

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL

LUCIANO MARLON RIBAS MACHADO

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O DIREITO
FUNDAMENTAL A UMA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

CURITIBA

2019

LUCIANO MARLON RIBAS MACHADO

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O DIREITO
FUNDAMENTAL A UMA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

**CURITIBA
2019**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANO MARLON RIBAS MACHADO

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O DIREITO
FUNDAMENTAL A UMA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

Componente: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

Componente: Prof. Dr. Sandro Marcelo Kozikoski

Curitiba, 25 de março de 2019.

*À minha doce princesa e esposa Franciele, por todo o amor e apoio incondicional.
Aos meus pequenos príncipes Davi e Mateus, por serem o motivos de tanta alegria e
fonte de inspiração em minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Etapa mais que especial é agradecer todos que participaram de alguma forma para que o sonho de cursar e finalizar um mestrado se concretizasse.

Assim, peço licença para agradecer cada sorriso, cada abraço, cada palavra inspiradora me fizeram continuar trilhando o caminho da academia e da docência.

Agradeço aos meus pais, Jorge e Lorena por amarem os meninos e cuidarem muitos sábados deles para que eu pudesse estudar. Pai, obrigado por ter sido maravilhoso com a gente, por ter dado tanto amor e ser um pai completo, que serviu de exemplo e me inspira a educar os meninos da forma que você me educou. Mãe, muito obrigado por ter me ensinado a estudar, a gostar de estar em sala de aula e comemorar todas as minhas conquistas em todas as etapas escolares. Lembro de sua alegria quando te mostrei o diploma da graduação e depois da pós-graduação e espero agora te mostrar o título de mestre e sempre lembro da frase que “*no começo éramos só nós dois*”. Amo-os imensamente e gostaria de fazer mais por vocês.

Aos meus irmãos Toto e Mana e minha sobrinha Juliana, pelas brincadeiras e brigas ao longo dos anos, pelas risadas e choros e pelas saídas juntos em vários lugares. Toto, você será um servidor público maravilhoso, tua caminhada é linda e tenho orgulho de você trilhar o mesmo caminho que o meu, de sentar e estudar até conseguir a aprovação. Mana, uma menina linda e ao mesmo tempo uma mãe maravilhosa, uma profissional admirável que foi buscar o seu caminho muito jovem está se tornando uma mulher de sucesso e colherá os melhores frutos do seu trabalho. Juliana ou Nana, sobrinha amada e doçura de menina que veio alegrar nossas vidas e demonstrar a todos que amor não tem limites. Amo vocês três e espero que encontrem a felicidade, pois isso é o mais importante em nossa família.

À minha amada e mais bela esposa Fran, muito obrigado por ter entrado em minha vida há 10 anos e estarmos trilhando essa caminhada juntos e unidos. Você é uma mulher na acepção plena da palavra, profissional responsável, mãe dedicada e esposa que sempre me incentivou a estudar cada vez mais para que pudéssemos evoluir e aguentou as minhas irritações. Obrigado por ter abdicado de tempo juntos e ter cuidado sozinha várias vezes dos meninos nesses dois anos para que eu pudesse concluir meu sonho. Te amo imensamente e um dia espero poder

expressar todo esse amor. Muito obrigado por ter me escolhido e ter me dado os nossos dois príncipes.

Aos meus filhos Davi e Mateus, muito obrigado por terem me escolhido como seu pai para caminharmos juntos nessa etapa evolutiva. Vocês são meus amores e agradeço do fundo do coração por terem entendido que o papai tinha que estudar e não podia brincar no momento que vocês desejavam. Mesmo tão pequenos já sabiam que eu precisava estudar e esperavam a hora certa para podermos nos divertir, mesmo que fosse pouco nos dias de muito estudo. Davi, ainda bem que nesse pouco tempo conseguimos fazer você andar sozinho de bicicleta. Mateus, ainda jogaremos bastante futebol na sala de casa. Amo demais vocês dois.

Agradeço ao amigo, colega e Senador Paulo Salamuni, por ter mostrado que é possível fazer política sem negociar princípios, atuar corretamente e ser respeitado nesse mundo que está repleto de corrupção e estigmatizado pelos escândalos nacionais. Muito obrigado por ter me dado a oportunidade de trabalhar contigo e ter me passado ensinamentos profissionais que valem ouro e que servirão para que eu sempre atue com retidão de caráter, pois como você sempre diz: “*se caráter custa caro, pago o preço*”.

