XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

VALENTINA JUNGMANN CINTRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama

Valentina Jungmann Cintra – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-821-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Goiânia – GO, com o tema Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo, ocorrido de 19 a 21 de junho de 2019, propiciou amplo debate sobre os mais atuais temas do Direito, promovendo o compartilhamento do conhecimento produzido pelos Programas de Pós-Graduação "Stricto Sensu" brasileiros e de estudos da graduação que se somaram em trabalhos de pôsteres e artigos, ao lado de oficinas, painéis, palestras, fóruns e lançamento de livros .

Por meio do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado no dia 21 de junho de 2019, foram apresentados e debatidos quinze trabalhos, os quais proporcionaram importante troca de experiências. Diversos Programas de Mestrado e Doutorado se fizeram representados, constituindo o conjunto de trabalhos que nesta oportunidade são apresentados.

1) Ao tratar de uma inovação do Código de processo Civil de 2015, Victor Colucci Neto apresenta os elementos constitutivos do IRDR com o trabalho ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ADMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, dando foco ao sistema de contraditório e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com análise de diversos procedimentos nele realizados até o final de 2018.

2) Fabiane Grando e Higor Oliveira Fagundes tratam dos PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO, abordando sobre a vinculação desses precedentes e em que situações o Código de Processo Civil apresenta indicativos da importância do entendimento jurisprudencial, destacando a improcedência liminar do pedido baseada em julgamentos e dos procedimentos para o tratamento dos precedentes e sua aplicação pelo sistema Judiciário.

3) Andre Lipp Pinto Basto Lupi e Luiz Carlos Moreira Junior apresentam o trabalho intitulado A APROXIMAÇÃO ENTRE O CIVL LAW E O COMMON LAW ATRAVÉS DO SISTEMA DE PRECEDENTES APÓS O IMPULSO DADO PELO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, destacando a importância da pacificação das interpretações jurídicas por meio dos julgamentos dentro do fenômeno da globalização, tendo por base a nova estruturação dada ao tema pelo Código de Processo Civil de 2015.

4) Com o trabalho A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA CONSTRUÇÃO A SUA SUPERAÇÃO NUMA RELAÇÃO DE (IN) SEGURANÇA JURÍDICA, elaborados por Ivonaldo da Silva Mesquita e Nayara Figueiredo de Negreiros indicam a construção de um sistema híbrido, considerando a experiência legislativa do Direito Brasileiro, tratando da polêmica envolvendo o sistema inaugurado pelo CPC e a sua relação com a segurança jurídica.

5) Antônio Carlos Diniz Murta e Ana Paula Soares da Silva Costa tratam da INTERTEXTUALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS, colocando em discussão se a questão dos precedentes é algo novo dentro do sistema brasileiro, ao questionarem o papel do juiz e do Poder Judiciário, assumindo uma função legislativa e do risco da celeridade do processo para o tratamento do direito material.

6) Leiliane Rodrigues da Silva Emoto e Ana Critica Lemos Roque apresentam o trabalho sob o título A ATUAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NA DEMOCRACIA DE UM ESTADO NEOCONSTITUCIONAL, com um traçado histórico sobre o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático.

7) Guilherme Christen Möller, com o trabalho intitulado O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS TEMPOS HIPERMODERNOS DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO, indaga o papel do processo judicial para o tratamento das crises advindas dos novos tempos e quais são os critérios de controles envolvendo da hiperjurisdição.

8) Com o trabalho GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DIREITOS HUMANOS NA ERA DA VIRTUALIZAÇÃO, Rosmar Rissi e Sandro André Bobrzyk demonstram um panorama sobre a normatização constitucional das garantias e sua relações com o acesso à justiça, tratando das situações de regulamentação dos meios virtuais para a realização dos atos processuais.

9) O TEMPO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO é o trabalho apresentado por Arthur Gomes Castro e Daniela Marques de Moraes, que colocam em debate os critérios para a determinação do tempo do processo e da prestação jurisdicional, considerando diagnósticos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

10) Anissara Toscan, com o trabalho sob o título A PRECLUSÃO COMO FENÔMENO UNITÁRIO E SUA INCIDÊNCIA NA DINÂMICA PROCESSUAL, busca tratar da estabilidade processual partindo de Chiovenda, observando os sentidos da preclusão, na

divergência da língua italiana e do contexto técnico do sistema brasileiro, considerando o sistema de ônus que ao tema é correlato.

11) Com o trabalho A CRISE JURÍDICO-AUTOPOIÉTICA DO ROL DE DECISÕES AGRAVÁVEIS NO DECURSO DO TEMPO, William Rosa Miranda Vitorino e Michelli Rosa abordam a regulamentação do agravo de instrumento pelo novo CPC, por meio de uma análise histórica das experiências normativas, jurisprudenciais e teorias envolvendo as decisões agraváveis.

12) Vinicius Pinheiro Marques e Sérgio Augusto Pereira Lorentino tratam do princípio da motivação das decisões judiciais com o trabalho O MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DESENVOLVIMENTO MORAL DE LAWRENCE KOHLBERG, buscando investigar qual o nível de fundamentação que o novo CPC vem a exigir das decisões judiciais e seus parâmetros.

13) Danilo Di Paiva Malheiros Rocha e Adriana Vieira de Castro apresentam o trabalho A INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, apontando a dificuldade da dilação probatória para o tratamento do tema envolvendo a saúde, tratando dos critérios para a ampliação da prova, com a análise dos pedidos que estão fora da lista de distribuição de medicamentos contemplada oficialmente.

14) A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL é o trabalho apresentado por Breno Soares Leal Junior e Elcio Nacur Rezende, trazendo à lume a amplitude dos danos ambientais, indagando a possibilidade de se pensar na responsabilidade antes do dano e qual é o papel do Poder Judiciário neste contexto, diante das tutelas de evidência.

15) Abordando uma divergência jurisprudencial sobre SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES ANTERIORES AO CPC/2015, Diego Santos Silveira analisa o aspecto histórico da interpretação judicial sobre o tema e sua repercussão diante da Lei 13.105/2015.

Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - UNIPAR/PR

Profa. Dra. Valentina Jungmann Cintra - PGE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ADMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

CRITICAL ANALYSIS OF THE CONTRADICTORY IN THE INCIDENTS OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS ADMITTED BY THE COURT OF JUSTICE OF SÃO PAULO.

Victor Colucci Neto

Resumo

O Código de Processo Civil de 2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas que visa à fixação de uma tese jurídica a ser aplicada aos processos com idêntica questão de direito. Analisa-se o conceito do instituto à luz da legislação e doutrina, bem como se apresentam inconstitucionalidades, notadamente quanto ao contraditório. Realizada pesquisa empírica nos incidentes admitidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo até o final do ano 2018, expõem-se os resultados e a necessidade de debates visando aprimorar o instituto para sua conformidade constitucional.

