

REVISITA AO POSSÍVEL IMPACTO DA RESTRIÇÃO COGNITIVA DECORRENTE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PREVISTO NO ART. 357, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NA ESCOLHA DA CAUSA PARADIGMA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Gabriela Expósito¹

Resumo

Este artigo é uma revisita a um tema já estudado e publicado por mim, em 2016, na Coletânea “Temas relevantes de Direito Processual: Elas escrevem”.²

Trata-se de um segundo olhar sobre o possível impacto da restrição cognitiva do art. 357, § 2º do CPC/2015 na escolha da causa paradigma do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A questão a ser respondida é: um processo em que se celebrou um negócio jurídico processual no saneamento pode ser escolhido como causa paradigma para fixação de tese em um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas?

Abstract

This article is a revisit to a theme I previously studied and published in 2016 in the collection "Temas relevantes de Direito Processual: Elas escrevem". It examines the potential impact of the cognitive restriction under Art 357, § 2 of the Brazilian Civil Procedure Code on the selection of the test case in the Repetitive Claims Resolution Incident. The question to be answered is whether a case in which a procedural legal transaction can be chosen as the test case for establishing a precedent in a Repetitive Claims Resolution Incident.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Causa paradigma. Negócio jurídico processual.

Keywords: Repetitive Claims Resolution Incident. Test case. Procedural legal transaction.

¹ Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito na Universidade Federal da Bahia

² EXPÓSITO, Gabriela. A restrição cognitiva do Art. 357, § 2º do CPC/2015 e a escolha da causa-tese no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In Sabrina Dourado, Rosalina Freitas, Renata Cortez. (Org.). *Temas relevantes de Direito Processual: Elas escrevem*. 1ª ed. Recife: Armador, 2016, v. 1.

Sumário: 1. Introdução. 2 Breve apresentação do texto publicado em 2016. 3. Importância da escolha da causa paradigma: o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o modelo brasileiro de formação de precedentes através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). 4. Mais um exemplo da importância da causa paradigma: hipótese de impossibilidade de participação direta de todos os interessados no IRDR. 5. Negócios processuais restritivos à cognição. 6. Restrição na escolha da causa paradigma no IRDR e Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo responder à seguinte pergunta: um processo em que se celebrou um negócio jurídico processual na fase de saneamento (especificamente do § 2º do art. 357 do CPC/15), pode ser escolhido como causa paradigma para fixação de tese em um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas?

Para responder ao questionamento, a divisão deste artigo se dará da seguinte forma: breve apresentação do texto publicado em 2016; apresentação do Recurso Especial (REsp) nº 1.798.374/DF e reflexões sobre a importância da escolha da causa paradigma; reflexões sobre negócios jurídicos processuais que restringem a cognição; o possível impacto da restrição cognitiva decorrente do negócio jurídico processual previsto no art. 357, § 2º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) na escolha da causa paradigma do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2. Breve apresentação do texto publicado em 2016

O capítulo da coletânea indicado na nota de rodapé n. 2 teve um escopo bem delimitado. Em resumo, se tratou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e da escolha da causa paradigma; das restrições à cognição; dos negócios processuais restritivos à cognição e da escolha da causa-tese no IRDR.

Na época, conclui que não era possível “escolher processos que contenham negócios processuais restritos à cognição, aqueles previstos no §2º

do art. 357, desde que não ensejem meros atos de anuência acerca das questões controvertidas”³.

3. Importância da escolha da causa paradigma: o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o modelo brasileiro de formação de precedentes através do (IRDR)

Antes de seguir para a pergunta problema, é importante apresentar reflexões sobre o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.798.374/DF e a importância da escolha da causa paradigma.

No acórdão daquele REsp, o órgão julgador do STJ entendeu que o IRDR é uma técnica diferenciada de julgar, já que acarreta uma cisão do julgamento pelo órgão colegiado⁴. Assim, o órgão que julgar o IRDR será competente para fixar a tese jurídica em abstrato e julgar o caso concreto contido no recurso, remessa necessária ou no processo de competência originária que originou o incidente.

Naquele REsp, a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, com base no art. 986⁵ do CPC, apresentou pedido de revisão parcial de teses fixadas no IRDR 2016 00 2 024562-9.

Uma observação relevante é que o pedido de revisão de tese apresentado pela Defensoria Pública no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) equipara-se a pedido de instauração do incidente.

O TJDFT analisou a revisão da tese jurídica em abstrato e o pedido foi julgado improcedente, mantendo-se as teses que haviam sido fixadas no IRDR.