Cintia Estefânia Fernandes, procuradora com um conhecimento gigante, generosa, com aquele sorriso especial no rosto e sempre pronta para me ouvir. Me inspirou muitas vezes e tenho em você uma referência acadêmica. Muito obrigado pelas palavras de otimismo e de tranquilidade nos momentos que eu estava angustiado.

Aos meus estagiários Sarah e Ricardo, agradeço por terem segurado as pontas nos momentos mais difíceis que precisei, vocês dois ajudaram muito nessa caminhada e estão guardados em meu coração. Tornaram essa etapa muito mais fácil para mim. Serão profissionais do Direito maravilhosos e sou grato por terem me escolhido como seu colega nesses dois anos.

Sou muito feliz e grato ao meu orientador Prof. Doutor William Soares Pugliese por me oportunizar capturar um pouco de seu conhecimento. Um professor brilhante, da nova geração de processualistas, do qual tenho a honra de ter sido o seu 1º orientando no mestrado, o que me deixa mais orgulho e com uma responsabilidade imensa em fazer a melhor dissertação possível. Sua tranquilidade, humildade e simpatia me ajudaram a ir muito longe. Muito obrigado de coração pela tua generosidade e paciência.

Aos professores Octávio Fischer, Bruno Lorenzetto, Marcos Augusto Maliska, Paulo Schier, Adriana Schier, Laura Garbini pelo profissionalismo, pelos ensinamentos e por tornarem o mestrado da Unibrasil uma referência nacional.

Aos meus amigos André Paulo, Gabriel, Élcio, Fran, Karol, Carlinha, Ana Paula, Moisés, Guilherme, Zolandek, Melissa, Eliane, Pedro Flores, Juliano Lirani e aos demais colegas do mestrado, muito obrigado pelos anos maravilhosos, conversas, trabalhos e risadas, vocês são especiais em minha vida.

Agradeço à Procuradoria Geral do Município de Curitiba por incentivar a minha qualificação e ter concedido a bolsa de estudos para a realização do mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.

Finalmente, agradeço à Unibrasil por proporcionar um mestrado acadêmico de altíssimo nível, incentivar a pesquisa, fomentar a discussão e desenvolver os seus alunos em uma estrutura física magnífica.

Muito obrigado a todos!

“Às vezes nossa própria luz se apaga e é reacendida pela fagulha de outra pessoa. Todos temos motivos para pensar com uma profunda gratidão naqueles que acenderam a chama dentro de nós”.

Albert Schweitzer (1875-1965)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – PROBLEMAS DO PODER JUDICIÁRIO E DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	17
1.1 Normas fundamentais do processo	17
1.2 Efeitos do CPC/15: entre decisões fundamentadas e processos céleres	33
1.3 Problema: o precedente tornará o ato de decidir mais complexo?	41
1.4 Precedentes e a busca pela estabilização das decisões.....	56
CAPÍTULO II – O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO EM DEMANDAS REPETITIVAS	67
2.1 Ordenamentos que inspiraram o surgimento do IRDR	67
2.2 Inserção no direito pátrio.....	77
2.3 Requisitos para sua instauração	84
2.4 Princípios concretizados pelo instituto	90
2.5 Instauração	101
CAPÍTULO III – A (IN)EFETIVIDADE DE DIREITOS ATRAVÉS DO IRDR.....	112
3.1 Reflexão utilitarista e consequencialista	112
3.2 A falta de controle judicial da representatividade adequada.....	126
3.3 Aplicação em demandas envolvendo a Fazenda Pública.....	136
3.4 IRDR e negação de direitos	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inserido em nosso ordenamento com a edição do novo Código de Processo Civil, com a intenção inicial de realizar direitos e preservar garantias constitucionais. O intuito do presente trabalho é demonstrar os efeitos trazidos pelo CPC no processo decisório, se o precedente tornará o ato de decidir mais complexo, a permanente busca pela estabilização das decisões judiciais e confirmar que o IRDR não efetivará direitos, terá um reflexo consequentialista nefasto para o litigante de massa e não proporcionará uma efetiva prestação jurisdicional, servindo muito mais aos interesses do Poder Judiciário em sua busca pela redução do volume processual e atendimento das forças dominantes, negando direitos às minorias e enfraquecendo a democracia.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais; Precedentes; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Consequentialismo; Direito Comparado; Direito Alemão; Direito Anglo-saxão.