Palavras-chave: Irdr, Incidente de resolução de demandas repetitivas, Contraditório, Pesquisa empírica, Tjsp

Abstract/Resumen/Résumé

Code of Civil Procedure of 2015 created the incident of resolution of repetitive demands that aims at the establishment of a legal thesis to be applied to processes with the same legal issue. The concept of the institute is analyzed in the light of legislation and doctrine, as well as unconstitutional, especially in relation to the contradictory. An empirical research was carried out on the incidents admitted by the Court of Justice of São Paulo until the end of the year 2018, the results and the need for debates aiming to improve the institute for its constitutional conformity are exposed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Irdr, Incident of resolution of repetitive demands, Contradictory, Empirical research, Tjsp

Introdução

A crescente complexidade das relações jurídicas e o aumento da litigiosidade impulsionaram a criação de institutos que visam buscar maior efetividade da prestação jurisdicional na resolução dos conflitos submetidos ao Judiciário, e neste intento, a par de outros instrumentos processuais existentes, o Código de Processo Civil criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido pela sigla IRDR, que tem por objetivo a fixação de tese jurídica para aplicação a processos com idênticas questões de direito repetitivas que tramitem no mesmo tribunal ou região.

Busca-se no presente artigo realizar uma análise conceitual desse instituto que ainda pode ser considerado novo, a partir do estudo da sua sistematização na legislação processual em cotejo com os estudos doutrinários.

Para tanto, no primeiro capítulo é realizada a conceituação do instituto, apresentados os legitimados ativos, o procedimento de instauração e instrução processual, consequências da admissão, análise do julgamento, da possibilidade recursal, seus respectivos efeitos, expondo-se posições doutrinárias relevantes para a correta do instituto.

No segundo capítulo, apresenta-se uma generalidade sobre controvérsias e possíveis inconstitucionalidades do instituto conforme a melhor doutrina, bem como, verifica-se de forma mais detida sobre inconstitucionalidade relativa ao contraditório e a necessidade de ser realizado um efetivo controle da representatividade daqueles que serão atingidos pela tese jurídica que se pretende fixar no IRDR, com fundamento na garantia do devido processo legal e do contraditório.

No terceiro capítulo deste texto é apresentada pesquisa empírica realizada sobre os incidentes de resolução de demandas repetitivas até então admitidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a finalidade específica de ser analisada como tem ocorrido o contraditório na prática bem como sobre a adequada representatividade daqueles que se submeteram à eficácia vinculante da tese jurídica a ser fixada.

1. Análise conceitual do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O atual Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, dentre as inovações visando contribuir com a agilidade do andamento dos processos judiciais, ao lado de figuras já existentes, como as súmulas vinculantes e o julgamento de recursos repetitivos, criou o incidente de resolução de demandas repetitivas (MARINONI; ARENHART;

MITIDIERO, 2016a, p. 591), previsto no Art. 976 e seguintes, concebido "como meio para facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas, que dependem da análise de uma mesma questão de direito" (MARINONI, 2016, p. 17) e justificado e orientado pela isonomia, segurança jurídica e celeridade (TEMER, 2016, p. 39).

Pretende-se neste artigo realizar uma análise crítica deste novo instituto com base na doutrina e análise de casos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas antes, pertinente neste tópico a abordagem conceitual do incidente com base na própria legislação processual em cotejo com as posições doutrinárias, conforme passa a abordar neste tópico.

Conforme explicado na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, o incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi criado com inspiração no direito alemão – onde é chamado *Musterverfahren*, e consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para uma decisão conjunta, com vistas a evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

O processo civil moderno começou a se desenvolver influenciado por uma visão individualista de mundo, que já há bastante tempo deixou de prevalecer, afinal, vive-se hoje uma sociedade transformada na qual os interesses são coletivizados, há muito tempo se sabe que a sociedade contemporânea é uma sociedade de massa com a característica da despersonalização do indivíduo (CAMARA, 2017, p. 482).

Nesse tipo de sociedade é frequente o surgimento de interesses individuais homogêneos, os quais são conceituados pelo Código de Defesa do Consumidor como interesses decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III do CDC), estando essa espécie de interesses totalmente relacionada com o fenômeno da repetição de demandas no Poder Judiciário.

Já há algumas décadas o direito brasileiro admite o uso do processo coletivo para tutelar os direitos individuais homogêneos lesados ou ameaçados, mas, conforme explica o jurista Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 483), quanto a tais direitos há, além do núcleo de homogeneidade que os une - o *an debeatur* (a própria existência das relações obrigacionais idênticas); o *quis debeatur* (o devedor, que é sempre comum em todas essas relações) e o *quid debeatur* (o objeto da obrigação, que é sempre igual em todas as relações obrigacionais homogêneas), e uma margem de heterogeneidade que os afasta, o *cui debeatur* (o credor, que varia de uma relação obrigacional para outra) e o *quantum debeatur* (a quantidade devida ao

credor pelo devedor, já que cada titular de interesse individual faz jus a receber um valor que lhe é pessoalmente devido, e não se confunde com os valores devidos a outros credores).

Essa explicação é feita para explicar as chamadas demandas repetitivas. Esclarece que ante essa heterogeneidade mencionada os processos coletivos jamais funcionaram bem como mecanismos de proteção de interesses individuais homogêneos, ao constituir-se em sentenças genéricas que ensejarão uma multiplicidade de processos individuais de liquidação e execução.

Sobre essa temática é relevante a distinção feita pela doutrina da jurista Sofia Temer (p. 50,60), no sentido de apartar o conceito dos direitos individuais homogêneos daqueles direitos veiculados em demandas repetitivas. Esclarece que de fato o termo *direitos individuais homogêneos* identifica alguma das situações conflituosas do IRDR, mas, por outro lado, também há situações que poderão ser resolvidas por este incidente que não se enquadram bem em tal conceito.

Tal se dá na hipótese em que se pretende a resolução de questões processuais que se repetem em processos em que não há qualquer similitude em relação a pretensões substanciais, como por exemplo, requisitos formais de admissibilidade recursal, discussões referentes à contagem de prazos, dentre outras situações (TEMER, 2016, p. 60).

Nesta toada pertinente trazer a distinção feita pela doutrina no sentido de que o incidente de resolução de demandas repetitivas é aplicável às chamadas pretensões isomórficas, que são aquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns, sendo os casos mais frequentes de litigância seriada, mas, destacando-se que o IRDR não se aplica apenas à essas pretensões isomórficas, sendo cabível também em relação a questões de direito processual (CABRAL, 2015, p. 1420).