Contra esse julgamento de improcedência – que analisou a revisão de tese em abstrato – foi interposto o REsp nº 1.798.374/DF.

³ EXPÓSITO, Gabriela. A restrição cognitiva do Art. 357, § 2º do CPC/2015 e a escolha da causa-tese no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In Sabrina Dourado, Rosalina Freitas, Renata Cortez. (Org.). *Temas relevantes de Direito Processual: Elas escrevem*. 1ª ed. Recife: Armador, 2016, v. 1.

⁴A discussão sobre a natureza do IRDR ainda existe.

Sofia Temer, ao tratar do tema, diz que há quem defenda que no incidente deve haver julgamento do caso (que seria a técnica da causa-piloto) e há quem defenda que o IRDR apenas trata da questão de direito repetitivo (procedimento-modelo). Independente do entendimento que parece ser majoritário – causa-piloto – há IRDRs que foram instaurados e julgados em abstrato seja por desistência da demanda subjetiva, seja porque o pedido de fixação ou revisão de tese foi realizado sem vinculação a um caso concreto e foi aceito pelo Tribunal. TEMER, Sofia. “IRDR, ‘causa decidida’ e recursos aos tribunais superiores: uma análise da decisão no REsp 1.798.374”. *Revista de Processo*, vol. 48, p. 331-354, 2023, p. 333-334.

⁵Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

A questão que foi debatida no REsp se refere a sua admissibilidade, tendo em vista a expressão *causas decididas* utilizada no art. 105, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) ao tratar da competência do STJ:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...).

A questão levantada no acórdão do REsp foi:

o Recurso Especial, no âmbito do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sob a ótica do conceito constitucional de “causas decididas” previsto no art. 105, III, da Constituição Federal, pode ser interposto contra o acórdão que fixa a tese jurídica (ou naquele que revisa a tese jurídica fixada) em abstrato ou contra acórdão que aplica a tese fixada ou julga o caso concreto?

Foi trazido no acórdão um aspecto sobre a inexistência de parte contrária no REsp que implicaria a inexistência de qualquer espécie de contraditório tanto no TJDFT, quanto no STJ e o contraditório seria indispensável para a formação do precedente obrigatório. Nos termos do acórdão:

Na hipótese dos autos, como já dito, a controvérsia é exatamente o cabimento de recurso especial repetitivo em acórdão fundado em pedido de revisão de tese em IRDR que nega o pedido formulado pela Defensoria Pública, onde sequer existe parte contrária e, conseqüentemente, qualquer espécie de contraditório, seja no Tribunal de origem, tampouco no âmbito desta Corte Superior, indispensáveis para a adequada formação do precedente obrigatório.

Além disso, inexistente um caso concreto específico, individualizado, que possa ser analisado em seus aspectos fáticos e jurídicos necessários ao julgamento,

considerações que violariam a essência da formação de um precedente obrigatório na breve “tradição jurídica brasileira” na teoria dos precedentes judiciais.

No REsp foi fixado entendimento que não seria possível interposição de REsp no caso de revisão de tese, mas, no julgamento, foi admitida a possibilidade da revisão de tese sem a causa-piloto. O final do voto do relator deixa claro que o STJ admitiu a existência de um acórdão proferido por Tribunal de origem fixando tese em abstrato.⁶

Alguns autores refletiram sobre a decisão do STJ: há quem defenda que o órgão julgador se equivocou ao admitir revisão de tese em abstrato, alegando que um julgamento que fixa orientação vinculante geral e abstrata, sem causa concreta, não deve existir, já que se estaria confundindo o judiciário e o legislativo⁷; há quem critique a decisão no que se refere à impossibilidade de cabimento do REsp no caso julgado⁸.

Se é admitida a possibilidade de *revisão de tese* sem que exista um caso concreto, a importância na escolha da causa paradigma que originou a tese é de extrema relevância, já que será a base para a análise sobre a manutenção da tese fixada, havendo um futuro pedido de revisão.

⁶“Portanto, em síntese, não cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que fixa tese jurídica em abstrato em julgamento do IRDR, por ausência do requisito constitucional de cabimento de “causa decidida”, mas apenas naquele que aplica a tese fixada, que resolve a lide, desde que observados os demais requisitos constitucionais do art. 105, III, da Constituição Federal e dos dispositivos do Código de Processo Civil que regem o tema.”