ABSTRACT

The present paper has as objective to present the institute of the Incident of Resolution of Repetitive Demands, inserted in our legislation with the new Code of Civil Procedure, with the initial intention of realizing rights and preserving constitutional guarantees. The purpose of this paper is to demonstrate the effects brought by the CPC in the decision-making process, if the precedent will make the act of deciding more complex, the permanent search for the stabilization of judicial decisions and confirm that the IRDR will not enforce rights, will have a harmful consequentialist reflex for the mass litigant and will not provide an effective jurisdictional provision, serving much more to the interests of the Judiciary Power in its search for the reduction of the procedural volume and attendance of the dominant forces, denying rights to the minorities and weakening democracy.

Keywords: Fundamental Rights; Precedents; Incident of Resolution of Repetitive Demands; Consequentialism; Comparative Law; German Law; Anglo-Saxon Law.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, que estabelece o país como um Estado Social e Democrático de Direito que, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana, se destina a assegurar a liberdade, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, busca-se a estabilização das relações sociais e harmonização dos diversos grupos através da concretização dos princípios¹ constitucionais.

Para que ocorra essa acomodação dos interesses em jogo, o indivíduo precisa saber antecipadamente qual norma é vigente, o que sinaliza a lógica precedência da norma perante o fato por ela regulamentado, possibilitando que o destinatário se valha de um prévio cálculo de seu conteúdo e o cidadão também deve ter a possibilidade de compreender o conteúdo da norma, no que tange à sua clareza, calculabilidade e controlabilidade.²

Nessa perspectiva, entra em cena o Congresso Nacional como poder legitimado para realizar as atualizações legislativas à luz da Constituição Federal para dar clareza e atualidade das regras legais na busca do direito pelos indivíduos.

Com esse intuito, foi aprovada a lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 para introduzir no ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil para substituir o antigo Código editado na década de 1970, que encontrava-se desatualizado e continha dispositivos que não observavam a principiologia constitucional, levando a uma inevitável inconstitucionalidade de diversos artigos do antigo Código.

O novo CPC tentou inovar o ramo do processo civil com a extinção de figuras ineficazes e a inserção de novos institutos, dentre eles o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – previsto nos artigos 976 ao 987 – com o intuito de uniformizar, estabilizar, integrar e dar coerência ao sistema jurídico, com a consequente tendência de diminuição do número de demandas judiciais.

O objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas descrito na exposição de motivos do CPC é proporcionar o reconhecimento e realização de direitos e preservação de garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, realizar os princípios da isonomia, segurança jurídica, economia processual

¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 102.

² SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

e ter um processo mais célere, mais justo, menos complexo e compatível com as necessidades sociais, com a consequente estabilização das decisões judiciais e o desafogamento da máquina estatal.

Em nossa atualidade, precisamos verificar se novos institutos surgem para racionalizar o sistema jurídico ou se serão utilizados para afastar a possibilidade de pedidos perante o Poder Judiciário.

Nesse cenário de inovação legislativa ganha destaque o estudo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que foi inspirado no *Musterverfahren* do direito alemão e no *Group Litigation Order* do direito inglês.

Assim surge a intenção da presente pesquisa: investigar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a vinculação com os princípios da isonomia e segurança jurídica, o reflexo para o litigante de massa,³ a problematização do novo instituto entregar a prestação jurisdicional e a hipótese de não ocorrer o direito fundamental a uma efetiva prestação jurisdicional através do incidente.

A pesquisa se justifica pela percepção crescente de um alto grau de inefetividade das prestações estatais pelo Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais, o qual busca reduzir sua carga de trabalho de forma equivocada ao não consagrar direitos legítimos do indivíduo para evitar o reflexo de enxurrada de demandas judiciais na busca pelo mesmo direito, perpetuando a instabilidade dos grupos sociais e privilegiando situações injustas ou grupos econômicos.