É interessante a advertência doutrinária de Sofia Temer (2016, p. 60), ao destacar que o que classifica as *demandas* como *repetitivas* no contexto do CPC/2015 é a existência de questões comuns, de direito material ou processual, de forma que, tecnicamente, o IRDR visa solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas – o termo demanda a rigor se refere ao ato de postulação, à ação. No caso do IRDR não se utiliza o termo demanda neste sentido, pois não se refere exclusivamente a ações com identidade de pedido e causa de pedir, mas sim a demandas com questões de direito comuns. De qualquer forma, utiliza-se o termo demanda repetitiva haja vista ser o termo adotado pelo direito positivo em estudo.

O incidente em estudo é destinado a estabelecer um precedente dotado de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos, dentro dos limites da competência

territorial do tribunal julgador, recebam soluções idênticas sem precisar esbarrar nos entraves do processo coletivo referidos, assegurando-se isonomia e segurança jurídica ao fixar padrão decisório capaz de evitar decisões em sentidos diferentes que poderiam surgir em processos individuais com idênticas questões de direito.

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, conhecido pela sigla IRDR, será possível quando houver a simultânea presença dos requisitos: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (Art. 976, CPC). A controvérsia de direito poderá ser questão material ou processual, conforme parágrafo único do art. 928 do CPC. Será incabível, todavia, a instauração do incidente na hipótese de um dos Tribunais Superiores, no âmbito da sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva.

Os legitimados ao pedido de instauração do incidente são o Juiz ou relator, as partes, Ministério Público e Defensoria Pública, sendo que o Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas hipóteses em que não for o requerente, e assumirá a titularidade da ação no caso de desistência ou abandono.

O Código de Processo Civil preocupou-se com a publicidade da instauração e julgamento dos incidentes, preceituando necessidade de criação de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, bem como determinou a manutenção de banco eletrônico de dados atualizados nos respectivos Tribunais e o registro eletrônico das teses jurídicas firmadas, que deverão conter os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados a fim de possibilitar a identificação dos processos a ela relacionados. Dessa forma, o banco de dados exigido pela lei processual se traduz em uma ferramenta de pesquisa capaz de auxiliar partes, advogados, juízes e estudiosos a encontrar os precedentes obrigatórios firmados em todo o país.

Segundo notícia publicada pelo CNJ em 23/05/2017[1], até referida data, 38 tribunais integravam a base eletrônica de dados: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, Alagoas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e do

[1] Esses dados constam em notícia do site do CNJ, com título "Banco de demandas repetitivas do CNJ tem mais de 2 mil temas", disponível em http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84823-banco-de-demandas-repetitivas-do-cnj-tem-mais-de-2-mil-temas Acesso em 03/04/2019.

Distrito Federal e Territórios, além dos Tribunais Regionais do Trabalho da 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 12ª, 13ª, 14ª, 17ª e 18ª Regiões. A referida notícia esclarece ainda que a alta taxa de adesão já permitiu, até a data da sua divulgação, o cadastramento de 2.159 Temas de Repercussão Geral, Recurso Especial Repetitivo, Grupos de Representativos, Controvérsias, Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidentes de Assunção de Competência. Com isso, 1.817.770 processos vinculados a temas de repercussão geral, recurso especial repetitivo, recurso de revista repetitivo ou incidente de resolução de demandas repetitivas foram suspensos em todo o Brasil. Especificamente em relação aos IRDRs admitidos pelos tribunais, à época da notícia já eram aproximadamente 21 mil feitos sobrestados.

Prosseguindo acerca da tramitação do incidente, previu o Código de Processo Civil, como consequência da admissão do incidente, que o relator determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos que tramitem no respectivo Estado ou região, comunicando-se aos órgãos jurisdicionais competentes, ressalvando-se expressamente que pedidos de natureza urgente no período da suspensão deverão ser dirigidos ao juízo onde tramita o processo suspenso. Previu-se ainda a possibilidade de ampliação da suspensão dos processos que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado para todo o território nacional, mediante pedido de qualquer dos legitimados do incidente, a ser dirigido ao Tribunal Superior competente para conhecer recurso extraordinário ou especial que esteja pendente.

Em fase de instrução processual, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, Ministério Público, com possibilidade de juntar documentos, requerer as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, realizar audiência pública para posterior solicitação, pelo relator, de data para julgamento.

O incidente terá preferência de julgamento sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus, julgamento que deverá ocorrer no prazo de 1 (um) ano, sendo que caso não ocorra o julgamento neste prazo ficará cessada a suspensão dos processos determinada inicialmente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Cada tribunal indicará em seu regimento interno o órgão competente para julgamento do incidente, preceituando o Código de Processo Civil que devera ser definido dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência do tribunal, devendo esse órgão competente julgar o incidente, fixar a tese jurídica e julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Julgado o incidente com fixação da tese jurídica esta deverá ser aplicada, sob pena de cabimento de Reclamação na forma da lei processual, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direitos e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, bem como aos casos futuros que se enquadrem nestas hipóteses de processos, ressalvados para os casos futuros a ocorrência da revisão da tese jurídica firmada que pode se dar de ofício pelo tribunal julgador ou mediante requerimento dos legitimados.

Pertinente neste ponto, destacar se o incidente compreenderá o julgamento da "causa", ou seja, do conflito subjetivo que levou à sua instauração, ou se apenas haverá a resolução pontual da questão de direito em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem resolução de conflitos subjetivos. Há divergência na doutrina.

Alexandre Câmara (2017, p.487), sobre esta indagação, elucida que além de dirimir a controvérsia quanto à questão de direito, "haveria, no incidente, a resolução do conflito subjetivo", caracterizando-se uma unidade cognitiva e decisória, referindo-se ao incidente como "causa-piloto".

O entendimento de que o IRDR decidiria uma causa-piloto é também defendido pelo ilustre Fredie Didier Junior (2017, Vol. 3, p. 677/678), que esclarece existir dois sistemas de resolução de causas repetitivas, o da "causa-piloto" (no qual o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais) e o da "causa-modelo" (no qual instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo uma causa a ser julgada) e que a legislação brasileira teria adotado o primeiro sistema, ante a previsão no Art. 978, parágrafo único do CPC, segundo o qual "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"; além disso, argumenta também sua posição no fato de que o incidente somente poderá ser instaurado desde que exista uma causa-piloto pendente no tribunal; e arremata sob o argumento de que não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais, que são estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal.

