para Cabral, nas técnicas processuais de “causas-piloto”, determinados processos são selecionados para que se possa definir, em seu julgamento, uma solução a respeito de uma questão que seja repetidamente veiculada em diversos processos (ou seja, uma questão comum)<sup>286</sup>. Este seria o procedimento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, bem como da repercussão geral no recurso extraordinário (artigo 1.035 do CPC/2015). Segundo o autor, haveria nessas técnicas uma “unidade cognitiva”, porquanto o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga também o caso originário.

Para o Cabral, o procedimento da “causa-piloto” também poderia ser associado com o *Group Litigation Order* (GLO) do sistema inglês<sup>287</sup>, previsto da Part 19 das *Civil Procedure Rules* de 1998, conforme redação dada pela emenda promulgada em 2000. Pelo procedimento da GLO, em se verificando a existência de casos em que se discutam questões de fato ou de direito comuns ou relacionadas, os advogados atuantes nestes processos (*solicitors*) ou o próprio juízo no qual tramita um ou mais processos, podem suscitar a emissão de uma ordem de agregação de tais casos, que passariam a ser processados e julgados conjuntamente<sup>288</sup>. A GLO poderá também determinar a seleção de

284 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos” In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10. Salvador: JusPodium, 2017, p. 37-64.

285 Também utilizam essas expressões Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2017, op. cit., p. 593-594) e André Vasconcelos Roque (“Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos” In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10. Salvador: JusPodium, 2017, p. 15-36.

286 CABRAL, Antonio do Passo, 2017, op. cit., p. 38-39.

287 Civil Procedure Rules Part 19, Section III. A definição está prevista no item 19.10: “A Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’)”.

288 Sobre o *Group Litigation Order*, e propondo uma distinção entre esse mecanismo e as técnicas representativas (em especial a *class action*), vide ANDREWS, Neil. “Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions”. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 11, n. 2, 2001, p. 249-267. O autor afirma, inclusive, que a forma mais comum de instauração desse procedimento é por iniciativa conjunta dos advogados (*solicitors*) dos processos que serão

uma ou mais “demandas-teste” (*test claim*)<sup>289</sup>, para que as decisões proferidas nestas sejam vinculadas a todas as demandas similares que integrem o grupo de processos agregados<sup>290</sup>.

Importante pontuar, contudo, que a GLO determina gerenciamento conjunto do contingente de processos em que a questão de fato ou de direito comum ou relacionada é veiculada. Esses processos são cadastrados em um registro (*group register*) e passam a ser gerenciados por um mesmo juízo (*management court*), de acordo com os termos da ordem de agregação. Diversamente, a afetação de recursos especiais e extraordinários repetitivos acarreta no sobrestamento de recursos e de processos, e não na sua reunião para processamento conjunto<sup>291</sup>. Não há, portanto, um gerenciamento da litigância repetitiva como um todo (ou seja, do contingente total de processos em que determinada questão de direito é discutida), cabendo a cada órgão julgador a identificação de casos a serem sobrestados até o julgamento da tese<sup>292</sup>.

---

reunidos. Confira-se também 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. 55-62.

<sup>289</sup> Conforme item 19.13 do Civil Procedure Rules, que dispõe sobre o gerenciamento do GLO, poderá o juízo selecionar uma ou mais “demandas teste” para proferir seu julgamento: “Directions given by the management court may include directions (a) varying the GLO issues; (b) providing for one or more claims on the group register to proceed as test claims; (c) appointing the solicitor of one or more parties to be the lead solicitor for the claimants or defendants; (d) specifying the details to be included in a statement of case in order to show that the criteria for entry of the claim on the group register have been met; (e) specifying a date after which no claim may be added to the group register unless the court gives permission; and (f) for the entry of any particular claim which meets one or more of the GLO issues on the group register”. Não há uma especificação de critérios para escolha dessa “demanda teste” no direito inglês. Dispõe-se, contudo, sobre a hipótese de ser firmado um acordo na “demanda teste”, quando então outra deverá ser selecionada, sendo certo que ordens conferidas até então na demanda teste continuam válidas e vinculantes para as “demandas teste” substitutas (item 19.5).

<sup>290</sup> ANDREWS, Neil, 2001, op. cit., p. 261.

<sup>291</sup> Na *Group Litigation Order*, para vinculação do julgamento é necessário que o processo seja cadastrado em registro próprio (“*Group Register*”), a menos que a corte determine que casos registrados posteriormente ao julgamento da GLO também sejam vinculados, conforme item 19.12. “(1) Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues – (a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and (b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register”.

