

O “GRANDE JOGADOR” - COMO ATUA O JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA

THE “GREAT PLAYER”: HOW THE BRAZILIAN COURTS MANAGE THE REPETITIVE LITIGATION

Paulo Eduardo Alves da Silva

Professor Associado na Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.
Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito/Universidade de São Paulo.
E-mail: pauloeduardoalves@usp.br

Natália Batagim de Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP).
Membro do Observatório Brasileiro de IRDR.
E-mail: natalia.batagim@gmail.com

Recebido em: 16/07/2020

Aprovado em: 22/04/2021

RESUMO: Este trabalho questiona o papel do Poder Judiciário no tratamento da litigiosidade repetitiva pela análise da sua atuação nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (“IRDR”). A partir da teoria da tipologia dos litigantes, de Marc Galanter, e do ideário de acesso à justiça, a postura dos tribunais brasileiros é analisada em dois momentos específicos do funcionamento do IRDR: na (eventual) aferição da representatividade adequada dos legitimados para suscitar o IRDR e na avaliação da qualidade da participação de interessados na formação do contraditório. Com suporte em dados empíricos sobre os IRDR, o artigo conclui que os tribunais adotam comportamento estratégico ao lidarem com o instrumento, priorizando a gestão do volume de processos em detrimento dos mecanismos participativos previstos no seu procedimento. Com isso, assumem um papel de “player” da litigância judicial, aproximando-se dos demais litigantes, ainda que sob condições diferenciadas.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Litigiosidade Repetitiva. IRDR.

ABSTRACT: This paper analyzes the role played by the Brazilian Courts in the management of repetitive litigation, specially during the procedure called “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (“IRDR”). Based on the typology of litigants, by Marc Galanter, and on the idea of access to justice, the Brazilian Courts’s conduct is analyzed in two specific moments: first, in the (eventual) assessment of the legitimate’s appropriate representation and then, in the evaluation of the participation’s quality, in order to guarantee the contradictory. Based on empirical data about IRDRs, this article concludes that the courts adopt strategic behavior when dealing with the IRDR, prioritizing the management of the case’s volume over to the participatory mechanisms provided by the legal procedure. This way, the Courts assume a role as a very important player in judicial

litigation, approaching the other litigants, even under different conditions.

Keywords: Repetitive litigation. Repetitive player. IRDR.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A tipologia dos litigantes como chave de leitura para a administração judicial da litigiosidade repetitiva. 2 Vulnerabilidades do IRDR em termos de “acesso à justiça”. 3. A gestão da Justiça pelo IRDR - o comportamento estratégico dos tribunais. 4. Acesso à justiça pelos IRDR - representatividade, publicidade e participação de interessados. Considerações conclusivas. Referências.

INTRODUÇÃO

Visto como a grande aposta do Código de Processo Civil de 2015, o IRDR foi apresentado à comunidade jurídica como uma ferramenta apta a lidar com o alto volume de processos que abarrotam os tribunais – frequentemente atribuído ao fenômeno que se convencionou chamar de “litigiosidade de massa” ou “litigiosidade repetitiva”. No debate que se formou em torno da novidade, questionou-se sobretudo sua aptidão a viabilizar a participação de todos os envolvidos no processamento e julgamento do IRDR (ASPERTI, 2018, p. 162-163; ALVES DA SILVA, 2018, p. 272).

Em termos práticos, o IRDR permite que o próprio tribunal - por meio dos seus juízes e relatores -, eventuais partes em processos pendentes e instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, ao identificarem uma multiplicidade de demandas que contenham uma questão *predominantemente* jurídica e controvertida, requeiram a aplicação da técnica, que, em sendo admitida, culminará em uma decisão sobre a aludida questão com efeitos vinculantes a todos os processos que versem sobre ela, presentes e futuros (CPC, arts. 976 e ss).

Um dos principais argumentos invocados para admitir esse instituto na sistemática processual brasileira era o de fornecer um mecanismo adequado de gestão processual, fundado nos pilares da segurança jurídica, da isonomia e da razoável duração do processo (TEMER, 2017, p.39), que permitisse a aplicação de soluções jurídicas uniformes para questões controvertidas¹.

Em relação à isonomia e à segurança jurídica, o IRDR responde a críticas feitas à chamada “jurisprudência lotérica”, em que uma questão jurídica é decidida de maneira diversa por diferentes tribunais ou mesmo internamente, pelos seus membros (CAMBI, 2001, pp. 112-114), fazendo com que conflitos similares recebam solução variada dos órgãos responsáveis por julgá-los.

A disparidade no tratamento dispensado a conflitos substancialmente iguais é considerada uma incoerência do sistema de justiça brasileiro, criticada sobretudo pelos menos familiarizados com seu funcionamento. Trata-se de uma deficiência considerada grave, que contribui sensivelmente com a sensação geral de injustiça do sistema.

¹Pelo menos esse foi o objetivo expressamente declarado na Exposição de Motivos do Código, que elencou a uniformização da aplicação do direito ao caso concreto, a redução do tempo de espera até a prolação de um provimento jurisdicional e a diminuição do volume do trabalho dos tribunais como as principais vantagens da adoção desse novo instituto. Nesse sentido: “Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo). Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”. (BRASIL, 2010)

O problema não é novo e, nos últimos tempos, as técnicas de uniformização de jurisprudência têm sido consideradas a solução mais adequada (CAMBI, 2001). A proposta de um mecanismo como veio a ser o IRDR, especificamente, ganhou força nos debates em torno do Anteprojeto de Código de Processo Civil entre 2010 e 2015. Se, por si só, a falta de tratamento isonômico já era considerada um obstáculo à realização da justiça e, portanto, um motivo para alterações legislativas, a constatação de que ela poderia gerar um aumento exponencial do volume de recursos contra decisões judiciais conflitantes² trouxe o determinante apoio dos tribunais à proposta.

Segundo se argumentou à época, o IRDR contribuiria para o “desafogamento” da atividade jurisdicional na medida em que autoriza o relator a negar provimento aos recursos que contrariarem a tese jurídica (art. 932, IV, “c”); suprime a remessa necessária nos casos que encontram suporte no entendimento firmado pela via do IRDR (artigo 496, §4º, III); e permite, já no início do processo, o indeferimento liminar do pedido fundado em tese jurídica que contraria aquela fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 332, III).

Há semelhanças entre o IRDR e outras técnicas com função similar, especialmente no que tange à obrigatoriedade da aplicação do entendimento firmado pelo tribunal nos casos concretos, ainda que o órgão julgador discorde da interpretação fixada. Existem, todavia, diferenças técnicas na utilização desses mecanismos, a começar pela possibilidade de o IRDR ser suscitado pelas próprias partes dos processos ou por instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, o que não acontece nos recursos repetitivos, cuja afetação está reservada à iniciativa dos próprios tribunais.

Somadas a particularidades procedimentais, as diferenças do IRDR em relação a outros mecanismos de uniformização de jurisprudência poderiam sugerir que, diferentemente desses, o IRDR também fora pensado para viabilizar a participação dos usuários do sistema de justiça no processo de tomada de decisões, reforçando o aspecto democrático do Código de Processo Civil de 2015 e o princípio, nele insculpido, de correspondência à matriz constitucional do processo (CPC, art. 1º) (NUNES; BAHIA, 2015).

Por outro lado, aspectos do desenho normativo do IRDR indicam que sua real preocupação não seria a de garantir uma maior participação dos jurisdicionados no processo de tomada de decisão, mas a de fornecer mecanismos adequados de gestão processual aos próprios tribunais. Exemplo disso são os efeitos vinculantes automáticos àqueles que não tiveram oportunidade de integrar o contraditório antecedente à fixação da tese jurídica, sem margem para discussão, ou sem dar aos jurisdicionados a possibilidade de optarem por não se vincular ao entendimento fixado (*right to opt out*), conforme preceitua o artigo 985, I e II.

Apesar de não existir demonstração de causalidade entre o crescimento das demandas similares e um incremento qualitativo do acesso da população à Justiça (ALVES DA SILVA, 2018, p.32), o legislador optou pela estratégia de mitigar as possibilidades de o jurisdicionado acionar o Poder Judiciário e de participar do processo de tomada de decisões como forma de reduzir a litigiosidade repetitiva³.

Este artigo analisa o papel do Judiciário na administração da litigiosidade repetitiva a partir das características e dos aspectos envolvidos no funcionamento do IRDR, pela perspectiva metodológica do ideário de acesso à justiça. Para tanto, dois objetos são observados: a própria

² Um estudo desenvolvido na PUC-RS e coordenado por Pereira dos Santos Filho e Luciano Benetti Timm, integrante das pesquisas encomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça sobre as demandas repetitivas, conseguiu evidenciar que a jurisprudência lotérica seria um dos principais motivadores para a interposição de recursos. Para maiores informações, vide SANTOS FILHO; TIMM, 2011.

³ O que, infelizmente, não é novidade na política legislativa do país. Segundo avalia ROCHA (1997, pp. 143-144), “[e]sse tem sido um triste ponto repetido em nossa história: sempre que cresce a cidadania, e isso implica desempenho igualmente maior por parte do Estado, ao invés de repensar-se o Estado em sua forma de atuação, de modo a alargá-lo para atender à demanda social, procura-se, sempre, manter a mesma estrutura do Estado e (para fazer face à “crise” provocada pelo aumento da demanda) diminuir o cidadão. Isso não é solução de crise. Isso é extermínio de direitos”

ferramenta desenhada pelo legislador para lidar com o problema da litigiosidade repetitividade - o IRDR, no caso; e o retrato empírico da sua utilização no sistema judicial brasileiro.