⁷Pode-se mencionar: GONZALEZ, Anselmo Moreira. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Apertem os cintos. A causa-piloto sumiu!* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-nov-15/gonzalez-andreassa-apertem-cintos-causa-piloto-sumiu/>. Acesso em 27 de maio de 2024.

⁸Nas palavras de Sofia Temer: “O entendimento pelo não cabimento de recursos especiais em IRDRs em abstrato desconsidera as disposições constantes do Código de Processo Civil, que, ao contrário, do que constou do acórdão no REsp 1.798.374 (...) não afrontam a Constituição da República. O CPC dispõe expressamente sobre o cabimento de recursos especial e extraordinário no IRDR, que, inclusive, receberam tratamento privilegiado, com presunção de repercussão geral da questão constitucional (...). Não há qualquer distinção em relação a recursos em IRDR “sem demanda subjetiva”, os quais são expressamente admitidos pelo art. 976, §1º, do CPC, vale lembrar”. TEMER, Sofia. IRDR, “IRDR, ‘causa decidida’ e recursos aos tribunais superiores: uma análise da decisão no REsp 1.798.374”. *Revista de Processo*, vol. 48, p. 331-354, 2023, p. 342.

4. Mais um exemplo da importância da causa paradigma: hipótese de impossibilidade de participação direta de todos os interessados no IRDR

A partir do texto de Ricardo Menezes da Silva⁹ que trata, entre outros pontos, sobre a participação dos interessados no IRDR, observa-se mais um aspecto sobre a importância da escolha da causa paradigma.

O autor afirma que existem casos em que não há como assegurar a participação direta de todos os interessados no IRDR. Com isso, precisa existir uma compensação que assegure a tutela efetiva dos interesses dos sujeitos excluídos.¹⁰

Uma das possibilidades de contrapartida – a que interessa para este texto – é dispensar qualquer controle subjetivo de representação “apostando na boa seleção do caso, no interesse subjetivo das partes envolvidas no litígio e na utilização de mecanismos de ampliação do contraditório”.¹¹

Os esforços seriam concentrados na escolha da causa paradigma que deve ser, de fato, representativa da controvérsia. Ou seja, a causa escolhida deve veicular o maior número de argumentos, na melhor maneira possível, em ambos os polos.¹²

Para o autor, essa forma de compensar a exclusão de interessados, seria possível já que a grande característica das demandas repetitivas seria a impessoalidade. A causa julgada seria uma amostra qualitativamente representativa da controvérsia.¹³

Tem-se, então, mais uma prova do cuidado que deve ser empenhado na escolha da causa paradigma.

5. Negócios processuais restritivos à cognição

O CPC possibilita a celebração de negócios processuais que restrinjam à cognição, como o negócio do §2º do art. 357:

⁹SILVA, Ricardo Menezes da. “Representação, vinculação e o problema (não resolvido) das omissões estratégicas no IRDR”. *Revista de Processo*, vol. 314, ano 46, p. 195-226, 2016.

¹⁰Id., Ibid., p. 196.

¹¹Id., Ibid., p. 197.

¹²Id., Ibid., p. 198.

¹³Id., Ibid., p. 198.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. (grifo da autora)

No saneamento do processo, o juiz delimitará tanto as questões de fato que serão submetidas à atividade probatória (com especificação dos meios de prova), quanto as questões de direito relevantes para a decisão. Mas o art. 357 dispõe que as partes poderão apresentar convenção, submetida à homologação judicial¹⁴, sobre o objeto da cognição do juiz e os meios de prova.¹⁵

¹⁴Sobre a homologação, DIDIER Jr. diz que: “Além de poder controlar a validade desse negócio jurídico processual, o que sempre lhe compete, pode o juiz não o homologar, caso inexistir, por exemplo, o mínimo de verossimilhança nos fatos consensualmente havidos como ocorridos. A necessidade de homologação serve exatamente para que não se imponha ao órgão julgador o dever de julgar com base em um absurdo”. DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 26ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, vol. 1, p. 875.

¹⁵Sobre o tema: TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-pra-chamar.pdf>. Acesso 05 de julho de 2024, p. 10.

Pelo §2º do art. 357, caso as partes se certifiquem que não há necessidade de ampla análise cognitiva sobre determinadas questões, poderão apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato ou de direito.