<sup>292</sup> Em sentido diverso, ou seja, entendendo que as técnicas de julgamento de demandas repetitivas seriam uma espécie de *group action* similar ao procedimento da GLO, confira-se BASTOS, Antonio

Voltando aos conceitos da “causas-piloto” e de “processos-modelo” descritos por Cabral, tem-se que, neste segundo, são apreciadas apenas as questões comuns a todos os casos, reservando-se ao juízo de cada caso originário a competência para prolação de uma solução própria para o caso concreto que incorpore a tese jurídica definida. Haveria, assim, uma cisão cognitiva e decisória, ou uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum do processo-modelo e o órgão que decide o caso concreto, aplicando a tese definida (e não apenas reproduzindo a solução conferida, como na sistemática da “causa-piloto”)<sup>293</sup>. A decisão do “processo-modelo” seria, portanto, uma decisão objetiva sobre as questões colocadas, sendo esta, a seu ver, a técnica processual do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*)<sup>294</sup>, principal inspiração do IRDR.

Embora utilizem expressões similares as de Cabral, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha conferem significados ligeiramente diversos em suas definições: para os autores, no procedimento de “causa-piloto”, há a seleção de um caso a partir do qual será fixada a tese jurídica a ser aplicada aos demais casos similares, ao passo que na “causa-modelo”, seria instaurado um procedimento apenas para se fixar a tese jurídica, não havendo a escolha de um caso a ser julgado<sup>295</sup>. Diferentemente de Cabral, eles entendem que o IRDR também seria um procedimento de “causa-piloto” (tal como os recursos repetitivos), visto que, justamente por ser um “incidente”, não seria possível sua instauração sem que houvesse uma causa pendente no tribunal, sendo, assim, imprescindível a escolha de uma “amostra” para julgamento.

A despeito dessa diferença na classificação do IRDR, Didier Jr. e Cunha também entendem haver uma cisão cognitiva e decisória no incidente: uma vez instaurado o IRDR, ter-se-ia, de um lado, o processo originário, recurso ou remessa necessária (o “caso-piloto”), e, de outro, o procedimento incidental (o

---

Adonias Aguiar. “Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa”. *Revista de Processo*. n. 186, v. , 2010, p. 87-107.

293 CABRAL, Antonio do Passo, 2017, op. cit., p. 39-40.

294 Sobre a criação do *Musterverfahren* na Alemanha e principais aspectos normativos, confira-se BAETGE, Dietmar. “Germany”. *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation*. v. 15, 2014. Disponível em <[http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events\\_media/Germany\\_National\\_Report.pdf](http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Germany_National_Report.pdf)>, acesso em 07 dez. 2017.

295 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 13ª Ed. Salvador: 2017, p. 593-594. Os autores utilizam a expressão “causa modelo” (e não “processo modelo”), porém com o mesmo significado.

incidente em si) para definição da tese jurídica. Em havendo a desistência ou abandono da “causa-piloto”, restaria caracterizada uma hipótese de “processo-modelo”, em que se prossegue com o julgamento do incidente apenas para definição da tese a ser adotada, e não mais do “caso-piloto”. Essa seria uma situação rara, visto ser aplicável ao IRDR a disposição do artigo 1.036, §§2º e 5º, que estipula a escolha de ao menos dois casos para se proceder ao julgamento de casos repetitivos.

Mesmo com as divergências apontadas, o entendimento daqueles que trabalham com as noções de “causa-piloto” e de “processo-modelo” reafirma a importância dos processos originários, seja como uma amostra para definição de uma solução única a casos similares, seja para que a partir dos elementos destes seja instaurado um incidente, ainda que de feições objetivas (para se firmar uma tese *in abstracto*). Tanto assim que os autores que seguem essa linha de entendimento reafirmam a importância dos critérios de escolha do caso paradigma<sup>296</sup>, tanto no caso dos recursos repetitivos quanto para a instauração do IRDR<sup>297</sup>.

Em sentido diverso, e adentrando mais especificamente na importância dos elementos do caso originário para o IRDR, Sofia Temer defende que os elementos do caso originário não seriam essenciais para a fixação da tese, tendo em vista ser o incidente uma técnica processual essencialmente objetiva, própria de uma atividade jurisdicional atípica, cujo intuito não seria resolver diretamente “lides” ou conflitos sociológicos, mas sim questões jurídicas em comum<sup>298</sup>. Para a autora, o IRDR deverá ser instaurado a partir de casos concretos e instruído de modo a “representar fidedignamente a controvérsia, para que o tribunal possa analisar a maior amplitude de fundamentos e fixar a tese jurídica”<sup>299</sup>, porém sem que órgão julgador esteja atrelado aos aspectos fáticos e jurídicos de um ou alguns casos em particular.