A análise proposta demanda a adoção de aportes teóricos que permitam identificar os atores envolvidos na litigância judicial e compreender aspectos de sua participação e as suas estratégias de atuação.

Uma das mais referenciadas teorizações nessa questão é a tipologia dos litigantes de Marc Galanter, elaborada em 1974 e reaplicada em larga escala na análise do funcionamento do sistema de justiça de vários países, inclusive do Brasil. Galanter distingue os atores que estão sempre em contato com as estruturas formais de solução de conflitos ("jogadores repetitivos") daqueles que apenas raramente acionam esses mecanismos ("participantes habituais"), descrevendo uma série de vantagens dos primeiros em face dos segundos.

Neste texto, a tipologia dos litigantes de Galanter é adotada não apenas para descrever o comportamento das partes, mas para questionar o papel do Poder Judiciário como um dos atores envolvidos na administração da litigiosidade repetitiva - no caso, um ator institucional - e a sua atuação diante da verificada disparidade entre os demais atores - os litigantes. Um "player" que, como os demais, atua para favorecer a sua posição na litigância, só que com menor risco, já que preserva mais poderes que os demais jogadores.

O contexto concreto com base na qual será analisado o comportamento do Judiciário na administração da litigiosidade repetitiva é, como disse, o dos IRDR. Para tanto, optou-se por trabalhar com um dos levantamentos empíricos atualmente existentes - o Observatório do IRDR da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (ZUFELATO *et al*, 2019)⁴. A opção por limitar a descrição do contexto a uma dessas fontes deve-se à intenção de concentrar a discussão na questão específica deste artigo - a do papel do Poder Judiciário na administração da litigiosidade repetitiva -, não tanto a descrição mais ampla da litigiosidade ou da litigância estratégica praticada por outros atores do processo judicial.

1 A TIPOLOGIA DOS LITIGANTES COMO CHAVE DE LEITURA PARA A ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA

Diferentes características do IRDR suscitam questionamentos quanto ao grau de correspondência ao ideal de acesso à justiça, sobretudo a partir de sua perspectiva contemporânea, pautada não apenas na eficiência de órgãos e procedimentos, mas na experiências dos atores e usuários do sistema de justiça (SANDEFUR, 2008, p. 340).

A tipologia dos litigantes é uma perspicaz chave de leitura da litigiosidade a partir das diferentes capacidades e experiências dos usuários do sistema de justiça.

Segundo Galanter, pode-se classificar em dois "tipos-ideais" os potenciais usuários do sistema de justiça. De um lado, aqueles que têm várias oportunidades de utilizar os tribunais, chamados por ele de "repeat-players" (ou *jogadores repetitivos*); e, do outro, aqueles que apenas raramente se utilizam dessas estruturas formais de solução de conflitos (os "one-shooters", "participantes eventuais", "atirador de um só disparo", ou ainda, litigantes ocasionais). Os primeiros desfrutariam, segundo argumentação consagrada na literatura, de vantagens estratégicas em relação aos segundos, decorrentes de inúmeros fatores - desde uma organização institucionalizada com maior acesso a recursos financeiros e jurídicos, capazes de influenciar,

⁴ Felizmente, há importantes estudos sobre outros aspectos relacionados ao problema aqui analisado, com descrições ricas e reveladoras sobre, por exemplo, o perfil da litigiosidade repetitiva, da participação dos chamados "grandes litigantes" (cf. NUNES e COELHO, 2018; HARTMANN *et al*, 2017) do uso estratégico do Poder Judiciário (FALCÃO e HARTMANN, 2017) e de monitoramento dos IRDR; além do "Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios", organizado pelo Conselho Nacional de Justiça. A escolha por dois estudos existentes, deve-se, como explicado acima, a restrição de fonte para a parte descritiva de contexto e de foco de análise na problemática objeto do artigo.

inclusive, a elaboração das políticas públicas, até a eventual familiaridade que esses litigantes obteriam com as estruturas do sistema de justiça e seus respectivos atores, o que lhes possibilitaria um processo informado e orientado de tomada de decisões sobre *quando* e *como* litigar (GALANTER, 1974)⁵.

O perfil da judicialização no Brasil apresenta alto grau de correspondência à tipologia dos litigantes de Galanter. Segundo reiteradamente confirmado em levantamentos empíricos, os processos judiciais brasileiros são integrados, predominantemente, por “grandes litigantes” contra “pequenos litigantes” - ou, especificamente, “jogadores habituais” contra “participantes eventuais”.

Além dos dois relatórios que o Conselho Nacional de Justiça produziu em 2011 e 2012 dando conta da altíssima concentração de um punhado de grandes litigantes (notadamente, órgãos públicos, bancos e empresas de comunicação)⁶, outras pesquisas, igualmente relevantes, têm confirmado esse quadro. É o caso, por exemplo, do levantamento “Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições”, realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria no âmbito do programa Justiça Pesquisa, do Conselho Nacional de Justiça. Segundo este estudo, em quatro dos sete tribunais analisados, 70% das demandas contam com um grande litigante e nos outros sua presença se aproxima de 50%⁷. No âmbito particular da Justiça do Trabalho, a despeito de ser uma justiça do trabalhador, a concentração dos grandes litigantes parece correspondente ao quadro geral⁸.

O argumento de que o sistema judicial não seria imune às características dos seus usuários colocou em xeque o modelo idealizado de uma justiça “cega” e imparcial e inspirou questionamentos acerca da função do Judiciário e do desenho do sistema de justiça.

É sabido que o Poder Judiciário se converteu num ator político de atuação relevante - nas palavras de Sadek, “[um] protagonista em uma arena na qual os embates econômicos, sociais e políticos encontram espaço” (2012, p. 17). Mais do que isso, o Poder Judiciário também pode atuar como verdadeiro pólo gerador de demandas, especialmente em razão da velocidade de julgamento e da ausência de uniformização de jurisprudência, o que acaba abrindo espaço para a litigiosidade repetitiva (GABBAY; CUNHA, 2012, pp. 27-28). A questão é até que ponto tais posturas comprometem o escopo final da atividade delegada ao Judiciário de administração de conflitos com justiça.

As políticas públicas judiciárias das últimas décadas lidam com o fenômeno da litigiosidade repetitiva por uma perspectiva predominantemente gerencial, resumindo o problema ao volume de processos judiciais, aos índices de produtividade dos magistrados e às taxas de

⁵ Perceba-se que “o “litigante repetitivo” de Galanter não tem o mesmo sentido que a nossa “litigiosidade repetitiva”. Aquele é o litigante que participa de muitos processos judiciais; essa é o fenômeno de haver vários litígios sobre uma mesma questão geralmente jurídica. Na litigiosidade repetitiva há, é verdade, um litigante repetitivo: as empresas de telecomunicações e os bancos nos litígios de consumo; o governo nos litígios previdenciários e execuções fiscais.” (ALVES DA SILVA, 2018, p.44, nota).

⁶ Cf. CNJ. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011; e CNJ. **100 maiores litigantes 2012**. Brasília: CNJ, 2012.

⁷ Cf. NUNES, M. G.; COELHO, F. U. (coord. **Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições** (relatório analítico propositivo). Série Justiça Pesquisa: políticas públicas do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

⁸ Estudo realizado por HARTMANN *et al* (2019) esmiúça o perfil da litigiosidade no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª. Região (RJ), concluindo categoricamente que “A ampla desproporção numérica de presença em processos dos grandes litigantes em relação aos demais aponta uma estrutura de concentração gerada pelo comportamento específico de alguns atores, e não meramente o seu tamanho em número de trabalhadores.” Cf. HARTMANN, IVAR A. M.; PINHEIRO JUNIOR, F. M. ; ALMEID, G. F. C. F. ; ARAUJO, F. ; CORREIA JUNIOR, F. ; SILVA, A. **Demandas Repetitivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2019. v. 1. 219p. Disponível em: <<https://www.trt1.jus.br/documents/21708/12030252/Demandas+Repetitivas/84ef6721-2dd6-ab5c-f6f5-154bb1b561da>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

congestionamento do sistema (ALVES DA SILVA, 2018). As reformas processuais recentes, inclusive do CPC de 2015, parecem seguir essa tendência (idem, p. 37). É o caso da criação das súmulas vinculantes, das técnicas de julgamento de recursos repetitivos, e, mais recentemente, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (ALVES DA SILVA, 2018; ASPERTI, 2018)⁹.

De uma perspectiva mais ampla do acesso à justiça, todavia, a introdução dessas técnicas suscita questões relativas ao seu impacto sobre a experiência individual dos usuários do sistema de justiça – jogadores repetitivos ou participantes eventuais.

Isso porque a atuação do Poder Judiciário no âmbito das ferramentas de gerenciamento da litigiosidade repetitiva pode ocasionar ainda mais vantagens aos *jogadores habituais*, que, via de regra, costumam compreender melhor esses procedimentos e atuar de maneira coordenada para evitar que essas estratégias prejudiquem seus interesses.

Se o Poder Judiciário tem como premissa a imparcialidade e a missão de assegurar um tratamento igualitário a todos os que o acionam, essas descobertas passam a exigir alguma postura institucional no sentido de “reequilibrar a balança” em prol dos participantes eventuais¹⁰.

Somado a isso, o retrato empírico da utilização e funcionamento dos IRDR no Brasil parece confirmar que o Judiciário, tal qual qualquer outro ator envolvido, comporta-se diante da litigiosidade repetitiva imbuído de uma “postura estratégica”¹¹. Isso acontece em paralelo, eventualmente até em conflito, com a sua função jurisdicional primordial: longe de priorizar a formação de um contraditório amplo e profundo, costuma prezar pelo gerenciamento eficiente do volume de processos.