Nesse dispositivo existem atos com naturezas distintas: tem-se, de acordo com a terminologia adotada por Eduardo Talamini, a delimitação consensual como *ato de verdade* acerca das questões controvertidas e a delimitação como *ato de vontade*.¹⁶

A delimitação como ato de verdade acerca das questões controvertidas surge da concordância entre as partes sobre quais pontos permanecem controvertidos no processo.¹⁷ Após analisar todos os pontos afirmados e contestados individualmente, as partes chegam a um consenso sobre o que resta controvertido; nesse caso, nenhuma das partes negociou, já que elas identificaram as questões controvertidas porque estão realmente convictas de quais são as questões controversas. “Há um ato de convicção que é comum a ambas as partes¹⁸”.

Já na delimitação consensual como ato de vontade, as partes acordam que determinadas questões não serão instruídas, não pela concordância sobre a “incontroversibilidade”, mas por opção de não querer discutir.¹⁹ A homologação judicial não traduz uma concordância do magistrado sobre as questões controvertidas, mas simplesmente o respeito à autonomia da vontade das partes.²⁰

Qualquer das hipóteses mencionadas configura negócio bilateral em que as partes concordam com os limites do seu dissenso, podendo trazer inclusive questões de fato até então não deduzidas.²¹

Imaginemos uma ação condenatória por danos materiais, estéticos e morais em razão de alegação de negligência médica em uma cirurgia.

¹⁶TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-pra-chamar.pdf>. Acesso 05 de julho de 2024.

¹⁷Id., Ibid., p. 10.

¹⁸Id., Ibid., p. 10.

¹⁹Id., Ibid., p. 11.

²⁰Id., Ibid., p. 11.

²¹DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 26ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, vol. 1, p. 874-875.

O autor alega que a cirurgia deixou sequelas como perda de capacidade de movimentação e que o fez perder o emprego.

A tentativa de conciliação foi infrutífera e não ocorreu nenhuma das hipóteses dos arts. 354²², 355²³ e 356²⁴ do CPC.

No saneamento, as partes celebram negócio processual e resolvem que apenas a negligência do cirurgião precisaria ser comprovada. A redução da capacidade de movimentação não seria objeto de prova. As partes podem delimitar a matéria por mera liberalidade, mas, também, porque o médico, ao analisar a petição inicial se convenceu que houve perda da capacidade de movimentação.

Observe que até o momento tem-se um primeiro negócio: qual(is) a(s) matéria(s) será(ão) objeto(s) de prova. Mas, além disso, as partes podem acordar que, para a comprovação da negligência, somente seria admitida a oitiva da equipe médica que estava no bloco cirúrgico no momento do procedimento. Optando-se por excluir qualquer outro meio de prova, como a perícia. Esse seria um segundo negócio jurídico também com base no §2º do art. 357.

Para Talamini, um ajuste sobre os meios de prova pode ter natureza de ato de verdade, nos casos em que as partes, por exemplo, determinam apenas a produção prova pericial porque entendem que é o suficiente. Mas pode configurar um ato de vontade. Nesse caso, elas não restringem a instrução porque acham que é suficiente, mas porque querem um procedimento simplificado.²⁵

Mas há uma terceira possibilidade de negócio processual com base no §2º do art. 357: a possibilidade de delimitação das questões de direito. Eduardo Talamini traz uma reflexão importante sobre esse negócio:

Tome-se o seguinte exemplo: em uma relação puramente privada e disponível, uma parte pretende cobrar da outra uma multa moratória contratual de 500% do valor da obrigação – amparada numa hipotética lei que autorizaria

²²Refere-se às hipóteses de extinção do processo.

²³Possibilidade de julgamento antecipado do mérito.

²⁴Hipóteses de julgamento parcial do mérito.

²⁵TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-para-chamar.pdf>. Acesso 05 de julho de 2024, p. 14.

penalidade contratual até esse montante. Suponha-se que há dúvidas acerca da constitucionalidade de tal lei – e essa é uma das questões postas no processo entre as partes. Poderiam as partes, na delimitação consensual de questões controvertidas, excluir tal questão (...), pedindo ao juiz que apenas definisse se houve inadimplemento?²⁶

Talamini defende que “Por mais estranhável que isso possa parecer, a resposta parece ser positiva – desde que se compreenda que não se trata de um negócio puramente processual, mas também e essencialmente material”.²⁷⁻

28

Didier Jr., ao falar da delimitação consensual das questões jurídicas, diz que ela pode, por exemplo, dizer respeito ao Direito aplicável ao caso, semelhante (e nos mesmos casos) ao que dispõe o art. 2º, §1º da Lei 9.307/1996.²⁹

Apesar das reflexões trazidas, o importante para este texto é saber se qualquer desses negócios celebrados com base no §2º do art. 357 poderia limitar a cognição do magistrado e a discussão das questões a ponto de impedir que o processo em que foi celebrado o negócio não possa figurar como causa paradigma de um IRDR?