Não se trataria, a seu ver, de uma cognição completamente abstrata e apartada dos elementos fáticos dos casos em que a controvérsia é veiculada, mas

<sup>296</sup> Utilizaremos essa expressão “caso paradigma” para que não haja confusão com as conceituações de causa-piloto ou processo-modelo mencionadas.

<sup>297</sup> CABRAL, Antonio do Passo, 2017, *op. cit.*, p. 41-42. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. 2017, *op. cit.*, p. 615-616.

<sup>298</sup> TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2ª Ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 65-89.

<sup>299</sup> TEMER, Sofia, 2017, *op. cit.*, p. 80.

cuja realização se daria a partir de “fatos pressupostos, projetados, generalizados”, ou, como a autora denomina, de “fatos-tipo”, capazes de caracterizar a “situação fática padrão”<sup>300</sup>. Os “fatos-tipo” deverão ser descritos pelo órgão julgador tendo em conta os elementos extraídos dos casos nos quais a controvérsia se repete, em uma atividade em que se mesclaria a concretude com a abstração. Caberia aos julgadores, mediante observação dos padrões que se reproduzem nesse processos, extrair os elementos tidos como homogêneos e relevantes para, então, conceber um “modelo fático” que permitisse aplicar futuramente a tese por meio da aproximação de fatos dos casos concretos com os “fatos-tipo” da “situação fática padrão”, ou da “situação modelo”<sup>301</sup>.

Ainda com relação ao IRDR, a importância do caso originário e sobre a racionalidade da técnica processual (julgamento por amostragem ou técnica processual objetiva) é suscitada, por vezes, na discussão sobre a necessidade (ou não) de o incidente ser instaurado a partir de um caso já em tramitação no tribunal.

Como sustenta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, esse questionamento decorre de uma mudança do texto legal, ocorrida durante o processo legislativo, em que foram excluídos os dispositivos em que se exigia expressamente a preexistência de processos em tramitação perante o tribunal<sup>302</sup>. Para ele, não caberia perquirir a natureza do IRDR, mas sim a existência (ou não) de um pressuposto processual de seu cabimento. Nesse sentido, o autor opina pela possibilidade de instauração do incidente independentemente da tramitação de um recurso sobre a matéria, de modo que a apreciação do caso concreto seja realizada pelo juiz natural, seja ele em primeiro ou em segundo grau. Mendes defende, portanto, que haveria uma cisão cognitiva no julgamento do IRDR, cabendo ao órgão competente para julgamento do incidente apenas a fixação da tese jurídica, que deverá, por sua vez, ser aplicada pelo órgão competente para

300 “O incidente será instaurado a partir de alguns casos concretos, nos quais haja discussão sobre a questão de direito. Tais ‘causas’, apesar de servirem como substrato para o incidente, com ele não se confundem. Instaurado o incidente, há uma separação em relação aos casos concretos, já que não há no IRDR a resolução do conflito subjetivo. Essa separação é essencial para garantir a qualidade da cognição operada no incidente, que deve analisar a controvérsia sem se vincular demasiadamente às peculiaridades do caso concreto, de modo a estabelecer uma tese que possa ser usada como padrão decisório” (TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 73-78).

301 TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 75.

302 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, op. cit., p. 105-106.

o julgamento do caso originário<sup>303</sup>. Esta seria uma opção política em matéria de direito processual, coerente com o intuito do IRDR de responder a uma crise de congestionamento e eficiência do Judiciário, visto que, caso a instauração do incidente fosse limitada aos casos em que já houvesse recursos pendentes em segundo grau, haveria um significativo comprometimento desses objetivos.

Como se pode ver, há, ainda, diversas questões processuais a serem debatidas acerca da aplicação desses mecanismos processuais, em especial o IRDR, dada a sua recente inserção no ordenamento brasileiro. Não é objeto do presente trabalho esgotar essas questões, mas apenas suscita-las na medida em que sejam pertinentes para compreensão de como se dá a participação daqueles que serão afetados pela tese jurídica a ser fixada.

Analisando-se esses diferentes pontos de vista sobre a racionalidade das técnicas de julgamento de casos repetitivos, afigura-se mais assente que a discussão da tese jurídica tenderá a uma abstração do arcabouço fático dos casos concretos, na tentativa de formular um enunciado que possa ser aplicado para o maior contingente de casos em que a questão decidida é veiculada.

No entanto, é importante levar em conta que tanto os recursos repetitivos quanto o IRDR foram concebidos como instrumentos processuais voltados ao “enfrentamento” da litigiosidade repetitiva, conforme debatido no Capítulo 1 do presente trabalho. Assim, não há como se desvincular totalmente o julgamento das questões consideradas repetitivas da compreensão dos contornos dessa litigiosidade, cuja dinâmica interpartes e repercussões socioeconômicas e interesses envolvidos são aspectos fundamentais para a aplicação da técnica processual.