2 VULNERABILIDADES DO IRDR EM TERMOS DE “ACESSO À JUSTIÇA”

Ao menos dois momentos da utilização de um IRDR são bastante críticos em termos de acesso à justiça. O primeiro é o exame de admissibilidade - mais especificamente, o processo de escolha do caso em que será discutida a tese -, com impacto significativo na delimitação da questão jurídica e na formação do contraditório. O segundo momento é a abertura do procedimento para participação de interessados.

Segundo as regras vigentes, as partes do processo originário e os demais interessados serão ouvidos no prazo comum de 15 dias após a admissão do processamento do IRDR (CPC, art. 983).

⁹ O PL 1213/2007, que deu origem à Lei nº 11.672, de 2008, criadora da sistemática dos recursos repetitivos no STJ, diz expressamente que a necessidade de alterar a sistemática processual decorre do alto volume de processos que tratavam de questões repetitivas, os quais acabariam impedindo uma atuação célere e racional do Poder Judiciário. Texto disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353760>. Essa também foi a tônica da justificativa da criação do IRDR no Código de Processo Civil de 2015: Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>

¹⁰ É possível perceber algumas iniciativas com essa natureza especialmente no campo do direito consumerista, que reconhece a vulnerabilidade de determinados atores e estabelece algumas regras – como a inversão do ônus da prova – para tentar promover um equilíbrio entre as partes processuais. A suficiência dessas medidas, contudo, é bastante questionável.

¹¹ O uso estratégico do Judiciário por grandes litigantes é analisado por FALCÃO e HARTMANN a partir de estudo da participação da empresa “Oi” em processos judiciais. Segundo concluem os autores, “A Oi não entende o Judiciário como risco. Inexiste incerteza diante do Supremo. Existe certeza. A Oi sabe de antemão que vai perder. Se ainda assim tenta número recorde de recursos é porque não se preocupa em perder. Perder, isto é, adiar o reconhecimento e o ressarcimento do direito lesado do consumidor, compensa” (pág. 426). Cf. FALCÃO, J.; HARTMANN, I. Direito constitucional de recorrer e a judicialização da ineficiência empresarial. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 18, n. 2, p. 421-432, 31 ago. 2017.

Assim, ao requerer sua instauração, o suscitante tem a oportunidade de escolher *quem* será obrigatoriamente intimado para integrar o contraditório, bem como escolher *em qual caso* seria mais vantajoso o estabelecimento de uma tese jurídica vinculante¹².

O Código, todavia, não oferece parâmetros para o exercício de um controle da representatividade adequada ou da qualidade da representação daquele que participará do incidente por todos os demais, o que pode contribuir para a formação de um contraditório fraco ou enviesado.

A deficiência legal pode ser ainda mais problemática se considerada a ampla variedade de capacidade financeira e técnica dos litigantes envolvidos na litigiosidade repetitiva. Uma parte considerada *jogador repetitivo* poderá escolher os casos com chances mais favoráveis de sucesso com base em sua experiência prévia nos litígios judiciais - o que faria do IRDR seu "instrumentos dos sonhos"¹³.

A limitação dos IRDR à questões *exclusivamente* de direito minimiza pouco os impactos da escolha estratégica do caso sobre o seu julgamento e o sentido conferido à tese jurídica formada. A separação entre questões de fato e questões de direito sempre foi nebulosa (NEVES, 1968), beirando um "artificialismo estéril" (TEMER, 2017, p.70). Inexistindo uma separação "cirúrgica", a escolha do caso concreto no âmbito do qual será realizada a discussão sobre a norma jurídica pode influenciar profundamente a maneira de pensar a racionalidade da questão jurídica, impactando, conseqüentemente, o sentido da tese a ser fixada¹⁴.

As características e as diferentes capacidades dos vários litigantes envolvidos na litigiosidade repetitiva também endossam a ineficácia do controle de representatividade feito pela limitação do IRDR às questões jurídicas. A possibilidade de o *jogador repetitivo* escolher em qual processo essa técnica de julgamento deve ser aplicada também é relevante quando se considera a parte contrária no processo originário, que será intimada para apresentar razões. Sendo parte em inúmeras demandas semelhantes, o *jogador repetitivo* pode escolher um caso em que a representação do adversário, por exemplo, encontra-se debilitada.

¹² A importância que se dá ao processo de escolha do caso – embora seja inegável – varia de acordo com o posicionamento que se adota em relação à natureza do IRDR enquanto causa-piloto ou procedimento-modelo. Para os autores da primeira vertente, a resolução do incidente de resolução de demandas repetitivas implicaria, necessariamente, na resolução do conflito subjetivo subjacente, havendo, assim, uma unidade cognitiva e decisória. Nesse sentido, advogam, por exemplo, Alexandre Câmara (2016) e Antônio do Passo Cabral (2014), que o fazem em razão da previsão constante no artigo 978, parágrafo único, segundo o qual o órgão responsável por julgar o incidente também o será para julgamento do recurso. Para esses autores, essa previsão implica em uma unidade cognitiva e decisória, o que faria do IRDR um processo eminentemente subjetivo. Por outro lado, os autores que se filiam à vertente que vê no IRDR um "procedimento-modelo", entendem que há, necessariamente, uma cisão cognitiva. Isso porque o procedimento previsto pelo Código faz com que o órgão julgador fixe a tese apenas em relação à questão *jurídica* controvertida, relegando a resolução do caso concreto para um momento posterior. É o entendimento de Sofia Temer (2017, p. 80), Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 280); Humberto Theodoro Jr., (2015, p. 1.143); Fredie Didier e Leonardo Cunha, entre outros. Seguindo essa lógica, o IRDR assume um caráter objetivo, destinado ao julgamento unicamente da questão de direito controvertida, não tendo como substrato um conflito concreto

¹³ A possibilidade da utilização estratégica do IRDR pelos *jogadores repetitivos* reforça a hipótese levantada em doutrina de que o IRDR, tal qual regulado no CPC, é um instrumento "dos sonhos" (MARINONI, 2016, p. 76) a disposição dos litigantes repetitivos. "Ora, se aquele a quem são atribuídos os ilícitos que deram origem Às demandas repetitivas pode requerer a instauração do processo e dele participar, mas a mesma autorização de requerimento só oportuniza a participação do litigante-lesado de uma das demandas repetitivas, o incidente certamente é o procedimento "dos sonhos" daquele que habitualmente viola direitos em massa, que, assim, deve estar muito agradecido à generosidade do legislador. Uma das partes, aquela que é ré em todas ou em grande parte das demandas repetitivas, participará efetivamente do incidente, enquanto que as centenas ou milhares de litigantes lesados que exerceram o direito fundamental À tutela jurisdicional estarão excluídos da decisão" (MARINONI, 2016, p. 76)

¹⁴ A divisão entre questão de fato e de direito só faz sentido se pensada em questões *predominantemente* jurídicas e questões *predominantemente* fáticas, de modo que a exigência do Código deve ser lida partindo da ideia de que a *controvérsia* "exclusivamente de direito" seja aquela concernente à consideração da norma legal, e não aos fatos propriamente ditos (MEDINA, 2015, p. 1.323).

Por fim, a permissão legal ao juiz ou o relator suscitarem o IRDR também levanta questionamentos sobre as consequências da escolha do caso-paradigma¹⁵. Isso porque o Código também não define parâmetros necessários para orientar essa atuação jurisdicional, de modo que, mais uma vez, aposta-se na discricionariedade do órgão julgador (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 223) como uma solução adequada para a escolha do processo no âmbito do qual se dará a discussão.

Especialistas enfatizam a importância da escolha das partes e da efetividade do contraditório sobre os resultados substanciais do IRDR. Em doutrina, há sugestão de adoção de dois vetores para a escolha do caso-paradigma: a) a maior amplitude de contraditório possível - sendo incabível a instauração do IRDR quando houver limitação à participação, pelo procedimento do processo originário ou particularidades do caso; b) a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário, na medida em que, pelo desenho do instrumento, prioriza-se a participação daqueles que compõem os pólos do processo originário (CABRAL, 2014, p.4).

A capacidade técnica e argumentativa das partes envolvidas também merece ser considerada na aferição da representatividade adequada. Como o IRDR serve para tutelar direitos daqueles que não participaram ativamente do processo, ela passa a ser uma condição para a legitimidade democrática do instrumento processual em face da garantia constitucional do devido processo legal (MARINONI, 2016, pp. 39-40).

É justamente por meio do controle da representatividade adequada que se garante um pleno exercício do contraditório (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015) aos mecanismos de solução de disputas capazes de atingir os “demandantes sem rosto e sem fala” (MARINONI, 2016, p. 43). O problema também aparece em outros instrumentos processuais, como é o caso da tutela coletiva, mas nesse caso, ele é atenuado pelo regime especial da coisa julgada e pela imposição de restrições aos legitimados a promover a ação coletiva.

Até mesmo sob uma ótica gerencial a falta de controle sobre a representatividade adequada pode ter o condão de colocar em risco a estabilidade do sistema, na medida em que qualquer novo processo que verse sobre a questão pode trazer argumentos capazes de superar aquele considerado pelo órgão julgador. Assim, em termos gerais, a análise sobre a legitimidade de quem pode suscitar um IRDR implica num questionamento direto à própria legitimidade¹⁶ (e, consequentemente, à autoridade) da decisão proferida seguindo esse procedimento.

O CPC, todavia, não faz nenhuma menção à possibilidade de se controlar a representatividade no caso do IRDR, muito menos permite que aqueles que não quiserem participar do procedimento possam se desvincular do entendimento nele firmado. Resta ao sistema confiar aos órgãos julgadores o controle da representatividade adequada em caráter *ad hoc*, o que torna relevante a análise do comportamento dos tribunais na escolha do caso e a identificação dos critérios usualmente utilizados para se admitir os IRDR.