Esta afirmação será justificada no desenvolvimento do tema e para que se possa dar base à proposta, o caminho a ser seguido pelo trabalho será dividido de forma a tornar perceptível o aqui brevemente explanado.

Assim, no primeiro capítulo serão analisados os problemas do Poder Judiciário e de Prestação Jurisdicional, delineando as normas fundamentais do processo que estão interligadas com essa problematização (tópico 1.1).

Em seguida, é importante trazer à luz o anteprojeto que deu origem ao CPC, para encontrar respostas na pesquisa se há correlação entre decisão fundamentada

³ Nesse sentido: O incremento progressivo de conflitos em massa vem exigindo o desenvolvimento de mecanismos de solução dos litígios em escala, mediante a criação de instrumentos processuais diferenciados, adaptados às características e necessidades deste contexto. Não bastasse, essa tendência vem se desenvolvendo de forma concomitante ao fortalecimento da percepção constitucional da ordem jurídica e do processo, com fundamento na teoria dos direitos fundamentais, o que exige que tais instrumentos sejam desenvolvidos preservando-se as garantias processuais dos litigantes. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 284.

e processo célere como efeitos do novo CPC e se isso se efetivará através dos Precedentes, do IRDR e do Julgamento de Demandas Repetitivas (tópico 1.2).

Ao encontrar os efeitos visados pelo CPC/15, precisaremos analisar se o precedente tornará o ato de decidir mais complexo e se teremos um aprofundamento nas decisões (tópico 1.3).

Como consequência lógica do tópico anterior, importante estudar o Precedente e a busca pela estabilização, ao tentar compreender se as decisões judiciais estão de acordo com o novo CPC que exige que as decisões tenham uniformidade, coerência, estabilidade e integridade. Sendo assim, trabalhar-se-á a verificação da *ratio decidendi* e a necessidade de uniformização do entendimento da Corte para a correta aplicação pelos órgãos dos Tribunais Regionais e de Justiça e magistrados de 1º grau.

Para isso, se mostra importante discorrer sobre as transformações ocorridas após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004 e a tentativa de maximização das decisões pelas Cortes Superiores, migrando de uma simples reprodução do texto legal aplicável para uma interpretação fundamentada da norma legal.

Nesse mesmo tópico será feita uma análise da *ratio decidendi* no STF e STJ, com uma breve diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para justificar uma correta carga argumentativa proposta pelo novo CPC às decisões e a formação da *ratio* da Corte – e não mais dos julgadores – para influenciar toda a cadeia decisória e a busca pela argumentação que gere coerência em todo o sistema jurídico para a aplicação do IRDR. Ainda, a pesquisa analisará se o CPC estabiliza ou eterniza uma relação jurídica e se o código entrega uma prestação jurisdicional (tópico 1.4).

Sendo assim, a intenção do segundo capítulo é trabalhar com a figura do Incidente de Resolução em Demandas Repetitivas, percorrendo inicialmente questões pertinentes a sua origem e inspiração no direito comparado, com uma breve conceituação e utilização no direito alemão e inglês e análise do novo instituto que não era previsto no CPC/1973 (tópico 2.1).

Feitas essas considerações iniciais, tentaremos demonstrar a forma de inserção do IRDR no nosso ordenamento, em qual capítulo do CPC foi incluído e sua natureza jurídica (tópico 2.2).

Em uma análise dos artigos que conformam o incidente, verificar se os requisitos descritos no art. 976 do CPC para o surgimento do IRDR são cumulativos

ou alternativos (tópico 2.3) e os princípios relacionados e concretizados pelo instituto, tais como, isonomia, segurança jurídica, economia processual, celeridade e razoável duração do processo (tópico 2.4).

O capítulo é finalizado com a possibilidade de instauração do incidente em nosso sistema jurídico e observância imposta pelo CPC da necessidade de estabilização, integração e coerência nas decisões judiciais. Mostra-se fundamental analisar a instauração do instituto com critérios bem definidos para evitar a sua possível banalização.

Toda essa construção tem por razão dar fundamento para o último capítulo da presente pesquisa, em que se pretende demonstrar justificadamente a (in)efetividade dos direitos através do IRDR e conseqüente prejuízo da democracia e dos direitos fundamentais processuais, apontando que na nossa atualidade a cada dia ganha força o conseqüencialismo nas decisões judiciais. Nessa perspectiva, demonstraremos a origem do utilitarismo, do conseqüencialismo e grande possibilidade de utilização do conseqüencialismo jurídico como justificador nefasto do IRDR (tópico 3.1).