<sup>303</sup> “Há, portanto, uma cisão cognitiva ainda que virtual e não física, firmando-se a tese jurídica no procedimento incidental em que haverá se reproduzido o ‘modelo’ que melhor represente a controvérsia jurídica que se repete em dezenas ou milhares de pretensões. A tese jurídica será aplicada em seguida às demandas repetitivas, por ocasião do julgamento propriamente dito da causa perante o juízo em que tramitar o processo, momento este em que será feita também a análise e julgamento das questões éticas e das questões jurídicas não comuns pelo juízo competente, esgotando-se a análise da pretensão ou demanda propriamente dita (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil”. Revista de Processo. V. 243, maio/2015, p. 290). Também nesse sentido, quanto à cisão decisória, Sofia Temer assevera que “não há, no IRDR, julgamento da causa, mas sim uma cisão decisória, que faz com que o tribunal aprecie, no incidente, apenas a controvérsia de direito (num misto de abstração e concretude), sem julgar nenhum conflito subjetivo. O tribunal, como órgão superior, responsável (também) por uniformização e aplicação do direito, exerce sua função de fuxar um entendimento sobre a mesma questão de direito que se repete em diversos processos” (TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 111).

A despeito da escassez de estudos empíricos sobre a litigiosidade repetitiva, tem-se como traço característico o fato de essa litigiosidade surgir no bojo das relações travadas entre indivíduos e o Estado e pessoas jurídicas de direito privado de grande porte, em que a repetição de questões jurídicas de direito privado, justamente, do fato de que essas relações são regidas pelas mesmas normas e/ou por contratos padronizados, além de estarem inserida em um arcabouço fático em comum. Deste modo, por mais que os recursos repetitivos e o IRDR se proponham a firmar teses jurídicas sobre questões predominantemente de direito, tem-se que aspectos não jurídicos e de grande repercussão econômica, social e política são, frequentemente, centrais à discussão da tese jurídica.

Pense-se, por exemplo, na repercussão e nos impactos socioeconômicos da consolidação do entendimento judicial em questões como a licitude do reajuste de contratos coletivos de plano de saúde por mudança de faixa etária aos 59 anos<sup>304</sup>; a validade da cláusula de tolerância de 180 dias ordinariamente inserida em contratos de compromisso de compra e venda de imóveis em construção<sup>305</sup>; a possibilidade de cobrança, por instituições financeiras, de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano<sup>306</sup>; o direito do servidor público às diferenças salariais decorrentes de desvio de função<sup>307</sup>; a interpretação do requisito de renda per capita familiar para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)<sup>308</sup>; para apenas dar alguns exemplos de questões já decididas ou pendentes de decisão em sede de julgamento de casos repetitivos.

304 TJSP, IRDR nº 0043940-25-2017.8.26.0000, Desembargador Relator Grava Brazil, admissão em 26.10.2017.

305 TJSP, IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000, Desembargador Relator Francisco Loureiro, admissão em 18.08.2016, julgamento em 31.08.2017.

306 STJ, Recurso Representativo da Controvérsia REsp nº 1.061.530/RS, 2ª Seção, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Tema nº 12: "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade", julgamento em 22.10.2008.

307 STJ, Recurso Representativo da Controvérsia REsp nº 1.091.539/AP, 3ª Seção, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Tema nº 14: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes", julgamento em 26.11.2008.

308 STJ, Recurso Representativo da Controvérsia REsp nº 1.112.557/MG, 3ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Tema nº 185: "A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo", julgamento em 28.10.2009.

Ademais, do regramento processual se infere que há um grande peso na participação das partes do caso originário, mesmo no âmbito do IRDR. Basta verificar que o relator do incidente requisitará informações ao juízo no qual se discute o objeto do incidente (artigo 982, inciso II) e assegurará às partes deste um tempo de fala consideravelmente maior do que para os demais interessados, que terão seu tempo de sustentação oral dividido entre si (artigo 984, inciso II), além de as partes possuírem legitimidade para instauração do próprio incidente e para provocar a revisão da tese jurídica (artigo 986).

Portanto, ainda que se entenda que a formação da tese jurídica seja fruto de um processo objetivo e, portanto, desvinculado dos elementos dos casos paradigma, é necessário questionar como se dá a participação daqueles que serão afetados pela tese jurídica na discussão das questões jurídicas, mas também do substrato fático e das implicações da solução judicial a ser conferida a tais questões. Esse ponto será aprofundado no item a seguir e retomado também no estudo empírico, em especial no estudo de caso descrito no Capítulo 6.