Por outro lado, parte da doutrina elucida que o procedimento moderno idealizado no Projeto de novo Código de Processo Civil revestir-se-ia de processo objetivo, no sentido de que não teria por escopo a resolução da lide individual na qual surge, mas sim a elaboração de uma "decisão quadro", de uma tese jurídica, aplicável às questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas idênticas (MENDES, RODRIGUES, 2012), de forma

que existiria uma cisão cognitiva com fixação da tese jurídica em abstrato sem resolução direta do caso concreto.

Esta é a posição da jurista Sofia Temer (2016, p. 68), segundo a qual "o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada [...]." e prossegue elucidando o entendimento de que "no incidente não haverá julgamento de 'causa-piloto', mas que será formado um 'procedimento-modelo".

A mesma posição de André Vasconcelos Roque, ao comentar o Art. 976 do Código de Processo Civil, esclarece que é mais adequado tratar o IRDR como procedimento-modelo, ante a possibilidade de prosseguimento do incidente mesmo após desistência ou abandono da causa a partir da qual foi instaurado, pois regra semelhante vigora para os recursos especial ou extraordinário repetitivos (art. 998, parágrafo único do CPC) e não se duvida que estes sejam exemplo de causa-piloto. No entanto não se pode ignorar que o IRDR decide apenas questões de direito, o recurso contra decisão de mérito do IRDR tem repercussão geral presumida e efeito suspensivo sem qualquer ressalva o que só faz sentido se o acórdão se referir apenas à fixação da tese jurídica, sem apreciação das questões específicas da causa a partir da qual fora iniciado. Além disso, esclarece que o parágrafo único do Art. 978 do CPC consiste apenas em regra de prevenção do órgão que apreciou o IRDR para o julgamento do recurso, remessa necessária ou processo do qual se originou o incidente. De forma prudente, sinaliza que trata-se de questão que será dirimida pela jurisprudência, ante a existência de bons argumentos jurídicos em ambos os lados da controvérsia doutrinária (ROQUE, 2017, p. 840).

Expostas as opiniões doutrinárias, entende-se que de fato a natureza objetiva do IRDR parece ser mais adequada em termos da sistemática processual para fins de viabilizar aplicação da tese jurídica às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a ampliação do debate e participação de interessados.

E em que pese o incidente se destine a solucionar questões de direito repetitivas, a fixação de teses jurídicas não faz absoluta desconsideração das situações fáticas, até mesmo ante a interligação entre fato e norma para compreensão do fenômeno jurídico. Os fatos essenciais para análise da questão de direito estarão presentes na resolução da controvérsia, como fatos pressupostos, projetados, generalizados (TEMER, p. 73).

Ao analisar sobre a natureza jurídica do IRDR, apesar da regulamentação do instituto estar inserida no Livro III do CPC ("Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais"), a doutrina de Marcos de Araújo Cavalcanti, afasta eventual natureza de recurso pelo fato de não se tratar de meio de impugnação, bem como por não estar incluído

no taxativo rol do art. 944 do CPC, já que no caso do incidente o que se tem é um pronunciamento prévio do tribunal competente acerca das questões comuns de direito tratadas nos milhares de processos suspensos. Da mesma forma, afasta-se natureza jurídica de ação, pois não envolve uma pretensão de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio, não versa sobre litígio, mas sim objetiva fixar tese jurídica a ser aplicável a casos concretos repetitivos. Conclui que o IRDR tem natureza jurídica de incidente processual coletivo, com todas as características de incidente processual presentes, quais sejam a acessoriedade, a acidentalidade, a incidentalidade, e nesta toada, sujeita-se obedecer o regime jurídico dos incidentes processuais, segundo o qual: a decisão proferida em seu bojo tem natureza jurídica de decisão interlocutória sujeita à preclusão; a instauração do IRDR e sua comunicação não suspendem a prescrição das pretensões individuais; o pedido de instauração não necessita observar os requisitos da petição inicial; as partes são intimadas e não citadas; não há condenação em honorários advocatícios; não cabimento de rescisória em face da decisão firmada no incidente etc (CAVALCANTI, 2016, Capítulo 4, p. 178, 179).

Ademais, doutrina de Sofia Temer explicita que o IRDR não é uma ação coletiva, pois as ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos tutelam diretamente situações concretas. Além disso, o caráter coletivo que se atribua ao já mencionado *Musterverfahren* do direito alemão, instituto inspirador do nosso IRDR, não se aplica ao nosso incidente, já que o instituto alemão não trabalha com a abstração de norma e fato de forma idêntica ao incidente brasileiro, além disso, o procedimento alemão não adota a lógica da formação de decisão com eficácia vinculante, mas sim o regime de coisa julgada limitando a aplicação da decisão aos casos pendentes ao tempo da sua prolação. A eficácia vinculativa da decisão é um dos elementos que distancia o IRDR do processo coletivo (TEMER, p. 97, 98).

Após o julgamento, preceitua a lei processual que será cabível recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, em face do julgamento de mérito do incidente, com efeito suspensivo, de forma que caso o mérito do recurso seja apreciado, a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

2. A controvertida constitucionalidade do Contraditório no IRDR

2.1 Generalidades sobre controvérsias doutrinárias do IRDR

Como já dito, pretende-se neste texto, de forma não exauriente, uma reflexão sobre aspectos controvertidos do incidente de resolução de demandas repetitivas no que tange a constitucionalidade do contraditório considerando a forma em que se encontra sistematizado pela legislação processual.

O IRDR possui outras críticas doutrinárias além desta relacionada ao contraditório, não sendo o escopo deste breve artigo debruçar sobre todas as hipóteses, todavia, antes de adentrar-se à questão do contraditório propriamente dita, é de se mencionar controvérsias relevantes para fins de futura reflexão mais aprofundada.

A doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves (2013) acusa o instituto ora estudado de tornar o precedente mais forte do que a norma legal e por isso violar o princípio da separação dos Poderes, criando-se uma subordinação hierárquica entre os juízes prejudicando o princípio da independência do julgador. A doutrina de Julio César Rossi (2012, p. 234), a seu turno, diz não existir amparo constitucional para a eficácia vinculante da decisão proferida no incidente, que se equipara à força das súmulas vinculantes.

De ser mencionada também a controvérsia acerca da exigência de que exista, ou não, uma causa pendente no tribunal para que o IRDR seja admitido. A doutrina de André Vasconcelos Roque (2016, p. 844) destaca essa controvérsia destacando que o Enunciado 344 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis) diz que "a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal", ilustra que essa posição é a do jurista Daniel Amorim Assumpção Neves; em sentido contrário, esclarece que o Enunciado 22 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado), preceitua que "a instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal", e indica que nesta última posição encontra-se a jurista Sofia Temer. Arremata com sua conclusão, no sentido de que não parece que a lei imponha o requisito da existência de causa pendente no tribunal para admissão do IRDR.