Após, a pesquisa enfrentará o problema da falta de controle judicial na representatividade adequada, tema amplamente debatido por não terem os doutrinadores encontrado o limite e extensão da representatividade dos interesses envolvidos e discutidos no IRDR e o estudo tentará demonstrar que a inadequação na representatividade pode limitar direitos individuais e fazer retroceder o processo civil, ao invés de modernizar e ampliar o direito processual (tópico 3.2).

Em complementação aos tópicos anteriores, é importante discorrer o IRDR em demandas envolvendo a Fazenda Pública, pois este ente é responsável por mais de 60% de todas as demandas em tramitação no Poder Judiciário e grande responsável pela morosidade vista na atualidade. Nesse aspecto, é essencial pesquisar e justificar se haverá um ponto em comum entre a decisão no incidente e a melhoria na atuação fazendária, com o aprimoramento ou desvirtuamento do instituto em favor da coletividade e do interesse público primário e se o efeito vinculante gerado pelo IRDR vinculará direta ou indireta a Administração (tópico 3.3).

Por fim, no último tópico do terceiro capítulo e do trabalho como um todo, as intenções se voltam para a demonstração de que o IRDR poderá ser um efetivo instrumento para negar direitos, gerador de decisões por lotes com intuito exclusivo

de diminuição de estoques e que não teremos uma atuação estatal em favor do indivíduo, com a afetação direta em seu direito fundamental a uma efetiva prestação jurisdicional, não sendo garantida maior segurança jurídica, isonomia, eficiência e nem economia processual (tópico 3.4).

CAPÍTULO I – PROBLEMAS DO JUDICIÁRIO E DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

1.1 Normas Fundamentais do processo

Em nosso ordenamento jurídico estávamos verificando uma desconexão entre um Código de Processo Civil (1973) editado sob a égide de uma ditadura e uma Constituição Federal (1988) editada para afastar os resquícios do regime autoritário e priorizar os direitos fundamentais do cidadão.

A lei maior, editada em 5 de outubro de 1988, enalteceu os direitos e garantias fundamentais ao prever já no Título II, artigo 5º, a preservação do ser humano e as condições mínimas para sua vida em uma sociedade livre e democrática.⁴

Após o surgimento da CF/88 e o florescimento do direito constitucional ao longo da década de 1990, a efetivação do Estado Constitucional com a análise de todo o ordenamento jurídico à luz da CF voltado para a concretização de direitos fundamentais e as alterações pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), fez-se necessária uma nova codificação no ramo do processo civil para a harmonização entre o comando constitucional e a efetiva prestação jurisdicional através do processo.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O mesmo vale para o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição.⁵

⁴ Importante destacar que sob a vigência da CF/67 (com a emenda constitucional e 1969) os direitos e garantias fundamentais estavam elencados nos últimos capítulos da Carta Constitucional, em tamanho diminuto, sem qualquer efetividade de resguardo perante o Estado policial e frequentemente desrespeitados pelo Estado, ao argumento de garantia da ordem institucional implantada pelo regime militar. Assim forma cometidas diversas atrocidades e para afastar-se desse período nefasto, a nova ordem constitucional trouxe para o início a preservação dos direitos e garantias individuais e coletivos e previu em seu rol mais de 78 possibilidade de preservação do indivíduo, demonstrando a partir desse momento o que seria privilegiado perante a sociedade.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 578.

Se a nossa Constituição traz um modelo de processo civil a ser adotado e não adaptamos a legislação infraconstitucional, especificamente um novo CPC que respeite a carta maior – um legítimo direito constitucional processual⁶ – não conseguiremos concretizar os direitos fundamentais e nem dar um sentido comum mínimo⁷ aos institutos de processo civil, acarretando a descentralização e desconexão no nosso ordenamento.

O objetivo em um Estado Constitucional Democrático de Direito⁸ é assegurar “a ordem e a unidade do direito processual civil”⁹ e isso é realizado quando o Poder Legislativo concretiza em sua atuação primária o que foi proposto pela Constituição, reproduzindo e densificando os comandos constitucionais voltados ao processo,¹⁰ conformando um modelo de processo justo e coerente.