#### **4.1.3. “Casos repetitivos” ou “questões repetitivas”?**

A importância dos elementos fáticos e jurídicos dos recursos representativos da controvérsia ou dos processos a partir dos quais é instaurado o IRDR também depende da compreensão de qual seja, efetivamente, o objeto dessas técnicas: a apreciação de questões de direito que se repetem ou a formulação de teses jurídicas para processos repetitivos que lidam com questões de direito similares?

Como colocado no Capítulo 1, a litigiosidade repetitiva decorre da proliferação de demandas que reverberam a atuação de grandes entes públicos ou privados, que justamente em razão de serem regulados por leis, normas e contratos similares, tendem a judicializar ou serem acionados judicialmente em demandas que suscitam as mesmas questões de fato e de direito, em volume significativo e compatível com a amplitude de sua atividade. A preocupação com a litigiosidade repetitiva – embora não tenha sido embasada em um diagnóstico claro de suas causas e contornos – foi central nas reformas processuais que instituíram as técnicas de julgamento de casos repetitivos.

Ainda assim, como visto no item anterior, há divergências sobre o escopo dessas técnicas: se se voltariam ao julgamento de casos efetivamente similares ou se serviriam apenas para resolver questões jurídicas que sejam judicializadas

repetidamente, ainda veiculadas em demandas em que não haja similitude entre seus elementos fático.

Alinhando-se ao primeiro posicionamento, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o objeto das técnicas de julgamento de casos repetitivos seria a resolução de questões veiculadas em demandas repetitivas, ou seja, em processos em que haja similitude nos aspectos fáticos discutidos<sup>309</sup>. Para Marinoni, seria fundamental verificar, em se tratando de questão de direito decorrente de fatos incontroversos, se o substrato fático é o mesmo para todas as demandas consideradas repetitivas, de modo que o objeto do julgamento seja, efetivamente, somente a apreciação da questão jurídica comum.

Em sentido similar, e tratando especificamente do IRDR, Amanda de Araújo Guimarães entende que o objeto do incidente deve ser compreendido levando-se em conta sua denominação (notadamente a expressão “demandas repetitivas”), propósitos e requisitos, e conclui ser esta uma “técnica decisória que visa ao julgamento de questões predominantemente de direito que possam surgir no contexto de litigiosidade repetitiva”<sup>310</sup>. A autora se distancia do posicionamento (discutido no item anterior) de que o mecanismo seria uma técnica processual objetiva, e entende que, ainda que o julgamento do incidente possa se resumir a um enunciado acerca da questão predominantemente de direito discutida, a análise desta deverá “estar atrelada à litigância repetitiva identificada, até porque a função jurisdicional não é propriamente a de formular teses, demonstrando-se questionável a atribuição de caráter normativo ao mecanismo”<sup>311</sup>.

De outra parte, outros autores<sup>312</sup> sustentam que as técnicas de julgamento de casos repetitivos têm por objeto somente a apreciação da questão jurídica comum, ainda que ela seja extraída de processos com objetos (mérito) totalmente

309 MARINONI, Luis Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: RT, 2016b, p. 51-52.

310 GUIMARÃES, Amanda de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito USP: 2017, p. 150-154.

311 GUIMARÃES, Amanda de Araújo, 2017, op. cit., p. 154.

312 Nesse sentido: TEMER, Sofia, 2017, op. cit.; DIDIER JR., Fredie; DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. “Ações coletivas e o Incidente de Julgamento de casos repetitivos” In DIDIER JR., Fredie (coord.), *Julgamento de Casos Repetitivos*. Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodium, 2017, p. 181-191; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Araújo Ribeiro. “Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. Vol. 211. Set/2012, versão digital.

diversos. Nesse sentido, traçam também comparações e diferenciações entre os procedimentos de julgamento de casos repetitivos e a tutela coletiva<sup>313</sup>.

Como visto no item anterior, esta é, em linhas gerais, a posição de Sofia Temer, que entende que o objeto do IRDR é a questão jurídica comum que se repete em vários processos, não havendo a exigência de “uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos” considerados repetitivos ou que guardem alguma similitude entre si<sup>314</sup>. O objeto do IRDR seriam as “questões repetitivas”, e não “demandas repetitivas” propriamente ditas<sup>315</sup>.