A doutrina ainda apresenta possíveis inconstitucionalidades do instituto no que se relaciona a suposta violação do direito de ação ante a ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento coletivo, e também violação ao sistema de competências constitucional com a aplicação da tese jurídica fixada no IRDR aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015).

A crítica do ilustre jurista Zulmar Duarte de Oliveira Junior (2017), se dá no sentido de que sendo a pedra de toque do IRDR a uniformização da jurisprudência a eficácia de tal intento ficaria submetida ao alvitre das partes, pois, caso o incidente seja resolvido no

Tribunal sem recurso ao STJ ou STF, não seria dotado de eficácia em todo território nacional (art. 987, §2 do CPC), relegando a sua motivação precípua de uniformização da jurisprudência e segurança jurídica ao arbítrio recursal das partes. Discorre sobre o risco de decisões conflitantes entre diferentes incidentes sobre o mesmo tema em diferentes tribunais, a comprometer a uniformidade e força normativa do Direito, sugere que o ideal seria que a legislação previsse a instauração do incidente diretamente no STJ com eficácia nacional da decisão, e também, que em caso de coincidência de IRDR sobre o mesmo tema em diferentes tribunais, que o tribunal prevento decidisse a questão com eficácia nacional, evitando-se a quebra da isonomia e incerteza jurisprudencial. Trata-se de reflexão crítica da máxima relevância.

Não se objetiva neste artigo defender a completa inconstitucionalidade do instituto, mas realizar reflexão que seja útil a uma aplicação constitucionalmente adequada, analisando-se mais detidamente, após esta breve exposição geral das controvérsias indicadas pela doutrina, sobre as críticas realizadas precisamente à sistemática do contraditório.

2.2 Do contraditório no IRDR

A previsão da legislação processual acerca do contraditório no IRDR está contida no Art. 983 do Código de Processo Civil.

A crítica que se realiza ao contraditório do IRDR consiste na ausência de previsão no Código de Processo Civil do controle judicial da adequada representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo.

Como já dito neste texto, segundo a exposição de motivos do CPC, o IRDR brasileiro teria sido inspirado no *Musterverfahren* alemão, todavia, não guarda semelhanças com o instrumento tedesco. Diversamente do que ocorre no incidente brasileiro, o instituto alemão assegura maior segurança jurídica pois prevê uma espécie de controle da representatividade do autor-principal no procedimento-modelo, por meio de uma escolha-eleição dos representantes. No Brasil inexiste qualquer controle, problema que já existe na seleção do recurso especial ou extraordinário paradigma para o qual irá ser submetido ao regime do CPC, arts. 543-B e 543-C (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p. 221-242).

Além de não trazer previsão acerca do controle da representatividade adequada, o CPC/2015 prevê que a decisão de mérito proferida no incidente processual deve alcançar

vinculativamente todos os processos repetitivos, seja a decisão favorável ou desfavorável (eficácia vinculante *pro et contra*).

Essa sistematização do CPC viola a cláusula do devido processo legal e o princípio do contraditório. Afinal, prevê a Constituição Federal no art. 5º, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", e no inciso LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Assim, ao estipular que mesmo a decisão desfavorável atingirá todos os processos vinculados como repetitivos ao incidente e inclusive a causas futuras sobre a mesma questão de direito, sem assegurar uma forma de controle judicial da representatividade de todos os interessados, caracteriza-se flagrante inconstitucionalidade por ferir o devido processo legal e contraditório. O incidente de resolução de demandas repetitivas, "[...] embora dotado da elogiosa ambição de dar otimização à resolução das demandas, viola o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz" (MARINONI, 2015, p. 141).

Como sugestão ao problema da inconstitucionalidade aqui apontada, Marinoni (2016, p. 48-50) indica dois caminhos possíveis. O primeiro consideraria como representantes adequados para o IRDR aqueles legitimados, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública, para as ações coletivas. Outra opção seria a realização do controle da representatividade nos casos concretos, de modo que os litigantes excluídos poderiam questionar a representação pela parte e o controle seria exercido pelo tribunal, que teria o dever de averiguar as conjunturas do caso e a capacidade da parte e do advogado.

O controle da representatividade adequada no IRDR é uma necessidade para fins de respeitar-se a cláusula do devido processo legal, cabendo ser controlado se os advogados e as partes representativas têm condições técnicas, morais, financeiras etc. de agir em juízo na defesa das posições jurídicas relacionadas às questões jurídicas discutidas nas demandas repetitivas, considerando a eficácia vinculante da tese a ser fixada (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p. 221-242).

Aliás, esse controle judicial da representatividade deverá ser realizado mesmo sem previsão específica no Código de Processo Civil, fundado na Constituição Federal, conforme demonstra a doutrina (CABRAL, 2014, p. 202), no sentido de que "[...] o órgão julgador tem o dever de realizar o controle da representação adequada, independentemente de lei que autorize, valendo-se da cláusula constitucional do devido processo legal" (GIDI *apud* MACHADO, 2016, p. 212). A avaliação do processo originário pelo tribunal, no momento da admissibilidade, teria por escopo a inadmissão da instauração do incidente ou a correção da

escolha, o que contribuiria à redução da deficiência no tocante às garantias processuais (CABRAL, 2014, p. 206).

O modelo constitucional brasileiro implica que o direito processual civil deve ser derivado da Carta Magna (BUENO, 2013, p. 68), nesse sentido, "As linhas fundamentais de um Código de Processo Civil só podem ser buscadas na própria ideia de Estado Constitucional e no modelo constitucional de nosso processo civil" (MITIDIERO *apud* MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 15), de forma que se espera que estas reflexões sobre o contraditório no IRDR possam contribuir para a evolução legislativa, ou ao menos que na prática a interpretação da legislação processual seja realizada à luz das garantias constitucionais, preservando-se a representatividade adequada com fundamento no devido processo legal e efetivo contraditório.

3. Análise empírica quanto ao contraditório nos incidentes do TJSP

Expusemos ser obrigação constitucional do judiciário a realização do controle da representatividade adequada no IRDR, com fundamento no devido processo legal, assegurando-se o contraditório.

Pretende-se neste ponto do texto analisar como tem ocorrido essa questão na prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo mediante a análise dos incidentes 26 admitidos por referido tribunal conforme divulgação em sua página na internet[2], que seguem examinados.