Nos casos dos negócios celebrados em relação a fatos (ou provas) que servirão para tentar esclarecer o que resta controverso, parece que, a princípio, não haverá nenhum tipo de impacto para que o processo possa, eventualmente, figurar como causa paradigma de um IRDR, já que, pela lei, o IRDR serve apenas para questões de direito.

²⁶Id., Ibid., p. 12.

²⁷Id., Ibid., p. 12.

²⁸Talamini faz uma ponderação sobre a possibilidade de se entender que o negócio trazido no último exemplo não seria possível: “(...) As partes estariam, sob um certo aspecto, remodelando negocialmente os parâmetros jurídicos de solução da causa (...). Em certa medida, isso é equiparável à convenção pela qual as partes optam por julgamento por equidade. Ocorre que o Código de 2015 não contempla essa possibilidade. (...) No Código prevaleceu a regra proibitiva: (...). Se os juízos de equidade não podem ser adotados com base na simples vontade das partes, dir-se-ia que elas tampouco poderiam proceder a outras reformulações dos parâmetros normativos de julgamento.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-para-chamar.pdf>. Acesso 05 de julho de 2024, p. 13.

²⁹DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 26ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, vol. 1, p. 875.

Porém, em se tratando de ato de vontade em que as partes decidem restringir as questões de direito pode-se dizer que há um potencial de limitação de análise e discussão de matéria a ponto de o processo ser inapto a ser escolhido como causa paradigma no IRDR.

6. Restrição na escolha da causa paradigma no IRDR e conclusão

A litigiosidade repetitiva conduziu o legislador à opção de importar para o ordenamento jurídico brasileiro métodos decisórios do sistema *commom law*.³⁰ Entre esses métodos está o IRDR, que faz parte do microsistema de julgamento de casos repetitivos (nesse microsistema também estão os Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos³¹) que, por sua vez, está inserido no sistema de precedentes do CPC.

O incidente poderá ser instaurado pelas partes, pelo juiz ou relator, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública³²; o órgão que julgará o incidente é delimitado pelo regimento interno do tribunal e cabe a ele julgar não só o incidente, mas também, pelo texto legal, o processo de onde se originou o incidente (art. 978, § único³³).

A instauração pode ocorrer quando houver efetiva repetição de processos que contenham mesmo questão jurídica e quando haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

³⁰Sobre os objetivos do IRDR, Dierle Nunes *et al.* dizem: “(...) a instauração dos incidentes de demandas repetitivas intenta reduzir a chamada “jurisprudência lotérica”, na medida em que os próprios Tribunais passam a se vincular, argumentativamente, aos entendimentos estruturados nos fundamentos determinantes das decisões proferidas (...) que deverão servir de guias seguros para o deslinde de ações futuras”. NUNES, Dierle *et al.* O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso samarco. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos e OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.) *Panorama atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, vol. 2, p. 121-146, p. 130.

³¹Muitos são os textos que tratam sobre o microsistema de casos repetitivos, cita-se, apenas como exemplo: TEMER, Sofia. “IRDR, ‘causa decidida’ e recursos aos tribunais superiores: uma análise da decisão no REsp 1.798.374” *Revista de Processo*, vol. 48, p. 331-354, 2023.

³²Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

³³Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. 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.

De acordo com o art. 982³⁴, admitido o incidente, o relator suspenderá os processos que versam sobre a mesma matéria, para que, após a fixação da tese, ela seja aplicada a eles.

O relator deve ouvir as partes e demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, além de poder designar audiência pública e promover oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria e depois solicitará dia para julgamento.³⁵

Como o IRDR pode ser instaurado pelo juiz (ou relator), pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelas partes, há hipótese em que se pode falar em escolha da causa paradigma e outras não.

Quando for instaurado pelas partes não há possibilidade propriamente de escolha da causa paradigma, exceto quando se tratar de litigantes habituais que poderiam optar a partir de qual processo o incidente seria instaurado.³⁶

Já o Ministério Público, quando intervém em um processo, e suscita o incidente, acaba escolhendo aquela causa como a paradigma (algo que também ocorre quando o incidente é instaurado de ofício por órgão do judiciário).³⁷

Por existir a possibilidade, em alguns casos, de escolha da causa paradigma é relevante refletir sobre a forma que essa escolha se dará³⁸.