A propósito da comparação das técnicas com a tutela coletiva, Sofia Temer cuida também de distinguir o que seriam “questões comuns” de direitos individuais homogêneos. Diferentemente de outros autores, que atribuem uma dimensão híbrida (processual e material) à natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos<sup>316</sup>, Sofia Temer entende serem estes direitos individuais cuja dimensão coletiva se manifesta apenas da perspectiva processual, ou seja,

313 Muito embora esses institutos tenham sido inseridos no ordenamento jurídico brasileiro em contextos bastante diversos e tenham sido embasados em discursos também distintos, como visto no Capítulo 1. Também nesse sentido, André Vasconcelos Roque comenta: “Ao contrário do que se poderia imaginar, o IRDR e a sistemática dos recursos repetitivos disciplina no novo CPC não afastarão a necessidade de adequada tutela coletiva no Brasil. Isso porque os objetivos perseguidos pelas ações coletivas são mais amplos que os almejados pela resolução de casos repetitivos. Tais procedimentos têm por finalidade evitar a multiplicação de processos, proporcionando isonomia, celeridade e segurança jurídica. Não está entre suas finalidades, todavia, promover o acesso à justiça, nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos e insuscetíveis de fracionamento – ou seja, difusos e coletivos *stricto sensu*” (2017, op. cit., p. 31).

314 TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 63.

315 “Então, apesar de a lei empregar o termo *demandas repetitivas*, o que se verifica é que há utilização não técnica do termo ‘demanda’, nesse contexto. Isso porque, a rigor, ao falar em *demandas repetitivas* deveríamos nos referir a pretensões homogêneas, relativas a relações-modelo. Ou seja, repetitivas deveríamos nos referir a pretensões homogêneas, relativas a relações-modelo. Ou seja, atos de postulação constituídos de causa de pedir e pedidos similares, porque referentes a situações análogas. Afinal, o termo demanda, apesar de ser empregado em contextos diversos, significa o ato de postulação, relativo a uma relação jurídica material, o qual é identificado pelo pedido e causa de pedir referentes a determinadas partes. Não obstante, para o sistema processual do CPC/2015, *demandas repetitivas* também compreendem *demandas* que não se referem a relações substanciais-modelo, não contêm causas de pedir e pedidos similares (*demandas heterogêneas*, portanto), mas possuem áreas de homogeneidade, relativas a uma ou algumas das *questões* discutidas em juízo. As demandas são caracterizadas como repetitivas mesmo nos casos em que apenas algumas questões nelas debatidas o sejam” (2017, op. cit., p. 61).

316 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, 2017, op. cit., p. 182-183.

da possibilidade de seu tratamento pela via da ação coletiva<sup>317</sup>, que teria lugar quando houvesse prevalência de questões comuns às particularidades de cada caso<sup>318</sup>. Dessa forma, o objeto do IRDR não se confundiria, tampouco poderia ser definido, a partir dessa categoria, havendo aproximações apenas circunstanciais entre o instituto e a ação coletiva em situações em que há similitude com relação às pretensões substanciais.

A esse respeito, e em sentido diverso do que sustenta Sofia Temer, Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. argumentam que tanto as ações coletivas quanto os instrumentos de julgamento de casos repetitivos podem ser considerados “processos coletivos”, visto que em ambos a relação jurídica litigiosa envolve, em um de seus polos, um grupo (comunidade, categoria, classe, etc.), e se veicula uma discussão acerca de uma “situação jurídica coletiva” comum a esse grupo<sup>319</sup>. Na ação coletiva, esta “situação jurídica coletiva” seria o seu próprio objeto, enquanto no julgamento de casos repetitivos, consistiria no direito à “certificação da questão repetitiva”<sup>320</sup>. Admite-se, portanto (e aqui de forma mais alinhada ao posicionamento da autora mencionada), o uso do IRDR e dos recursos repetitivos mesmo em casos nos quais o objeto litigioso seja diverso (“processos heterogêneos”), sendo comum apenas as questões jurídicas que, segundo os autores, seriam normalmente de cunho processual.

Também discutindo a relação entre as técnicas de julgamento de casos repetitivos e as ações coletivas, André Vasconcelos Roque expressa entendimento similar ao afirmar que os procedimentos de resolução de casos repetitivos têm por objeto a solução de questões comuns (ele fala em “questões incidentais”), que podem ser extraídas tanto de demandas que veiculam direitos individuais homogêneos, quanto de demandas consideradas heterogêneas, ou seja, nas quais as questões de mérito não são necessariamente similares<sup>321</sup>. O autor afirma haver sobreposição entre os escopos das ações coletivas e das técnicas de julgamento de casos repetitivos, precisamente no tocante a apreciação de questões comuns em demandas que tenham por objeto direitos individuais homogêneos.

317 TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 45-52.

318 TEMER, Sofia, 2017, op. cit., p. 56-57.

319 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes, 2017, op. cit. p. 181-191, p. 185-186.

320 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes, 2017, op. cit., p. 186.

321 ROQUE, André Vasconcelos Roque, 2017, op. cit., p. 30-32.

Esse também é o posicionamento expressado por Eduardo Talamini, que afirma que os mecanismos de julgamento por amostragem podem ser empregados para tutela de direitos individuais homogêneos, desde que a discussão se resumira às questões de direito, mas também podem ter por objeto questões de cunho processual, debatidas em processos com objetos distintos, ou até mesmo questões de direito inseridas em ações coletivas para tutela de direito difuso ou coletivo em sentido estrito<sup>322</sup>.