3.1 Análise específica de casos: IRDRs de Tema 1 ao Tema 26 admitidos pelo TJSP

O Tema 1, IRDR nº 2059683-75.2016.8.26.0000 foi ajuizado no primeiro dia de vigência do Código de Processo Civil de 2015, 18 de março de 2016. Refere-se a definir se a majoração legal do limite de garantia do Fundo Garantidor de Crédito – FGC seria ou não aplicável aos consumidores interessados. O suscitante era um consumidor interessado. Foi fixada a tese jurídica defendida pelo suscitado (fls. 355-397). No que tange ao contraditório, não foi realizado nenhum controle da adequação da representatividade, não houve audiência pública e nem mesmo intimação de órgãos, entidades ou associações de consumidores. Processo no STJ para julgar Recurso Especial.

[2] Até o acesso realizado no dia 05/04/2019 existiam 26 IRDRs na lista dos incidentes admitidos no TJSP. http://www.tjsp.jus.br/Nugep/Irdr

O Tema 2, IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000 (Turma Especial – Direito Público) versa sobre aprovado para Postos de Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) da Polícia Militar de São Paulo em caráter temporário. Sobre o contraditório, relevante ponderar: não foi realizado nenhum controle da adequação da representatividade, não houve audiência pública e nem mesmo intimação de órgãos, entidades ou associações de policiais militares. As fls. 279 se requereu audiência pública, que não fora designada. Trânsito em julgado do Acórdão (fls. 562) que fixou a tese jurídica favorável aos Policiais Temporários, mas, às fls. 566-573 consta pedido de revisão da tese jurídica formulado pelo Estado de São Paulo, do dia 01/04/2019.

O tema 3, IRDR nº 2121567-08.2016.8.26.0000 (Turma Especial – Privado 2), se refere a IRDR ajuizado pelo Banco Santander S/A com a finalidade de ser fixada tese sobre a possibilidade ou não de ser ajuizada ação de prestação de contas pelo correntista bancário sem indicação concreta dos lançamentos que pretende questionar. A análise do contraditório: nenhum órgão, entidade ou associação de consumidores foi intimado ou se manifestou nos autos. O despacho de fls. 70-71 determinou intimação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional. Manifestaram-se nos autos o Banco do Brasil S/A (fls. 75-81), a Febraban – Federação Brasileira de Bancos (fls. 421-436), o Banco Central do Brasil (fls. 782-800), e a parte requerida na ação escolhida para originar o incidente (fls. 808-817). Às fls. 839-859 foi proferido Acórdão fixando a tese jurídica da instituição financeira suscitante, com trânsito em julgado certificado às fls. 867 dos autos.

O tema 4, IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000 (Turma Especial – Privado 1), foi suscitado via ofício do Juízo da 5ª Vara Cível de Piracicaba-SP e teve por objeto 09 itens referentes aos requisitos e efeitos do atraso de entregas de unidades autônomas em construção aos consumidores compradores. No que tange ao contraditório neste processo, verifica-se que não houve um efetivo controle da representatividade adequada, mas, é de se destacar que a decisão de admissibilidade de fls. 243-254, determinou a publicação de editais, intimação da parte do processo que deu origem ao incidente, do PROCON, sindicado SECOVI, Comissão de Direito Imobiliário da OAB. O processo encontra-se no STJ para julgar Recurso Especial.

O Tema 5, IRDR Nº 2151535-83.2016.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se à incorporação de adicional a salário de policial militar. Com relação ao contraditório neste IRDR, observou-se que o despacho de fls. 420-421 determinou apenas manifestação do suscitado, nos termos do art. 9º e 218, § 1º do CPC. Às fls. 484-491 foi fixada tese jurídica parcial ao pedido, com trânsito em julgado as fls. 500, sem que tivesse sido realizada audiência pública, intimação ou manifestação de entidades de classe, órgãos ou associações, ou mínima conferência judicial acerca da adequada representatividade para o incidente.

O Tema 6, IRDR nº 0055880-21.2016.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se à reenquadramento de servidores do município de Cubatão-SP. Trata-se de processo julgado, com fixação de tese e transito em julgado, processo físico já arquivado. Pela análise dos andamentos do sistema do TJSP quanto ao contraditório, não consta realização de audiência pública ou intimação de órgãos, entidades ou associações interessadas, ou indício de conferência judicial sobre a adequada representatividade das partes.

O Tema 7, IRDR nº 0056229-24.2016.8.26.0000 (Turma Especial – Público), refere-se à inclusão do premio de incentivo no cálculo dos benefícios do servidor estadual. Houve julgamento com fixação de tese jurídica e transito em julgado, processo físico já arquivado. Pela análise dos andamentos do sistema do TJSP quanto ao contraditório, não consta realização de audiência pública ou intimação de órgãos, entidades ou associações interessadas, ou indício de conferência judicial sobre a adequada representatividade das partes.

O Tema 8, IRDR nº 2210494-47.2016.8.26.0000 (7º Grupo de Direito Público), refere-se à análise de ser devida ou não a taxa de remoção de lixo no município de São Caetano do Sul-SP. A tese jurídica fixada foi a favor da cobrança da taxa, contrária à pretensão do suscitante. No que tange ao contraditório, não foi realizado nenhum controle da adequação da representatividade, não houve audiência pública e nem mesmo intimação de órgãos, entidades ou associações de consumidores ou munícipes de São Caetano do Sul-SP.

O Tema 9, IRDR Nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se à cobrança de ICMS sobre TUSD e TUST nas faturas de energia elétrica, tendo como suscitante o Estado de São Paulo. Todavia, apesar de admitido o processamento, houve suspensão deste incidente ante a afetação ao Tema 986 do STJ.

O Tema 10, IRDR Nº 0034345-02.2017.8.26.0000 (Turma Especial – Público), refere-se à sistema remuneratório e benefícios de servidor público do Magistério da Secretaria Estadual da Educação. Aguarda-se julgamento de Recurso Extraordinário. Quanto ao contraditório: as fls. 239-330 determinou-se a publicidade nos termos do CPC, intimação das partes, do MP e prazo de 15 dias para manifestação de eventuais interessados. Não houve controle judicial acerca da representatividade dos suscitantes.

O Tema 11, IRDR Nº 0043940-25-2017.8.26.0000 (Turma Especial – Privado 1), refere-se à reajuste do contrato coletivo de Planos de Saúde, direito do consumidor. O Acórdão de mérito que fixou tese jurídica foi publicado em 22/02/2019, aguarda-se o trânsito em julgado. Com relação ao contraditório: Neste processo também não houve controle judicial acerca da representatividade das partes. Todavia, de forma diversa de outros

processos, houve determinação para oitiva de entidades relacionadas à questão (Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), do Instituto de Estudos em Saúde Suplementar - IESS, da Federação Nacional de Saúde Suplementar – FENASAUDE, OAB/SP), inclusive de defesa do consumidor (do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, do Procon, da Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), no trecho de fls. 363 do Acórdão de admissibilidade do incidente.