Não é necessário que haja a escolha de apenas um processo. O Tribunal poderá escolher vários para afetação e julgamento.³⁹

³⁴Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

³⁵Art. 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. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. § 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

³⁶CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

³⁷Id., Ibid.

³⁸A escolha da causa paradigma pode ser corrigida, caso se mostre equivocada, na decisão de organização do incidente. CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

³⁹CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, 2014.

No caso de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, a lei diz que os processos precisam apresentar abrangente argumentação e discussão a respeito da matéria (art. 1.036, §6º)⁴⁰.

No IRDR, apesar de não ter essa previsão expressa, também deve se aplicar o requisito do §6º do art. 1.036, já que todos esses mecanismos de formação de precedentes fazem parte do mesmo microsistema que permite uma migração de normas.

A aplicação do dispositivo legal ao IRDR está prevista em algumas normas regimentais de tribunais: o RITJBA, por exemplo, no art. 219, §2º do Regimento Interno.⁴¹

A seleção da causa paradigma, como já dito, é essencial para garantir a possibilidade de uma revisão de tese satisfatória; garantir uma contrapartida no caso de impossibilidade de participação de todos os interessados no IRDR; e, principalmente, para a efetividade da tese jurídica estabelecida pelo precedente.

Antonio do Passo Cabral propõe dois vetores para a seleção da causa paradigma: a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário e a amplitude do contraditório.⁴²

Sobre o vetor subjetivo - pluralidade e representatividade dos sujeitos - é importante perceber que as partes do processo base para o incidente terão voz no julgamento dele. Assim, caso seja possível a escolha de causas com litisconsórcios essas devem ter prevalência em relação a outras. Da mesma forma, se deve privilegiar causas em que tenha havido intervenção de terceiros, atuação do *amicus curiae* e audiências públicas.⁴³

⁴⁰Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

⁴¹Art. 219 – O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objeto a solução de questão de direito que se repita em diversos processos individuais ou coletivos, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 2º – Se houver mais de um pedido de instauração de incidente, tendo por objeto a mesma questão de direito, o Presidente do Tribunal escolherá o caso que mais bem represente a controvérsia, observado o disposto no § 6º do art. 1.036 do Código de Processo Civil, e determinará que os demais pedidos integrem a atuação a fim de que o Relator conheça dos argumentos levantados; os requerentes dos pedidos não escolhidos serão informados do número do incidente instaurado e as partes dos respectivos casos poderão participar do processo como intervenientes.

⁴²CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁴³Id., Ibid.

Em relação à amplitude do contraditório, alguns pontos merecem destaque: completude de argumentação⁴⁴, qualidade da argumentação⁴⁵⁻⁴⁶, diversidade de argumentos⁴⁷, contraditório efetivo⁴⁸ e inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário.⁴⁹

Sobre a inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário, Antonio do Passo Cabral diz que nos processos com cognição limitada e nos processos com cognição sumária - ambos que apresentam restrições à cognição - há impossibilidade de seleção como processo-piloto.⁵⁰

Apenas para esclarecer a diferença entre essas limitações à cognição⁵¹, para Cabral, nos procedimentos de cognição restrita, as prerrogativas do debate são limitadas. Essa limitação ocorre quando há restrições que subtraem questões da apreciação judicial, como é o caso da ação de consignação em pagamento e os embargos de terceiros. Mas há casos em que há limitação na

⁴⁴“O primeiro aspecto que deve ser salientado é que, para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a inúmeros processos já em andamento, e provavelmente a muitos outros casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista potencialmente condicionantes daquele debate, ou ao menos a maior parte das alegações que tenham sido ventiladas nos processos repetitivos.” CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁴⁵“... a qualidade dos argumentos deve ser um parâmetro de avaliação para a escolha da causa-piloto. Lembremos que a finalidade do exame acerca da qualidade, para fins de seleção do processo-teste, é que o Tribunal seja municiado de alegações observadas nos múltiplos processos repetitivos, e que possa decidir a questão comum à luz dos argumentos que vêm sendo utilizados nas instâncias inferiores.” (...) “um processo deva ser compreendido como possuidor de argumentação de qualidade quando as alegações têm os seguintes predicados: clareza, logicidade e concisão”. CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁴⁶Sobre a qualidade de argumentos, Eduardo Talamini também traz a clareza como requisito para a qualidade da argumentação. TALAMINI, Eduardo. “Repercussão geral ao recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação”. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 54, p. 56-68, 2007.