O entendimento pelo qual os instrumentos processuais de julgamento de casos repetitivos são aplicáveis a partir da aferição da identidade de questões de direito, mesmo que em processos com objetos distintos, não coloca ênfase no conceito de casos, demandas ou recursos repetitivos. A correlação entre os processos considerados repetitivos residiria, por esse ponto de vista, tão somente na existência de uma ou de mais questões jurídicas em comum, ainda que inseridas em arcabouços fáticos diversos. Isso seria particularmente pertinente no tocante às questões processuais, tais como prazos prescricionais, requisitos de cabimento de recursos, pressupostos processuais, legitimidade processual e interesse de agir, etc. (artigo 928, §1º, do CPC/2015).

Um primeiro ponto a ser colocado é a dificuldade de se distinguir questões de fato e de direito, problematização esta que não se esgota no âmbito das técnicas de julgamento de casos repetitivos, mas que ocorre, precipuamente, no bojo da análise de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários.

A esse respeito, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que seria impossível fazer uma diferenciação absoluta entre questões de fato e de direito, porquanto “o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas”, podendo se falar, em realidade, em questões predominantemente de fato ou de direito, a depender se o foco da atenção do julgador estará na aferição dos fatos ou na interpretação do texto normativo, já que os aspectos fáticos não seriam controvertidos<sup>323,324</sup>.

<sup>322</sup> Eduardo Talamini dá como exemplo o caso em que seccionais da OAB de diferentes unidades da Federação ajuizassem ações coletivas visando ao reconhecimento de determinado direito da classe dos advogados (2017, op. cit., p. 160-162).

<sup>323</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial”. *Revista de Processo*. v. 23, n. 92, out./dez., 1998, p. 52-70, p. 53.

<sup>324</sup> Assim, fica evidente a conotação problemática da “questão unicamente de direito”, do artigo 976, I, do CPC/2015, e outrora inserida no artigo 285-A no CPC/1973 (conforme BRESOLIN, Umberto. “Considerações sobre o Artigo 285-A do Código de Processo Civil” In CARMONA, Carlos Alberto.

Desse modo, pode-se assumir que tanto o recurso especial e extraordinário repetitivo, quanto o IRDR, voltam-se à consolidação de teses jurídicas acerca de questões predominantemente de direito, que podem ser conhecidas de forma mais ou menos abstratas, a depender da complexidade de seu arcabouço fático. O foco da atenção dos julgadores residirá na interpretação do direito, porém é impossível que interpretem a norma de maneira totalmente desvinculada dos elementos dos casos concretos, os quais deverão extraídos, em maior ou menor medida (a depender da abstração da questão), dos casos paradigma. Entender em sentido diverso significaria admitir que interpretação dessas questões pode ser feita a partir de aspectos fáticos com os quais os julgadores tiveram contato no julgamento de casos anteriores (em sua experiência), acarretando consideráveis restrições em termos de participação e contraditório, porquanto não seria possível refutar ou discutir o arcabouço fático e jurídico extraído do repertório dos julgadores.

Além disso, a análise empírica da aplicação desses instrumentos processuais é fundamental para compreender qual a interpretação que vem sendo dada pelos tribunais sobre o seu objeto e sobre a própria concepção de “casos repetitivos”.

Segundo dados levantados por Amanda de Araújo Guimarães, que adota o mesmo conceito de litigiosidade repetitiva aqui trabalhado – levando em consideração, portanto, (i) o volume de processos; (ii) a existência de um litigante repetitivo ou habitual em um dos polos e; (iii) a prevalência de questões fáticas ou jurídicas similares<sup>325</sup> – investigou se os incidentes instaurados e os efetivamente admitidos veiculavam questões inseridas em um caso considerado repetitivo e, ainda, se referente a direitos individuais homogêneos.

Pelo seu levantamento, e considerando a definição por ela colocada, dentre o total de requerimentos de instauração de IRDRs (113 até o final de 2016), em 88% o caso subjacente poderia ser considerado um processo repetitivo, e em 68% dos casos a discussão referia-se a direitos individuais homogêneos<sup>326</sup>. Considerando apenas os incidentes admitidos (38, ou seja, 28%), tem-se que

---

*Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.* São Paulo: Atlas, 2007).

325 GUIMARÃES, Amanda de Araújo, 2017, op. cit., p. 129. Essa já era a definição adotada pela autora deste trabalho em sua dissertação de mestrado, conforme ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. 2014, op. cit., p. 45.