Não ocorrendo a densificação, “incorre o Estado Constitucional na proibição de proteção insuficiente e, em alguns casos, mesmo na proibição de ausência de proteção ao direito fundamental ao processo justo”.¹¹ Por isso, é essencial um Código editado à luz da CF/88¹² para termos coerência, ordem e unidade, pensado “a partir de sua finalidade e de eixos temáticos fundados em sólidas bases teóricas”.¹³

Marinoni, Arenhart e Mitidiero nos esclarecem que

⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 578.

⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 578.

¹⁰ Nesse sentido: [...] há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direito fundamental. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.). DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 48.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 578.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo código de processo civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 579.

Para que o direito processual civil possa realmente ter a sua âncora na Constituição e ser compreendido como verdadeiro instrumento de efetiva proteção dos direitos, é fundamental que todo o processo civil seja orientado pelo seu dever de dar tutela aos direitos de maneira geral (formando precedentes) e de maneira particular (decidindo de forma justa as controvérsias e dando adequada efetivação às suas decisões).¹⁴

Tutelar os direitos individuais¹⁵ e coletivos e utilizar a técnica processual para elaborar bons precedentes, gerará a unidade do direito almejada, a preservação da liberdade e da igualdade entre os indivíduos e ao final a segurança jurídica pretendida pelo ordenamento. Conclui-se que “é inafastável da compreensão do processo civil no Estado Constitucional¹⁶ o binômio técnica processual e tutela dos direitos”.¹⁷

A prestação jurisdicional efetiva só ocorrerá se as normas processuais civis objetivarem tutelar direitos, com o conseqüente acesso pelas partes à tutela específica de seus direitos, implementando uma resposta diferente da adotada até hoje que só ressarcia financeiramente o dano sofrido.

Fredie Didier Júnior ao se debruçar sobre os princípios e regras processuais previstos na CF/88 faz uma importante reflexão que

[...] o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva).¹⁸

É nesse sentido que caminhou o novo CPC ao prever explicitamente no art. 1º que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.¹⁹

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 579.

¹⁵ Nesse sentido: [...] a tutela dos direitos constitui ao mesmo tempo a finalidade do processo civil no Estado Constitucional e o eixo a partir do qual a interpretação do Código deve ser pautada. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 580.

¹⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. Projeto do novo código de processo civil: confront entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 226.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 580.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 56.

¹⁹ MEDINA, José Miguel García. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

O novo ordenamento processual civil reconhece e legitima a força normativa da Constituição²⁰ e esclarece que todas as normas serão construídas e interpretadas de acordo com a CF e passíveis de controle de constitucionalidade em caso de confronto.

O CPC inicia a parte geral nos apresentando no Livro I – DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS, Título Único, Capítulo I, as normas fundamentais do Processo Civil, elencadas nos arts. 1º a 12, inovação importante que não existia no CPC/1973 e contempla regras e/ou princípios, conforme definido no Fórum Permanente de Processualistas Civis, no enunciado n. 370: “(arts. 1º a 12) Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio”.²¹

A ideia foi estruturar o novo processo civil e direcionar o entendimento das demais normas jurídicas contidas no novo *Codex* e servir como “uma norma de interpretação das fontes do Direito Processual e de aplicação de outras normas processuais”.²²

Essas normas fundamentais elencadas nos doze artigos iniciais foram editadas na forma de princípios, como o devido processo legal, e também na forma de regras, como respeito à ordem cronológica de conclusão e a proibição de utilização de provas ilícitas.

Fredie Didier Júnior²³ considera que alguns desses artigos são mera reprodução do texto constitucional, como exemplo, o art. 3º, caput do CPC e que isso não teria relevância por já estar positivado na Constituição Federal. Entende também que o rol é exemplificativo e que teríamos outras normas fundamentais processuais que estariam espalhadas pelo CPC e “não seria exagero dizer que os arts. 190 e 926 e 927 são pilares do novo sistema do processo civil brasileiro”.²⁴

Por fim, este autor entende que há normas fundamentais do processo civil que são ao mesmo tempo direitos fundamentais e outras “normas fundamentais do

²⁰ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 49.