O Tema 12, IRDR Nº 0025690-41.2017.8.26.0000 (Turma Especial – Público), refere-se a abono de transferência para servidores do município de Piracicaba-SP. Teve tese jurídica fixada e aguarda julgamento de Recurso Especial e Extraordinário. Com relação ao contraditório: Neste processo também não houve controle judicial acerca da representatividade das partes. Todavia, de se ressaltar que houve participação da Associação dos Funcionários Públicos Municipais de Piracicaba (fls. 746/767), Sindicato dos Trabalhadores Municipais de Piracicaba, São Pedro, Águas de São Pedro, Saltinho e Região (fls. 777/778), que foram admitidos no processo como "*amicus curiae*", nos termos do art. 138, "caput", do Código de Processo Civil de 2015. Admitiu-se ainda o ingresso no feito de interessados individuais. Indeferiram-se os requerimentos de realização de audiência pública, sob a justificativa de se tratar de matéria unicamente de direito cujos argumentos poderia ser apresentados por meio de petição escrita.

O Tema 13, IRDR Nº 2187472-23.2017.8.26.0000 (Turma Especial – Público), refere-se à multa de trânsito, condutor não identificado quando autuado pessoa. Acórdão de mérito que fixou tese jurídica aguarda trânsito em julgado. Com relação ao contraditório: Não houve controle judicial sobre ser adequada a representatividade das partes. O despacho de admissão do incidente (fls. 129/139) não determinou a intimação de nenhuma entidade, órgão ou associação relacionada ao tema, apenas ordem para intimação das partes, Ministério Público, e despacho padrão para se aguardar o prazo de manifestação de eventuais interessados. Todavia, manifestaram-se nos autos a EMDEC – Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas S/A (fls. 148-160), interessados pessoas físicas (fls. 204-227 e 343-363), Municipalidade de São Paulo (fls. 243-254), EMDURB – Empresa Municipal de Desenvolvimento Urbano e Rural de Bauru (fls. 272-290), Município de Jundiaí-SP (fls. 292-294), CET Companhia de Engenharia de Tráfego de Santos (fls. 299-309), TRANSERP Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A (fls. 400-447), Município de Guarulhos-SP (fls. 454-458), SINDLOC/SP Sindicato das Empresas Locadoras de Veículos Automotores do Estado de São Paulo (fls. 863-867).

O Tema 14, IRDR Nº 0054174-66.2017.8.26.0000 (Privado 1), refere-se à ao requisito contribuição para que ex-empregado faça jus a manter-se como beneficiário de Pano de Saúde coletivo mantido pela ex-empregadora, tendo sido suscitado via ofício judicial do próprio Tribunal. Todavia, apesar de admitido o processamento, houve suspensão deste incidente ante a afetação ao Tema 989 do STJ. Sobre o contraditório, relevante ponderar que na decisão de admissibilidade (fls.295) determinou-se oitiva das partes do processo no qual interposto o recurso paradigma (Processo Eletrônico nº 1010627-24.2016.8.26.0604), oitiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), do Instituto de Estudos em Saúde Suplementar - IESS, da Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAUDE, da Fundação PROCON - SP, do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, da Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, e da OAB/SP (em particular, comissão permanente de direito do consumidor e comissões especiais de direito à saúde e estudos sobre planos de saúde e assistência médica).

O Tema 15, IRDR Nº 0026150-28.2017.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se à compensação de débitos tributários com precatórios vencidos. Tese jurídica fixada se aguarda o trânsito em julgado. Contraditório: A decisão judicial de admissão (fls. 220-230) determinou suspensão dos processos pendentes e intimação do Ministério Público e as fls. 248 às partes e eventuais pessoas e órgãos interessados sem intimação específica. Também não houve controle judicial da representatividade das partes envolvidas no incidente.

O Tema 16, IRDR Nº 0036675-69.2017.8.26.0000 (Turma Especial - Pública), refere-se à cartão de alimentação concedido pelo município de Dracena-SP a seus servidores e a possibilidade de incorporação ou não para outras vantagens. Tese jurídica fixada, ainda não ocorrido trânsito em julgado. Contraditório: A decisão judicial de admissão (fls. 228-245) determinou suspensão dos processos pendentes e intimação do Ministério Público e as fls. 248 às partes e eventuais pessoas e órgãos interessados sem intimação específica. Também não houve controle judicial da representatividade das partes envolvidas no incidente.

O Tema 17, IRDR Nº 0037860-45.2017.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se a Competência do Juizado Especial e consideração do valor da causa em litisconsórcio ativo. Tese jurídica ainda não julgada. Contraditório: Determinou intimação do Ministério Público e às partes e eventuais pessoas e órgãos interessados sem intimação específica. Não houve suspensão dos processos. Não houve controle judicial da representatividade das partes envolvidas no incidente.

O Tema 18, IRDR Nº 2052404-67.2018.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se ao interesse de ajuizar para ajuizamento de ação de cobrança decorrente de mandado de segurança coletivo. Tese jurídica fixada, aguarda-se trânsito em julgado. Contraditório: neste caso o pedido de instauração do incidente foi acompanhado de Parecer Jurídico de autoria do ilustre jurista Cassio Scarpinella Bueno, o que faz presumir que a representatividade do suscitante é legítima, em que pese não tenha havido controle judicial expresso sobre representatividade adequada das partes. Determinou-se às fls. 541-551 intimação do Ministério Público e às partes e eventuais pessoas e especificamente a ciência da Fazenda Paulista e da SPPREV – São Paulo Previdência, que se manifestaram as fls. 565-574.

O Tema 19, 2243516-62.2017.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se a Definição da base de cálculo do ITBI. Tese jurídica ainda não julgada, adiando por pedido de vista. Contraditório: Trata-se de incidente suscitado por particular via petição, pessoa jurídica de direito privado interessada. Às fls. 30 o Município de São Paulo se habilitou como interessado. No despacho de fls. 101, determinou-se apenas intimação do Ministério Público. E as fls. 107 determinou-se encaminhamento à Mesa para julgamento, que foi interrompido ante o pedido de vistas conforme fls. 109-110. Não existiu nenhum controle de adequação da representatividade, e nem sequer ordem genérica para manifestação de eventuais interessados antes de ser iniciado o julgamento.