⁴⁷“Como as decisões do incidente terão um impacto sistêmico a muitos outros processos individuais, e consequentemente a muitas realidades e contextos de debates diversos, é louvável que se pretenda não apenas que vários pontos de vista sejam considerados, mas também que argumentos diferentes sejam levados à cognição do Tribunal julgador”. CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁴⁸“efetivo exercício do contraditório, compreendido como influência reflexiva (isto é, os direitos de informação, expressão e consideração, abrangendo todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz, em ambiente dialogal cooperativo).” CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁴⁹CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁵⁰Id., Ibid.

⁵¹Kazuo Watanabe entende que a cognição deve se amoldar ao direito e para garantir a cognição adequada, dois planos devem ser observados: os planos cognitivos horizontal e vertical. No horizontal há limitação objetiva quanto ao conhecimento do magistrado; ele não poderá analisar questões processuais ou de mérito. Já no plano vertical, Watanabe divide a cognição entre exauriente e sumária, a depender da possibilidade de aprofundamento das questões trazidas a conhecimento do magistrado. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987. p.83.

profundidade da atividade cognitiva como no caso da concessão de medidas de urgência.⁵²

Sobre as limitações probatórias, Cabral entende que só se aplicaria o parâmetro da impossibilidade de seleção, se a questão comum (objeto do IRDR) pudesse ser uma questão de fato⁵³.

Pensamos que dentro do contexto de restrição à cognição, aspecto a ser observado na escolha da causa paradigma, se pode tratar da impossibilidade de escolha de um processo em que tenha sido celebrado um negócio processual restritivo da cognição previsto no §2º do art. 357.

Como já afirmado, não se defende que qualquer negócio processual no saneamento do processo (com base no §2º do art. 357) seria apto a retirar a viabilidade de um processo ser causa paradigma em um IRDR.

Os negócios processuais que não apresentam restrição na cognição do juiz, como um negócio em que as partes concordam que determinado fato é incontroverso (como um ato de mera verdade sobre questão de fato) não parece que seja limitador à cognição do juiz, já que (i) é no saneamento que as questões controvertidas são delimitadas e, havendo a celebração do negócio, a questão objeto dele não será posta como controversa e por isso não haverá cognição sobre ela; (ii) o juiz pode não homologá-lo quando não houver o mínimo de verossimilhança nos fatos⁵⁴.

⁵²“É que os procedimentos de cognição plena são caracterizados pela ampla predeterminação legal das formas e dos prazos, e também pela elástica possibilidade de exercício de poderes processuais pelas partes (...). Já nos procedimentos de cognição restrita, as prerrogativas do debate são limitadas.

Isso ocorre quando há cognição limitada (restrita no plano horizontal), nos quais vemos restrições que subtraem certas questões da apreciação judicial. Para empreender esta restrição da cognição no plano vertical, o legislador às vezes se vale da técnica de reduzir o campo das alegações do autor (ius assertionis), ou as de defesa (ius defensionis), retirando certos argumentos do objeto cognoscível; ou então tolhe diretamente do magistrado a possibilidade de conhecer de algumas questões, ainda que suscitadas pelas partes e mesmo que influenciem a decisão final. Exemplos desses procedimentos no direito brasileiro são as ações de desapropriação, de consignação em pagamento, os embargos de terceiro, entre outras.

Já no plano vertical da cognição, que toca a profundidade da atividade cognitiva, ou seja, a intensidade de aprofundamento da análise judicial sobre cada uma das questões, também existem restrições em certos procedimentos, o que comumente se denomina “cognição sumária”. A cognição sumária é aquela em que não se permite ao juiz uma análise aprofundada em função de restrições de tempo ou de natureza probatória. Com efeito, seja porque existe premência temporal (ex.: medidas de urgência), seja porque nem todos os meios de prova estão à disposição do julgador (ex.: mandado de segurança), a cognição exercida não atinge grande detalhamento.” CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁵³CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

⁵⁴Sobre a possibilidade de não homologação judicial ver a nota de rodapé n. 14.

Mas até mesmo os negócios processuais celebrados no saneamento que efetivamente restrinjam a cognição do juiz (especificamente os que versem sobre questões de direito) podem ser escolhidos como representativos da controvérsia.