O segundo momento crítico do IRDR em termos de acesso à justiça diz respeito à formação do contraditório no exame de mérito, com a consequente fixação da tese jurídica. Justamente por não prever um controle sobre a representatividade adequada dos participantes que atuam no IRDR, a questão da participação pode representar uma abertura que oportuniza a defesa de interesses por aqueles que não se sentirem adequadamente representados, o que indica um importante mecanismo de legitimação da decisão ali proferida (ASPERTI, 2018, p. 105).

¹⁵ A nomenclatura de caso-paradigma foi emprestada da tese de Maria Cecília de Araújo Asperti, posteriormente convertida em livro, que emprega o termo justamente para evitar qualquer confusão que se possa fazer entre causa-piloto e procedimento modelo (ASPERTI, 2019, p. 125)

¹⁶ A questão da representação adequada e da possibilidade de participação representam, de fato, fatores importantes para a verificação da legitimidade da decisão tomada no âmbito do IRDR – mas não são os únicos (ASPERTI, 2018, p. 105). A racionalidade empregada na decisão, a competência e imparcialidade do órgão julgador são outros fatores que interferem diretamente num juízo de legitimidade da decisão firmada segundo esse procedimento.

Não é à toa que a questão da participação é tão central na discussão sobre o IRDR. Se o entendimento firmado tem efeito vinculante inclusive em relação aos casos futuros, é natural que haja uma preocupação com a garantia do mais amplo contraditório possível, a fim de se evitar que a formação de uma decisão que não considere todos os argumentos disponíveis, ou até mesmo a formação de um conluio entre as partes (CAVALCANTI, 2015, p. 33).

Especialistas argumentam que elementos do processo individual ou mesmo da tutela coletiva não devem ser imediatamente transportados para a realidade do incidente de resolução de demandas repetitivas em razão das diferenças intrínsecas entre as situações tuteladas. Por outro lado, chamam a atenção para a necessidade de se garantir, em alguma medida, a formação de um contraditório amplo, que albergue todos os eventuais argumentos capazes de influenciar a decisão do órgão julgador (TEMER, 2017, pp. 141-146).

Uma solução sugerida é a escolha dos “sujeitos condutores” do debate (p. 156)¹⁷, os quais poderiam atuar de modo a promover a melhor representação da controvérsia possível¹⁸. A atuação desses sujeitos condutores respeitaria o exercício amplo do contraditório e o convencimento do órgão julgador. Assim, um dos principais parâmetros para aferição do quesito “participação” no IRDR seria a atuação desses sujeito-chave, responsáveis pela promoção do contraditório substancial no incidente¹⁹.

Outras sugestões envolvem a adoção de “medidas fundamentais para a preservação dos direitos subjacentes ao IRDR sob o aspecto subjetivo” (MENDES, 2017, p.128). Entre elas, a publicidade, feita pela via da inclusão do caso nos cadastros do Conselho Nacional de Justiça; a intimação de todas as partes dos processos suspensos – o que garantiria, além do controle da identidade de questões, uma ampliação do exercício do contraditório -, a possibilidade de intervenção dos interessados e a intervenção obrigatória do Ministério Público.

A representatividade adequada e o contraditório substancial também condicionam a eficácia das técnicas para renovação da jurisprudência firmada por meio do IRDR. Os efeitos da decisão e as eventuais dificuldade na promoção do *distinguish* ou do *overruling* ressaltam a necessidade de que essa decisão seja tomada após o exercício do mais amplo contraditório possível (ASPERTI, 2018). Isso se dá, em regra, com a ampliação das possibilidades de participação e na eleição de representantes (ou sujeitos condutores) adequados, com uma estrutura técnica institucional capaz de defender os interesses daqueles que não poderão participar ativamente do processo de tomada de decisões.

As advertências doutrinárias não parecem, contudo, assimiladas pelo *corpus* regulatório formal. Tanto a legislação quanto jurisprudência parecem suficientemente seguros de que a eventualidade da participação de interessados após a admissão do IRDR é suficiente para assegurar o contraditório, sem atentar aos impactos na perspectiva individual de justiça desses atores, mesmo que aqueles que tenham sido afetados pela decisão não tenham tido, efetivamente, a possibilidade de participar do processo de tomada de decisões e da formação do contraditório²⁰.

¹⁷ A legitimação de determinado sujeito como líder ou condutor não decorreria, necessariamente, da presença desse sujeito em algum dos pólos do processo que dá origem ao IRDR. Sua atuação, portanto, não visaria atender seus próprios interesses, mas a um interesse público, de “dirimir as controvérsias que maculem a ordem jurídica”. In TEMER, 2017, p. 159

¹⁸ A autora ressalva que a ideia de escolha dos líderes não se confunde com a escolha de uma eventual “causa-piloto”. O que ela propõe é que o tribunal, ao organizar o processamento do IRDR, analise os autos dos processos que versem sobre o tema controvertido, e escolham os sujeitos que tenham melhor capacidade para apresentar a argumentação jurídica discutida (TEMER, 2017, p. 156).

¹⁹ De modo similar, especialistas destacam a importância da atuação dos membros do Ministério Público e dos *amici curiae* nos recursos especiais e extraordinários repetitivos, como formas de compensação da não participação dos diretamente afetados pela decisão. Sua função, no caso, não seria apenas auxiliar a corte, mas defender os interesses de terceiros não representado (MARINONI, 2015). Essa lógica também parece se aplicar – ao menos normativamente – ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

²⁰ Recente pesquisa retratou uma tendência de as turmas julgadoras (em especial, da turma de direito público) em adotar uma concepção restrita de contraditório, concebendo a participação dos participantes ocasionais “como mero

Em ambos os momentos críticos do IRDR em termos de acesso à justiça, o Judiciário assume papel determinante. Nesse cenário, o comportamento dos órgãos julgadores ganha importância sobrelevada para a análise da efetividade do IRDR e, de modo geral, dos resultados da administração da litigiosidade repetitiva. Além da escolha do caso-paradigma, torna-se relevante conhecer como os tribunais valorizam a participação do jurisdicionado no processo e decisões tomadas por meio dos IRDR.

3 A GESTÃO DA JUSTIÇA PELO IRDR - O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DOS TRIBUNAIS

Nos termos apresentados, é possível concluir que o desenho normativo do IRDR parece confiar em demasia na capacidade do juiz conduzir os conflitos de forma equânime, realizando, inclusive, o controle da participação e do contraditório desempenhados em concreto²¹.

Vale dizer que a adoção de uma postura gerencial para o exercício da jurisdição²² não representa, por si só, um problema em termos de acesso à justiça. Não faltam vozes na literatura que enxergam no IRDR uma racionalização necessária para a atividade jurisdicional – ao menos em certa medida. Cavalcanti (2016, p. 167-169), por exemplo, entende que a aplicação de uma técnica como IRDR, além de favorecer o princípio da economia processual, pode ser responsável por tornar o processo mais célere, com menor dispêndio de tempo e de recursos para tratar de questões que se repetem, otimizando a atividade dos tribunais. No mesmo sentido se manifesta Adonias Bastos, especialmente no que tange ao combate à dispersão excessiva da jurisprudência (BASTOS, 2012, p. 95).

Nesse sentido, o IRDR pode representar um verdadeiro avanço no tratamento da “crise numérica de processos judiciais”- ainda que, nesse caso, a solução pareça focada nas consequências, e não nas causas do problema, estratégia bastante comum do legislador brasileiro (MANCUSO, 2015, p. 28).

Não obstante, combater o alto volume de trabalho nos tribunais e a falta de uniformidade de suas decisões não parece ser suficiente para lidar com a tal “crise numérica” ou com a chamada “jurisprudência lotérica”. Pelo contrário: a litigiosidade excessiva, e, sobretudo, a litigiosidade repetitiva, é um fenômeno multifacetado, relacionado a causas diversas: desde a “fúria legislativa” na edição de normas para responder a novos problemas jurídicos até a judicialização de políticas públicas, com a politização do Poder Judiciário e o conseqüente espaço do ativismo judicial; até as diferentes classes entre os litigantes e as desiguais distribuições dos ônus processuais entre eles (cf. MANCUSO, 2015, pp. 49-178)²³ - que não são diretamente tratadas por um instrumento de uniformização de jurisprudência como o IRDR.

O IRDR parece limitado a apenas uma das facetas do “problema” que a litigiosidade repetitiva representa, o que, segundo as críticas, comprometeria sua capacidade de proporcionar ao jurisdicionado experiências individuais satisfatórias com o sistema de justiça. Notadamente, essa

facilitador da atividade judiciária, não sendo condição *sine qua non* para não eivar o processo repetitivo de déficit democrático e de legitimidade”. In SHECAIRA, 2019, p. 161, posição que seria reforçada pela possibilidade de o tribunal proceder ao julgamento no caso de desistência do recurso ou do abandono da causa.

²¹ A confiança na capacidade do juiz é tamanha que o Código não prevê qualquer espécie de recurso contra as decisões de admissibilidade ou de suspensão dos processos afetados (ZUFELATO; OLIVEIRA, 2018), o que pode acabar gerando danos para aqueles que tenham seus processos suspensos ainda que não haja necessidade para tanto, comprometendo, assim, o direito à razoável duração do processo desses atores.

²² Preocupada com o menor dispêndio de custo e de energia possível, com vistas a uma rápida e adequada solução dos conflitos, características da racionalidade gerencial aplicada à justiça (ALVES DA SILVA, 2010, p. 36).