O Tema 20, IRDR Nº 0043917-79.2017.8.26.0000 (Turma Especial de Direito Privado), refere-se cálculo da fatura de água e esgoto pela SABESP. Tese jurídica firmada aguarda-se trânsito em julgado. Contraditório: Às fls. 13 manifestou-se Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp; as fls. 21, Estado de São Paulo requereu sua admissão como *amicus curiae*; as fls. 526-560 a Defensoria Pública do Estado de São Paulo; A decisão de admissão do incidente (fls. 58-75) determinou intimação do Ministério Público e às partes e eventuais pessoas e órgãos interessados sem intimação de órgão ou entidade específica. Não houve controle judicial da representatividade das partes envolvidas no incidente.

O Tema 21, IRDR Nº 0007951-21.2018.8.26.0000 (Turma Especial – Público), refere-se a Aposentadoria Especial, Policial Civil, Paridade e Integralidade. Contraditório: incidente suscitado com base em mandado de segurança individual. A admissibilidade do incidente ocorreu na decisão de fls. 814/826 sem ordem de intimação específica para contraditório. Contraditório: Verifica-se que não houve nenhum controle judicial sobre a adequada representatividade para o incidente. Houve participação de diversas entidades e

particulares (fls. 162-166, 219-241, 335-352, 389-342, 451-454, 743-749), que ingressaram nos autos por iniciativa própria.

O Tema 22, 2117375-61.2018.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se a Incorporação dos Décimos à Servidora da Secretaria da Educação. Tese jurídica fixada, aguarda-se trânsito em julgado. Contraditório: incidente suscitado por servidora interessada. Admitiu-se as fls. 352, como *amicus curiae*, o ingresso do SIFUSPESP – Sindicato dos Funcionários do Sistema Prisional do Estado de São Paulo. Proferiu-se despacho de intimação dos demais interessados sem indicação de entidade específica. Não realizado nenhum controle judicial da adequação da representatividade das partes.

O Tema 23, 0030554-88.2018.8.26.0000 (Turma Especial - Público), refere-se à Extinção de classes do cargo de Delegado de Polícia. Tese jurídica ainda não julgada. Contraditório: Por iniciativa própria entidades interessadas ingressaram no feito, as fls. 233-234, as fls. 296-304, que as fls. 344 foram admitidas como *amicus curiae*. Proferiu-se despacho de intimação dos demais interessados sem indicação de entidade específica. Não realizado nenhum controle judicial da adequação da representatividade das partes.

Os temas 24, 25, 26, estão em fase inicial de admissão, tendo sido ajuizados no segundo semestre de 2018, e não permitem no presente momento relevante análise acerca do contraditório.

3.2 Resumo da análise empírica realizada

Foram considerados na análise de casos acima demonstrada os 26 IRDRs informados na página eletrônica do TJSP como admitidos até à data de acesso realizado (vide nota de rodapé n. 2 anterior). Deste total, três não foram objeto de análise do contraditório por estarem em fase inicial de processamento (Temas 24, 25 e 26).

O objetivo era analisar se estava sendo assegurado o contraditório, mediante controle judicial da representatividade adequada proposto pela doutrina apresentada neste artigo, segundo a qual se trata de obrigação constitucional decorrente da observância do devido processo legal, todavia, o que se confirmou é que em todos os casos não existiu nenhum controle judicial efetivo sobre ser adequada a representatividade.

No Tema 3, foi fixada tese jurídica desfavorável aos consumidores de serviços bancários, com eficácia vinculante já aplicável, sem ter sido determinada a manifestação de nenhum órgão ou entidade de defesa dos consumidores, apenas entidades do sistema financeiro se manifestaram nos autos.

Nos Temas 4, 11, 14 e 18, decisões judiciais indicaram entidades interessadas específicas que deveriam ser intimadas do incidente.

Mas na maioria dos processos, Temas 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 15, 16, 17, 19, as decisões judiciais eram genéricas, no sentido de se aguardar o decurso do prazo para eventual manifestação de interessados, que não ocorreram.

E com relação aos Temas 12, 13, 20, 21, 22 e 23 também não houve ordem judicial para intimação de entidades específicas, todavia, nestes processos entidades ingressaram voluntariamente para acompanhamento processual.

Portanto, concluímos que a deficiência da lei processual, que não previu uma ferramenta efetiva de contraditório e representatividade dos indivíduos que serão atingidos pelo efeito vinculante da tese jurídica a ser firmada no IRDR, na prática, não tem sido suprida pela atuação fundada na regra constitucional do devido processo legal, o que torna de alta relevância o aprofundamento dos debates e a continuidade das pesquisas sobre o presente tema.

CONCLUSÃO

Conforme bem demonstrado, a inovação consistente na criação do incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Código de Processo Civil de 2015 representa um avanço rumo a tornar o ordenamento jurídico mais próximo da realidade e das necessidades da sociedade de massa, visando contribuir para a resolução dos conflitos repetitivos.

Todavia, conforme se demonstrou, existe a necessidade de reflexão, pesquisas e debates visando o seu aprimoramento quanto à ocorrência das inconstitucionalidades apontadas pela doutrina, para que esse objetivo legislativo não venha criar novos problemas e violar garantias constitucionais.

A análise realizada neste trabalho expôs que deverá existir um controle da adequada representatividade daqueles sujeitos que estão ausentes do IRDR, mas que serão atingidos pela eficácia vinculante da tese jurídica que será firmada, em respeito ao devido processo legal e ao contraditório. Apresentaram-se ainda resultados de pesquisa empírica que teve por objeto os 26 incidentes admitidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual se constatou grave violação ao efetivo contraditório e inexistência de controle judicial da adequada representatividade das partes, pelo que se conclui salientando a importância de aprofundamento nos debates e pesquisas acerca do aprimoramento deste relevante instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo. vol. 240. Ano 40. p. 221–242. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, fev. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. vol. 231. ano 39. p. 221–242. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, mai. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL Antonio do Passo; CRAMER. Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1420.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Liebman, 2016, Capítulo 4, p. 178-179.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidente de competência originária de tribunal. 14. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. Revista de Processo, a. 38, v. 222, ago. 2013, p. 227.

MACHADO, Daniel Carneiro. A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional / Daniel Carneiro Machado. 2016. 319 p. Tese (doutorado em Diretito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: Acesso em:

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. Revista dos Tribunais. vol. 962. ano 104. p. 131-151. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUEZ Roberto de Aragão 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.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo CPC e a necessidade de sua restruturação. Migalhas de Peso, 20/11/2013.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo, a. 37, v. 208, jun. 2012, p. 234.

ROSSI, Júlio César. Incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo CPC: das inconstitucionalidades às inadequações. Curitiba: Juruá, 2016. E-Book. ISBN v. digital 978-85-362-6095-2.

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