Ser ou não representativo de controvérsia é uma qualidade que se impõe a partir da delimitação da *questão de direito*⁵⁵ que será discutida no IRDR. Como explica Marinoni: “O incidente propõe-se a julgar uma “questão” e não propriamente as demandas repetitivas.”⁵⁶ E, ainda, Sofia Temer diz: “O incidente de resolução de demandas repetitivas não julga “causa”, mas apenas fixa tese, porque seu objeto está restrito às *questões* de direito (material ou processual) que se repetem em diversos processos.”⁵⁷⁻⁵⁸

Assim, a análise deve se referir ao impacto do negócio celebrado na questão a ser discutida no IRDR e não na causa do processo ou na cognição do juiz no mérito do processo.

Como o incidente tem por objeto uma questão, a delimitação exata dessa questão tem muita relevância. A questão, por exemplo, não pode ser desimportante para a resolução dos casos e não se pode decidir no IRDR questão diversa da que realmente interessa para a solução das demandas que se repetem.⁵⁹

⁵⁵Marinoni faz uma interessante observação sobre o IRDR ser instaurado para resolução de questão de direito: “Tendo em vista que o incidente de resolução está preocupado com a definição de “questões idênticas” (...), é certo que o art. 976, ao aludir a “questão unicamente de direito”, não quis proibir a resolução de questões de direito que repousem sobre fatos, mas desejou evidenciar que o incidente não pode ser invocado quando é necessário elucidar matéria de fato.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.104.

E segue: “O incidente supõe a individualização ou o isolamento de uma questão de direito que embora possa estar claramente apoiada em fatos, não pode exigir investigação probatória. Fatos incontroversos abrem oportunidade para o surgimento de uma mesma questão de direito. (...) O art. 976, ao falar em questão unicamente de direito, está aberto à solução de questões de direito fundadas em fatos incontroversos, mas rejeita as questões que exigem produção de provas. Portanto, há “questão unicamente de direito”, para efeito de incidente de resolução, quando a questão reclama mera interpretação de norma ou solução jurídica com base em substrato fático incontroverso.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.104-105

⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p 101.

⁵⁷TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 69-70

⁵⁸A autora explica que: “A decisão que define a admissibilidade do incidente deve identificar o objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas. O órgão julgador deverá delimitar sobre o que se refere o incidente, indicando a questão jurídica, os argumentos ou teses dissonantes apresentados até aquele momento e os dispositivos normativos relacionados à controvérsia.” TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 134

⁵⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p 113

Se houver limitação à cognição exatamente na questão de direito que será objeto de IRDR esse processo não pode figurar como causa paradigma, já que nesse processo hipotético não houve efetivação da controvérsia (sequer pode ter sido configurada a controvérsia).

No caso hipotético da cirurgia que acarretou restrição a movimentos do autor, se foi celebrado negócio em que as partes resolvem que apenas a negligência do cirurgião precisaria ser comprovada, mas houve ampla discussão nesse processo sobre a admissibilidade de um agravo de instrumento, não haveria impossibilidade de o processo ser escolhido como causa paradigma para fixação de tese sobre essa questão por um Tribunal.

Ou seja, não se pode limitar um processo como representativo da controvérsia pela mera existência de um negócio jurídico processual celebrado no saneamento (§2º do art. 357), já que para inadmiti-lo como causa paradigma se deve comparar o objeto do negócio e seu eventual impacto na discussão da *questão* objeto do IRDR.

7. Bibliografia

CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, 2014.

DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 26ª ed. Salvador: Juspodivm, 2024, vol. 1.

EXPÓSITO, Gabriela. A restrição cognitiva do Art. 357, § 2º do CPC/2015 e a escolha da causa-tese no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In Sabrina Dourado, Rosalina Freitas, Renata Cortez. (Org.). *Temas relevantes de Direito Processual: Elas escrevem*. 1ª ed. Recife: Armador, 2016, v. 1.

GONZALEZ, Anselmo Moreira. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Apertem os cintos. A causa-piloto sumiu!* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-nov-15/gonzalez-andreassa-apertem-cintos-causa-piloto-sumiu/>. Acesso em 27 de maio de 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Dierle *et al.* O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso samarco. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos e OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.) *Panorama atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, vol. 2, p. 121-146.

TALAMINI, Eduardo. “Repercussão geral ao recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação”. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 54, p. 56-68, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-pra-chamar.pdf>. Acesso 05 de julho de 2024.

TEMER, Sofia. “IRDR, “causa decidida” e recursos aos tribunais superiores: uma análise da decisão no REsp 1.798.374”. *Revista de Processo*, vol. 48, p. 331-354, 2023.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.