²³ Rodolfo de Camargo Mancuso traça um panorama interessante e abrangente acerca das possíveis concausas da crise numérica dos processos judiciais. O professor adota uma postura bastante crítica acerca da postura do legislador brasileiro, cujos esforços, no seu dizer, costumam se destinar às consequências dos problemas, e não às suas causas propriamente ditas. Nesse sentido: “na verdade, não nos faltam remédios, mesmo grave sendo a doença. Falta é uma estratégia, digamos, uma política de mudança” (MANCUSO, 2015, p. 28)

deficiência se refletiria em aspectos elementares do seu funcionamento - como a legitimidade, a participação e, principalmente, a formação do contraditório, institutos processuais caros à teoria geral do processo²⁴.

Levando em consideração que parte substancial dos processos judiciais no Brasil envolve jogadores repetitivos e participantes eventuais (BRASIL, 2012) - quadro provavelmente mais intenso na litigiosidade repetitiva - , seria razoável ao Poder Judiciário adotar uma postura minimamente cautelosa na formação do contraditório, especialmente diante dos efeitos vinculantes dessa técnica de julgamento e da possibilidade de ela ser aplicada a pedido dos atores envolvidos em litígios semelhantes.

Além da representatividade adequada, a participação de interessados é outra questão nevrálgica para o acesso à justiça pelos IRDR, mormente em razão da ausência de qualquer orientação normativa acerca dos critérios a serem utilizados na escolha de quem sustentará argumentos em torno da questão jurídica envolvida.

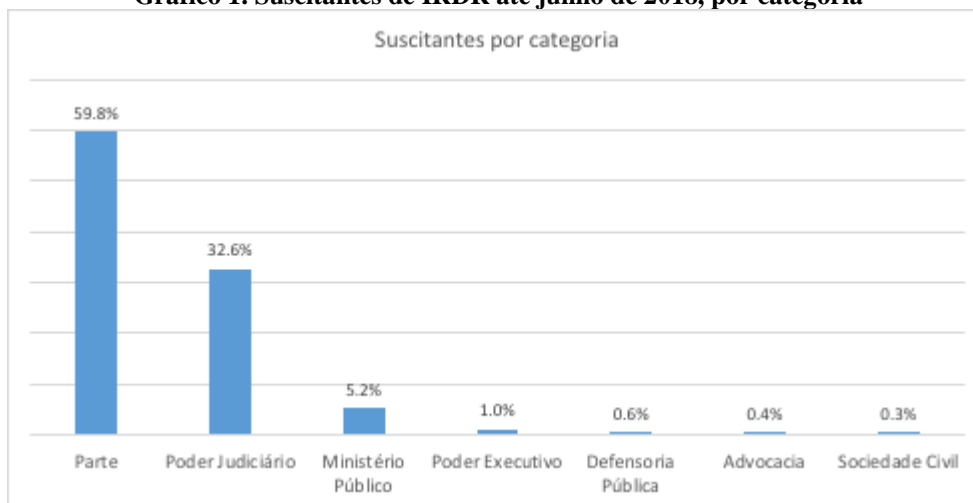
Caberia, assim, ao Poder Judiciário a máxima atenção à qualidade do contraditório nessa escolha, visando assegurar aos jurisdicionados um tratamento condizente com o princípio da igualdade, em sua acepção material, reequilibrando as forças dos diferentes atores que serão afetados pelo entendimento fixado seguindo esse rito.

Não é, todavia, essa postura que se encontra nos tribunais brasileiros. Diferentes análises de base empírica dão conta das idiosincrasias da judicialização da litigiosidade repetitiva no Brasil²⁵. Para subsidiar a análise do papel que os tribunais brasileiros têm exercido na administração dessa litigiosidade, optamos por apresentar o contexto de utilização e resultados dos IRDR tal qual são descritos por um dos diagnósticos atualmente existentes. No caso, os dados disponibilizados pelo Observatório Brasileiro de IRDR, sistematizados na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP - que, em suma, indicam haver, pelos tribunais, uma preocupação concentrada na gestão do volume de processos, com comprometimento significativo ao equilíbrio do contraditório (ZUFELATO et al, 2019).

De início, o Judiciário brasileiro acolheu o IRDR para muito além da sua função ordinária de apreciação e julgamento, como seria com qualquer outro novo instrumento processual. No caso, tribunais e juízes assumiram também a posição de proponentes dos incidentes - “demandantes” em certo sentido - , com participação, se não majoritária, consideravelmente marcante (32,6%), pouco mais da metade do suscitar as partes (59,8%).

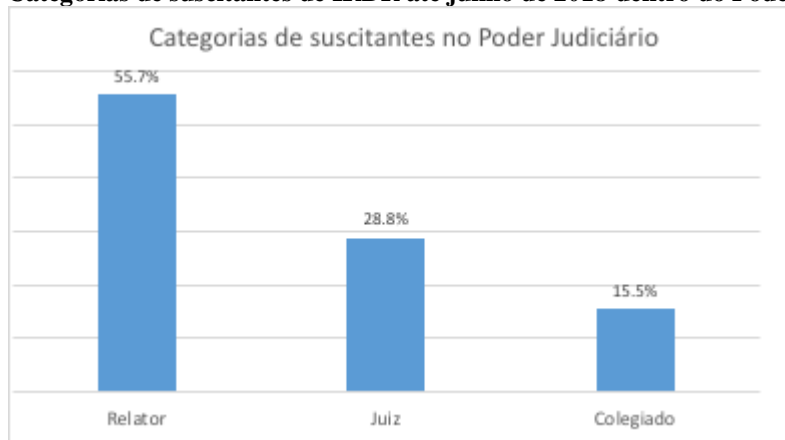
²⁴ Segundo a teoria da justiça procedimental, esses seriam justamente os atributos em maior medida determinantes da percepção de justiça da população. Cf. THIBAUT & WALKER (1973), TYLER (1988) e referências detalhadas em ALVES DA SILVA, 2018.

²⁵ Como exemplos não exaustivos, as descrições do perfil da litigiosidade repetitiva, da participação dos chamados “grandes litigantes” (cf. NUNES e COELHO, 2018; HARTMANN *et al*, 2017) do uso estratégico do Poder Judiciário (FALCÃO e HARTMANN, 2017) e de monitoramento dos IRDR; além do “Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios”, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Gráfico 1. Suscitantes de IRDR até junho de 2018, por categoria

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

Dentre os incidentes suscitados pelo próprio Poder Judiciário, os relatores de recursos são responsáveis por quase a metade dos casos (55,7%), seguidos pelo juiz de primeira instância (28,8%). Os órgãos colegiados (câmaras ou órgão do tribunal, turma regional de uniformização) recorreram à ferramenta em 15,5% dos casos.

Gráfico 2. Categorias de suscitantos de IRDR até junho de 2018 dentro do Poder Judiciário

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

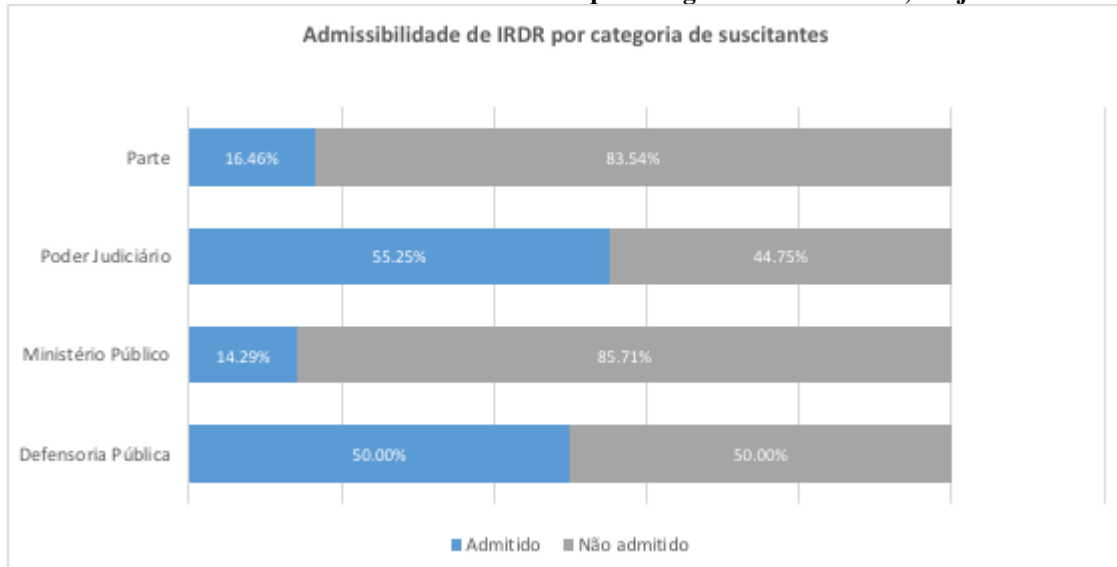
A utilização do IRDR por integrantes do Poder Judiciário é desproporcionalmente mais eficaz do que pelos demais suscitantos - dentre aqueles com mínimo 5% dos casos analisados.

As respectivas representações invertem-se entre partes e Judiciário quando analisados casos que conseguem superar o exame de admissibilidade. Ainda que os IRDR suscitados pelo Judiciário representem 32,6% do total, eles alcançam 61,42% dos IRDR admitidos. Já os IRDR suscitados pelas partes, que somam 59,8% do total, representam apenas 33,5% dos admitidos.