326 GUIMARÃES, Amanda de Araújo, 2017, op. cit., p. 246-247.

todos os casos poderiam ser caracterizados como demandas repetitivas, sendo que dentre estes, 68% também se referiam a direitos individuais homogêneos. Por esses dados, seria possível concluir que a despeito dos posicionamentos doutrinários em sentido diverso, os tribunais têm associado, majoritariamente, o IRDR com o julgamento de processos considerados repetitivos, e não somente com questões jurídicas que se repetem em processos que não sejam necessariamente similares<sup>327</sup>.

Ainda que não seja este o objeto do estudo empírico-jurisprudencial realizado no presente trabalho, a análise dos recursos especiais repetitivos julgados pelo STJ até março de 2017 também demonstra que os temas decididos são, essencialmente, veiculados em casos envolvendo litigantes repetitivos e ocasionais em disputas em que se discutem questões jurídicas comuns decorrentes de substratos fáticos também similares. À exceção, os temas relativos a direito processual são, por vezes, debatidos em processos com objetos diversos (não podendo ser consideradas “demandas repetitivas”) e que não refletem, necessariamente, uma litigiosidade repetitiva<sup>328</sup>. Mesmo nesse âmbito, contudo, há também questões processuais decididas em sede de recurso especial repetitivo que são claramente inseridas em processos que discutem relações jurídicas similares<sup>329</sup>.

Entende-se, então, que muito embora questões predominantemente de direito veiculadas em demandas que não possuam um substrato fático similar possam ser dirimidas por meio da aplicação das técnicas de julgamento de casos

<sup>327</sup> GUIMARÃES, Amanda de Araújo, 2017, op. cit., p. 251.

<sup>328</sup> Vide, por exemplo, os seguintes temas: Tema 120 – “A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório”; Tema 133 – “A autenticação de cópias do Agravo de Instrumento do artigo 522, do CPC, resulta como diligência não prevista em lei, em face do acesso imediato aos autos principais, propiciado na instância local. A referida providência somente se impõe diante da impugnação específica da parte adversa”; e Tema 182 – “É dispensado o curador especial de oferecer garantia ao Juízo para opor embargos à execução”.

<sup>329</sup> Vide, por exemplo, os seguintes temas: Tema 76 – “Em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da ANATEL”; Tema 84 – “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”; e Tema 117 – “O art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória 2.164-40/2001 (dispensando a condenação em honorários em demandas sobre FGTS), é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e somente se aplica às ações ajuizadas após a sua vigência, que se deu em 27.07.2001”.

repetitivos, o principal objetivo dessas técnicas é lidar com casos considerados repetitivos, ou seja, decorrentes de uma litigiosidade repetitiva, que se coloca como o principal pano de fundo da criação desses institutos quanto de sua aplicação, na prática, pelos tribunais.

Assim, ainda que os recursos repetitivos e o IRDR possam tender a um julgamento mais abstrato das questões jurídicas debatidas, há uma inegável importância da compreensão do substrato fático dos casos repetitivos e da litigiosidade repetitiva dentro da qual essa discussão está inserida. Por isso, é necessário aprofundar o estudo dessas técnicas a partir das preocupações expressadas quanto às características dessa litigiosidade repetitiva, em especial a participação dos litigantes com diferentes capacidades estratégicas de discutir e traduzir aos julgadores o arcabouço fático dentro da qual a discussão jurídica está inserida. Esses pontos serão tratados nos tópicos que se seguem, iniciando-se pela indagação a respeito da natureza e da extensão dos efeitos da tese jurídica firmada em sede de julgamento de casos repetitivos.

## 4.2. Decisão proferida no julgamento de casos repetitivos e seus efeitos

### 4.2.1. A tese jurídica é um precedente?

Como discutido no Capítulo 1, é possível observar que as escolhas políticas em matéria de direito processual e de desenho institucional têm seguido uma tendência de valorização da eficiência, isonomia e segurança jurídica, por meio de técnicas de uniformização jurisprudencial, como a Súmula Vinculante, a repercussão geral, e outras estratégias de sumarização descritas no início deste capítulo<sup>330</sup>.

<sup>330</sup> Importante pontuar que, conquanto a tendência de conformação de instrumentos de uniformização de jurisprudência tenha sido alçada à pauta das reformas legislativas de modo mais expressivo com a Reforma do Judiciário, o movimento de consolidação e fortalecimento da força persuasiva da jurisprudência no Brasil não é necessariamente recente. A esse respeito, José Carlos Barbosa Moreira comenta que a evolução da importância da jurisprudência remonta à criação da Súmula da Jurisprudência Predominante do STF, já calcada na preocupação com o "crônico problema de sobrecarga de trabalho da Corte Suprema – e, indiretamente, do Judiciário como um todo" (MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2005, op. cit., p. 50).