Gráfico 3. Percentual de IRDR admitidos, por categoria de suscitante, até junho de 2018

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

Na comparação individual proporcional, o Judiciário suscitou pouco mais da metade de IRDR suscitados pelas partes, mas sua taxa de sucesso na admissão é três vezes maior (58%, contra 17% daqueles). Nem mesmo o Ministério Público e a Defensoria Pública alcançaram os resultados equivalentes aos do Judiciário. Aquele armargou admissão quatro vezes mais baixa (15%); a Defensoria chega a se aproximar (50%), mas são tão poucos os IRDR que suscitou que a comparação é prejudicada.

Gráfico 4. Percentual de admissibilidade de IRDR por categoria de suscitantes, até junho de 2018

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

Percebe-se, assim, que quando os incidentes suscitados pelos próprios membros do tribunal são aceitos com mais frequência. Esse resultado pode estar relacionado a diferentes fatores, inclusive a melhor identificação dos casos suscetíveis de provocar um IRDR, bem como da questão repetitiva e da divergência jurisprudencial, mais fácil aos juízes - assim como aos jogadores repetitivos, eventualmente²⁶.

²⁶ Os dados relativos ao perfil dos suscitantes dos IRDR foram anteriormente ressaltados por Zufelato e Oliveira (2019), com a formulação de sugestiva hipótese de que o incidente estaria sendo empregado pelos tribunais como um instrumento de gestão do volume de processos e de uniformização da jurisprudência interna (2019, p. 20). A

De todo modo, a desproporção é alta o suficiente a ponto de sugerir, como hipótese, que os argumentos de ordem pragmático-utilitária, como a redução do acervo de processos e de recursos relacionados, estejam conseguindo sensibilizar os órgãos julgadores em maior medida do que aqueles de ordem puramente legal. Tais interesses estariam, hipoteticamente, mobilizando o Judiciário para exercer dois papéis distintos: suscitante do IRDR e respectivo órgão julgador. A questão é se, além de distintos, não seriam incompatíveis esses papéis, sobretudo se fundados na mesma categoria de interesse.

A análise em profundidade feita em processos selecionados identificou decisões que admitem IRDR suscitados pelos juízes ainda que não exista causa pendente no tribunal (direto na 1ª instância), mas ao mesmo tempo barram IRDR suscitados nas mesmas condições pelas partes. Por mais seja controversa a sua exigência para a admissibilidade do incidente (*cf.* TEMER, 2017)²⁷, a constatação empírica da existência de casos de aplicação diferenciada sugere que a regra legal tem sido complementada em função de circunstâncias que podem ter mais a ver com razões gerenciais, provavelmente de interesse dos próprios tribunais, do que com as hipóteses legais.

Em São Paulo, por exemplo, a orientação jurisprudencial é firme no sentido de só admitir a instauração do IRDR quando houver recurso pendente de julgamento, a fim de evitar a supressão de instância. Ainda assim, este tribunal afastou esse entendimento para admitir um IRDR suscitado pelo magistrado ainda que na ausência de recurso pendente de julgamento (processo n. 0037860-45.2017.8.26.0000). A decisão pautou-se pela possibilidade, expressa no artigo 978, parágrafo único, de cisão do julgamento: a turma especial resolveria somente o mérito do IRDR, relegando ao juiz originário o julgamento do caso concreto²⁸.

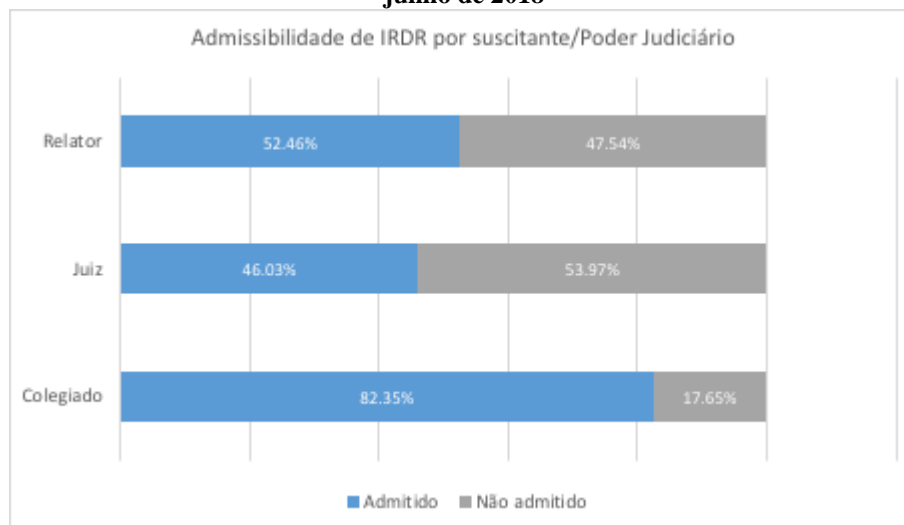
A probabilidade de admissão de IRDR é maior para aqueles suscitados pelo próprio tribunal (relator ou colegiados) do que para aqueles suscitados pelos juízes de primeira instância. No tribunal, os órgãos colegiados alcançaram a notável marca de 82,35% de admissão de IRDR, seguido a alguma distância pelos relatores (52,46%). Incidentes suscitados pelos juízes são admitidos em pouco menos da metade dos casos (46%).

possibilidade é bastante factível, sobretudo diante do que os dados apontam, e merece provocar estudos posteriores. Neste artigo, fazemos coro ao argumento dos autores, extrapolando a hipótese para compreender o próprio Poder Judiciário como um *player* do *jogo da litigância*, como diria CALAMANDREI (1954, p. 123), no sentido de que dita o ritmo e movimenta o IRDR como instrumento para atingir seus interesses enquanto *player*, com interesses mais amplos do que a solução justa dos conflitos submetidos à sua apreciação.

²⁷ Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou estar inclinado a reconhecer a causa pendente como requisito de admissibilidade do IRDR. Embora o caso discutido pela Corte tratasse de IRDR suscitado após o julgamento do recurso, mas ainda na pendência de embargos de declaração (sem tocar, portanto, na possibilidade de juízes requererem sua instauração com base em processos que corram na primeira instância), a causa pendente foi reconhecida expressamente como um dos requisitos de admissibilidade do incidente. Nas palavras do Ministro Relator: “o cabimento do IRDR condiciona-se à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente; mas não naquela que já foi julgada. Nesse sentido, o Enunciado n. 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis” (AREsp 1470017/SP Relator Ministro Francisco Falcão - Segunda Turma - Julgamento ocorrido em 15/10/2019)

²⁸ A confusão nasce da regra que fixa determina a competência para julgar o incidente e fixar a tese jurídica para julgar o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária de onde se originou o incidente. Dessa confusão resultam entendimentos conflitantes entre si - situação que se reflete no âmbito dos tribunais. O TJPE, por exemplo, conta com disposição em seu regimento interno exigindo a pendência de julgamento para admitir o IRDR, inclusive quando suscitado pelo magistrado de primeiro grau. É o que se verifica no artigo 434, parágrafo único, da normativa interna do tribunal: “*O incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado por Juiz de Direito somente será admitido se houver, no Tribunal, processo de competência originária, remessa necessária ou recurso que verse sobre a questão de direito repetitiva, que será selecionado como representativo da controvérsia*”.

Gráfico 5. Percentual de admissibilidade de IRDR por categoria de suscitantes órgãos do Poder Judiciário, até junho de 2018



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

A distribuição parece sugerir que os tribunais estejam em posição mais adequada para identificar a repetição questões repetitivas. Por outro lado, também pode ser um reforço à hipótese de utilização da ferramenta como estratégia gerencial.

4 ACESSO À JUSTIÇA PELOS IRDR - REPRESENTATIVIDADE, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS

De outro turno, a participação de outros interessados no IRDR, como as partes de processos suscetíveis de serem afetados por sua decisão, revelou-se baixa. Mais do que o comportamento e iniciativa desses interessados, parece determinante o comportamento do Poder Judiciário no controle da admissão desses tipos de intervenção. Esse cenário está diretamente relacionado aos riscos e à qualidade do acesso à justiça proporcionados pelo modelo do IRDR.

Apesar de o Código prever uma abertura à sua participação²⁹, na prática, esses atores têm se mostrado meros coadjuvantes numa atuação institucional do Poder Judiciário.

De modo geral, os dados sugerem pouca preocupação dos órgãos julgadores com a adequação da representatividade dos sujeitos processuais ou com outras maneiras de interessados integrarem o contraditório.

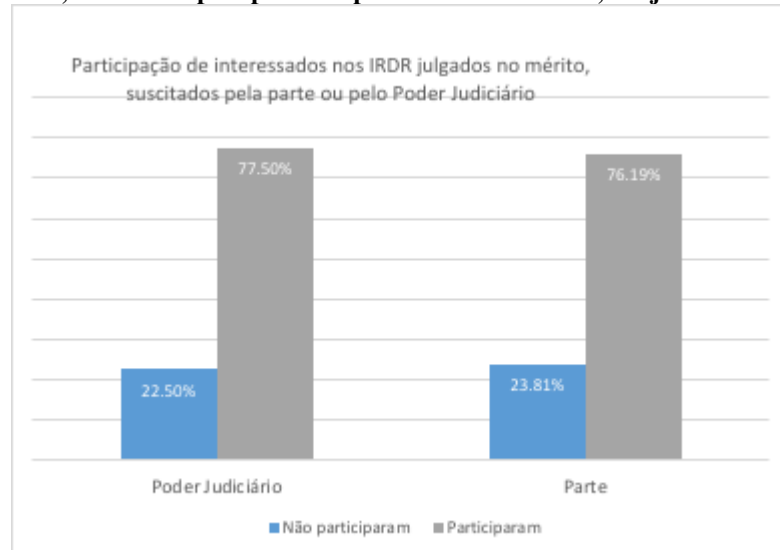
Considerando-se os IRDR admitidos e julgados no mérito até a data referência da pesquisa, o levantamento registrou participação de interessados em 74% dos casos. Embora majoritária, o remanescente de 23% de casos sem participação de outros interessados levanta a hipótese de déficit de contraditório na formação das teses consolidadas por meio desse instrumento. Os efeitos desse déficit tendem a ser maiores e mais difusos considerando-se o amplo espectro de pessoas diretamente atingidas pelas teses firmadas nos IRDR, com processos pendentes ou não.

²⁹ CPC, Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Gráfico 6. Percentual de participação de interessados nos IRDR julgados no mérito, até junho de 2018

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

Os dados não indicam diferença significativa entre a participação de interessados nos IRDR suscitados pelas partes (76,19%) ou por membros do Judiciário (77,5%). Esse dado, apresentado no gráfico abaixo, aponta para a desconfirmação da hipótese de que nesses últimos, iniciados internamente e com provável intuito gerencial, a intervenção de terceiros seria menos frequente.

Gráfico 7. Percentual de participação de interessados nos IRDR julgados no mérito, suscitados pela parte ou pelo Poder Judiciário, até junho de 2018

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

Os dados sugerem que, embora minoritários, não é nada desprezível a quantia de IRDR suscitados e julgados sem qualquer espécie de participação que não as obrigatórias por lei, independentemente da quantidade de sujeitos envolvidos com a questão jurídica em discussão.

A participação de terceiros no IRDR - assim como, a bem ver, a própria legitimidade dos suscitantes - estão condicionados a um requisito geral que pode ser sintetizado como de "representatividade adequada". Sujeitos e entes sem pertinência, capacidade técnica e/ou condições

gerais para efetivamente atuar no IRDR não seriam adequados representantes daqueles potencialmente afetados pela tese firmada³⁰.

Um dos fatores que parecem interferir sensivelmente na participação dos interessados é a *publicidade* da instauração e julgados dos IRDR, determinada no artigo 979 do CPC³¹. Os dados apontam baixa frequência de divulgação (6% do total de casos), mas revelam que, nos casos em que é realizada, há maior participação de interessados, sobretudo nos IRDR suscitados pelas partes.

Preliminarmente, é surpreendente que em 90% dos IRDR simplesmente não haja registro da publicidade da instauração ou julgamento do IRDR, uma exigência legal, aliás. A pesquisa identificou apenas 6% de casos em que há registro da publicidade. O dado sugere duas possibilidades, pelo menos: ou a publicidade acontece mas não é registrada ou ela não é registrada porque simplesmente não acontece. Acaso confirmada esta segunda hipótese, pode-se esperar mais de 90% de casos em que não há a publicidade da instauração e julgamento dos IRDR, o que comprometeria sensivelmente a legitimidade do instrumento e a justiça dos seus resultados³².

Tabela 1: Frequência de divulgação da instauração e julgamento dos IRDR, no Brasil, até junho de 2018

Quantidade de IRDR divulgados		Percentual
Não	22	3%
NI	613	90%
Sim	44	6%
Total	679	100%

Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

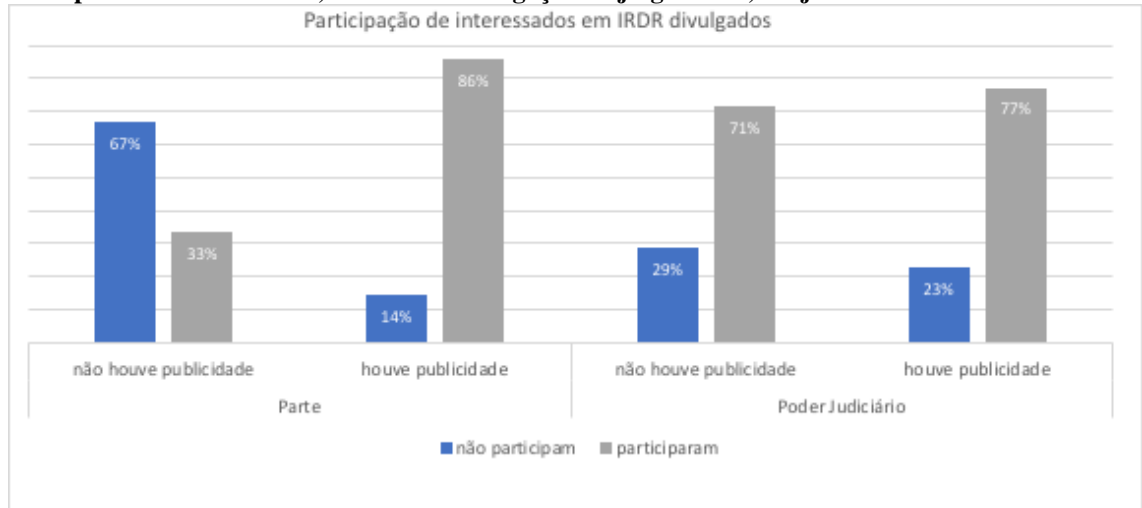
A publicização da instauração do IRDR efetivamente influencia na participação de terceiros interessados, sobretudo naqueles suscitados pelas partes. Segundo os dados levantados, quando há publicidade acerca do IRDR da partes, a frequência de participação de interessados salta de 33% para 86%. Nos IRDR suscitados internamente, a publicidade também está relacionada à maior frequência e participação, embora em menor escala (de 71% para 77%).

³⁰ O CPC não traz essa regra expressa para os IRDR. Trata-se de uma construção doutrinária relativamente consolidada, ainda que variem os critérios para avaliar a presença da condição. A lei, todavia, é expressa ao exigir a representatividade para as intervenções do "amicus curiae" (art. 138) e para outro incidente, de arguição de inconstitucionalidade (art. 949).

³¹ CPC, Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

³² Nos termos da pesquisa, não foi considerada a existência de publicidade com a mera publicação do acórdão no diário oficial ou em guia específica do site do tribunal. Para detalhes sobre a metodologia, vide ZUFELATO, et al, 2019.

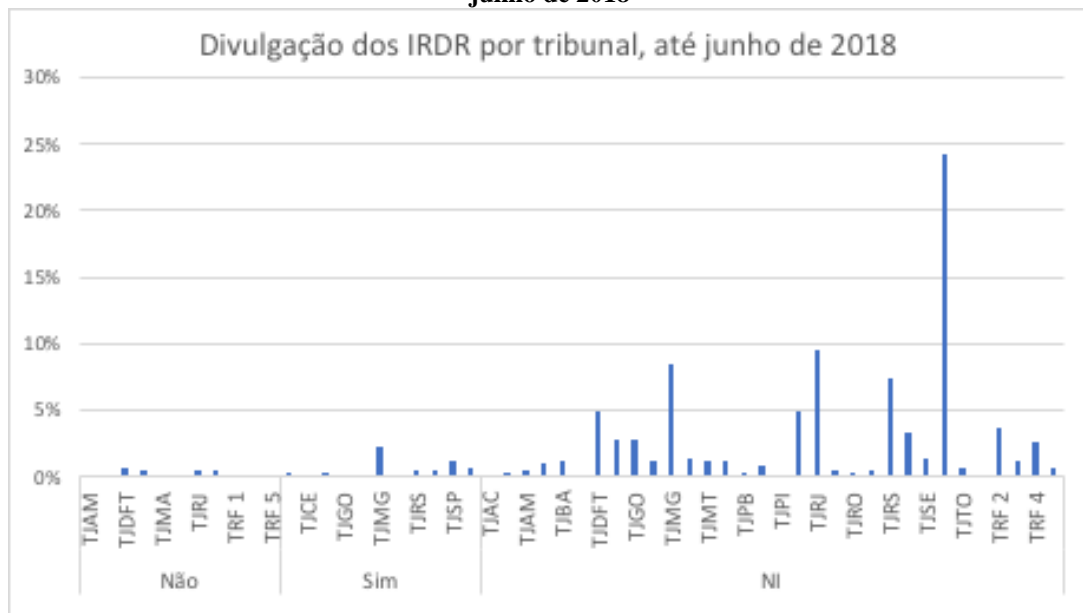
Gráfico 8. Percentual de participação de interessados nos IRDR julgados no mérito, suscitados pela parte e pelo Poder Judiciário, com e sem divulgação do julgamento, até junho de 2018



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

Conquanto prescrita em lei, a prática da divulgação dos IRDR varia sensivelmente entre os tribunais brasileiros. Os dados apontam que, na maior parte (33 tribunais), o registro dessa ocorrência não é explícito nos processos e decisões relacionadas. O restante dos tribunais dividem-se entre aqueles em que foram encontrados casos de divulgação de IRDR (11 tribunais) e em que não houve divulgação (outros 11 tribunais). O gráfico abaixo registra a distribuição desses casos em cada tribunal.

Gráfico 7. Distribuição dos registros de divulgação de IRDR pelos tribunais brasileiros, até junho de 2018



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do Observatório do IRDR da FDRP/USP (2019)

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Este artigo levanta um questionamento central sobre o papel que Poder Judiciário brasileiro têm desempenhado nos mecanismos de julgamento coletivo, baseados na padronização e aplicação de decisões a grupos de casos com questões jurídicas similares. Para tanto, analisa a

sua participação nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) suscitados e julgados no Brasil desde a sua instituição, com o Código de Processo Civil de 2015 até junho de 2018³³.

Quis-se saber, basicamente, se o Judiciário tem desempenhado o papel instituição incumbida da promoção de justiça pelo processo ou ator interessado no gerenciamento do volume de processos nos tribunais. Paralelamente, quis-se também avaliar a compatibilidade do desenho normativo do IRDR, instrumento destinado ao tratamento da litigiosidade repetitiva, com a função primordial atribuída ao Poder Judiciário de solucionar conflitos, respeitando as garantias constitucionais da isonomia e do devido processo legal.

A análise fez uso da perspectiva metodológica do acesso à justiça e baseou-se na descrição dos comportamentos dos atores envolvidos na litigiosidade - os chamados "players" do "jogo da litigância". A chave de leitura usada na análise foi a tipologia dos litigantes, elaborada por Marc Galanter e largamente utilizada como parâmetro na avaliação dos sistemas de justiça pelo mundo, que distingue os atores envolvidos em conflitos a partir da sua experiência prévia e suas diferentes posições de vantagem (Galanter, 1974, *passim*).

O IRDR polariza os chamados "jogadores repetitivos" a uma massa de "participantes eventuais", afetados pela decisão da questão jurídica em discussão no incidente. Nessa configuração, o papel esperado do Judiciário é, sobretudo, o de assegurar que a assimetria entre os diferentes perfis de litigantes não macule o resultado substancial de justiça no julgamento do incidente e no dos processos relacionados. A legislação estabelece um conjunto de regras voltadas a esse fim³⁴.

As circunstâncias envolvidas, todavia, - sobretudo, a litigiosidade e a necessidade de gestão do volume de processos nos tribunais - podem fazer com que os tribunais eventualmente assumam um papel próximo ao de um "player", interessado em como será resolvido o IRDR, precisamente na projeção da decisão sobre a massa de processos com similar questão jurídica.

Conquanto os tipos idealizados por Galanter tenham sido pensados para descrever comportamentos de atores sociais, não exatamente dos atores institucionais, é admissível testá-lo com o Judiciário no caso do IRDR dado o objetivo gerencial de que foi dotado o mecanismo, tal qual se justificou à época da aprovação do Código³⁵. Em tempos de "crise numérica" de processos judiciais, perceber como o Judiciário se utiliza das ferramentas postas à sua disposição para exercer a atividade jurisdicional parece ser imprescindível para orientar a sua atuação na busca pela garantia do acesso à justiça.

O exame de dados sobre os IRDR em todo o país confirma que os tribunais brasileiros efetivamente incorporam o mecanismo, tornando-o uma das novidades do CPC mais utilizadas. Em alguns aspectos, envolveram-se de modo extraordinário. Quase 1/3 dos IRDR do país foram suscitados internamente, pelo próprio Judiciário (cerca de 33%) - uma proporção elevada se considerado que os IRDR das partes não chegam a 60% do total. A distribuição interna varia, sendo que os relatores de recursos são responsáveis por 55% dos IRDR do Judiciário, seguidos pelos juízes de primeiro grau (cerca de 21%)³⁶.

O zelo do Judiciário também se reflete na admissão dos incidentes, principalmente naqueles suscitados pelos próprios tribunais (55%, aproximadamente), quase quatro vezes maior da dos suscitados pelas partes (15%, aproximadamente) - diferença ainda mais sensível se considerado que, na quantidade de suscitados, aqueles eram pouco mais da metade desses. Na admissibilidade, a distribuição interna se inverte, revelando que assimetria de resultados dentro do

³³ A partir de dados divulgados pelo "Observatório Brasileiro de IRDR", da USP de Ribeirão Preto. Cf. ZUFELATO et al, 2019, *passim*.

³⁴ Mencionadas no corpo do texto.

³⁵ Referências no corpo do texto.

³⁶ No mesmo sentido é a interpretação dos dados sobre os IRDR no Brasil apresentada por Zufelato e Oliveira (2019).

próprio Judiciário: 82% de admissibilidade dos IRDR suscitados pelos órgãos colegiados ante 46% dos suscitados pelos juízes de primeiro grau.

Por outro lado, não parece igualmente intensa a preocupação dos tribunais em assegurar que os IRDR, cuja decisão pode se projetar sobre inúmeras outras disputas, sejam amplamente divulgados e contem com participação da quantia mais satisfatória de interessados. De início, é alarmante a ausência de menção à divulgação nas decisões dos IRDR (cerca de 90%), tendo sido confirmada o atendimento à publicidade exigida em lei (CPC, art. 979) em apenas 6% dos casos. Essa média distribui-se diferentemente, sendo bem maior em alguns tribunais do que em outros.

Felizmente, a ausência de divulgação do IRDR não comprometeu integralmente a participação dos interessados, que ainda acontece na maioria dos casos (entre 77,5% e 76%, aproximadamente, conforme suscitado pelo Judiciário ou pelas partes). Não pode ser desprezado, de todo modo, os 22,5% a quase 24% de IRDR sem qualquer participação de interessados. O efeito da falta de divulgação afeta sobretudo os IRDR suscitados pelas partes, em que a participação de interessados salta de 33% para 86% quando divulgados (contra um correspondente aumento de 71% para 77% nos IRDR dos tribunais).

A lei não fornece parâmetros específicos para orientar o controle pelo Judiciário da legitimidade e da participação nos IRDR, confiando-o o exame, caso a caso, da formação do contraditório. A análise do percentual de IRDR admitidos por categoria na escolha do caso paradigma reforça protagonismo do Judiciário na utilização dessa ferramenta.

Cotejando-se, em resumo, o referencial teórico aos dados analisados, a hipótese de que a atuação do Judiciário se aproxima à de um "player" da litigância no caso dos IRDR, se não confirmada, restou suficientemente fortalecida. Sua comportamento ativo na instauração e admissão maior dos incidentes suscitados internamente parece contrapor-se ao modo mais tímido como tem estado atento aos meios legais destinados a assegurar ampla participação de todos os potenciais interessados no julgamento. De todo modo, os dados ainda não permitem levantar essa conclusão em definitivo, mas fornecem bons indicativos de que a hipótese é forte o suficiente a merecer mais pesquisas. A amplitude dos efeitos do IRDR, somada à pertinência confirmada da questão levantada, justificam que as pesquisas submetam às lentes científicas o comportamento Poder Judiciário enquanto possível jogador interessado nos resultados do jogo, neste caso.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G.; CAVALCANTI, M. DE A. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, n. 240, p. 221–242, 2015.
- ALVES DA SILVA, P. E. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVES DA SILVA, P. E. *Acesso à Justiça, Litigiosidade e o Modelo processual civil brasileiro*. [s.l.] Universidade de São Paulo, 2018.
- ASPerti, M. C. A. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória - entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. *Revista de Processo*, v. 42, n. 263, p. 233–255, 2017.
- ASPerti, M. C. A. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. [s.l.] Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.
- ASPerti, M. C. D. A. *Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

BASTOS, A. A. A. O devido processo legal nas demandas repetitivas. [s.l.] Universidade Federal da Bahia, 2012.

BRASIL. 100 maiores litigantes. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: 2012.

CABRAL, A. DO P. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, n. versão eletrônica, 2014.

CALAMANDREI, P. *Processo e Democrazia*. Padova: Cedam, 1954

CAMBI, E. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, v. 786, p. 108–128, 2001.

CAVALCANTI, M. DE A. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). *Revista Pensamento Jurídico*, v. 7, p. 30–47, 2015.

CAVALCANTI, M. DE A. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

FALCÃO, J.; HARTMANN, I. Direito constitucional de recorrer e a judicialização da ineficiência empresarial. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 18, n. 2, p. 421-432, 31 ago. 2017.

GABBAY, D. M.; CUNHA, L. G. *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALANTER, M. Why the " Haves " Come out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change Author (s): Marc Galanter Source : *Law & Society Review* , Vol . 9 , No . 1 , Litigation and Dispute Processing : Part One Published by : Wiley on behalf of the Law and Society. v. 9, n. 1, p. 95–160, 1974.

HARTMANN, IVAR A. M.; PINHEIRO JUNIOR, F. M. ; ALMEID, G. F. C. F. ; ARAUJO, F. ; CORREIA JUNIOR, F. ; SILVA, A. *Demandas Repetitivas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2019. v. 1. 219p. Disponível em: <<https://www.trt1.jus.br/documents/21708/12030252/Demandas+Repetitivas/84ef6721-2dd6-ab5c-f6f5-154bb1b561da>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

MANCUSO, R. C. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

MANCUSO, R. C. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

MARINONI, L. G. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, v. 249, p. 399–419, 2015.

MARINONI, L. G. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

MEDINA, J. M. G. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, A. G. DE C. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

NEVES, A. C. Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1968.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015

NUNES, M. G.; COELHO, F. U. (coord. Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições (relatório analítico propositivo). Série Justiça Pesquisa: políticas públicas do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ROCHA, C. L. A. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, p. 129–146, 1997.

SANDEFUR, R. L. (2009). The Fulcrum Point of Equal Access to Justice: Legal and Non-Legal Institutions of Remedy. *Loy. L.A. L. Rev.*, 42, 949.

SANDEFUR, R. L. (2008). Access to civil justice and race, class, and gender inequality. *Annual Review of Sociology*, 34.

SANTOS FILHO, H. P.; TIMM, L. B. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

SHECAIRA, F. M. Participação nos julgamentos de casos repetitivos. [s.l.] Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

TEMER, S. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JR., H. Curso de direito processual civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

THIBAUT, J., WALKER, L., LATOUR, S., & HOULDEN, P. (1973). Procedural justice as fairness. *Stan. L. Rev.*, 26, 1271.

TYLER, T. R. (2005). *Procedural justice*. (T. R. Tyler, Ed.). Aldershot [u.a.]: Ashgate.

ZUFELATO, C. et al. I Relatório de Pesquisa Empírica do Observatório Brasileiro de IRDRs. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2019.

ZUFELATO, C.; OLIVEIRA, F. A. Meios de impugnação da decisão do exame de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista de Processo*, v. 286, p. 421–448, 2018.