²¹ Enunciados aprovados em Vitória, 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em <http://bit.ly/2USB27a>. Acesso em 9.11.2018.

²² DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 63.

²³ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 64.

²⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 64.

processo civil que não possuem o status de norma de direito fundamental, como é o caso das regras decorrentes dos arts. 2º e 12, ambos do CPC”.²⁵

Percebe-se que o doutrinador não aponta para a (ir)relevância desses doze primeiros artigos, pendendo mais para a desnecessidade de sua inclusão no CPC.

Por outro lado, Viviane Lemes da Rosa e William Soares Pugliese afirmam que esse primeiro grupo de artigos “representam a base teórica e principiológica pela qual o novo Código de Processo Civil deve ser interpretado”,²⁶ ou seja, há uma relevância em sua estipulação infraconstitucional e seriam um balizamento mínimo para interpretar a legislação ordinária.

Ao classificar esse primeiro grupo de normas como normas fundamentais, o legislador quis sobrelevar esses dispositivos legais e “ressaltar sua característica de fundamentalidade”.²⁷

Ao tratar dos direitos fundamentais, afirma-se que eles constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico. Comenta-se também a “originalidade” dos direitos fundamentais, no sentido de que são eles os primeiros a serem levados em conta ao se estudar um sistema jurídico. Essa fundamentalidade se revela por dois critérios, segundo a doutrina majoritária: formal (positivação na Constituição) e material (pelo conteúdo protegido pelo direito). Pelo critério material, é possível que se tenham direitos fundamentais fora do catálogo expresso da Constituição (arts. 5º a 17).²⁸

O binômio fundamentalidade e originalidade vai configurar um direito como fundamental²⁹ e relevante na estruturação do ordenamento jurídico de forma linear e

²⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 65.

²⁶ DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

²⁷ DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

²⁸ DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

²⁹ Nesse sentido: Outra peculiaridade dos direitos reconhecidos pela legislação como fundamentais é a sua estrutura aberta, distinta da forma clássica “se *p*, então *q*”. Ao contrário, essas normas são generalizadas para que tenham incidência sobre qualquer circunstância. Elas são chamadas, costumeiramente, de princípios. Para Neil MacCormick, por exemplo, quando há opções disponíveis para a tomada de uma decisão, os critérios para a escolha das diversas decisões possíveis giram em torno de justiça, sensatez, eficiência, razoabilidade, igualdade, dentre outros. Esses critérios podem ser denominados de “valores” e na medida em que são ou deixam de ser atendidos, tornam as

racional. Assim acontece no novo CPC que estrutura o Livro I com as normas mais relevantes e nos capítulos seguintes as regras específicas, estas desenvolvidas em conformidade com os pilares estabelecidos pelo Código.

Viviane Lemes da Rosa e William Soares Pugliese ao demonstrarem a natureza e função das normas fundamentais processuais entendem que

Essas normas fundamentais são, formalmente, normas dotadas de fundamentalidade e originalidade, pelo que representam princípios pelos quais a interpretação do próprio Código deve se guiar, para que o direito processual civil faça sentido. Porém, isso não quer dizer que apenas as regras previstas nos doze primeiros artigos são fundamentais. Como exposto, a fundamentalidade também decorre de um critério material, o que permite a inclusão neste rol de outros elementos oriundos da Constituição ou do próprio Código.³⁰

Importante frisar que Fredie Didier se contrapõe a Viviane da Rosa e William Pugliese na importância dos artigos 1º ao 12 e concordam que esse rol não é exaustivo e que os direitos fundamentais podem ser encontrados pulverizados na CF/88 e no novo CPC, desde que dotados de fundamentalidade e originalidade.

É certo que a intenção desses doze artigos foi nortear a interpretação do CPC,³¹ dando sentido ao sistema processual brasileiro e garantindo a coerência e integridade do texto legal. Esses artigos possuem algumas características dos “direitos fundamentais, pois dão sentido ao conjunto de regras que forma o sistema processual contemporâneo e orientam a interpretação dos dispositivos do próprio

decisões melhores ou piores. Pode, ainda, haver algum tipo de exigência no sentido de que esses valores sejam atendidos até certo ponto, pelo que também podem ser considerados “standards”, ou padrões mínimos. Esses valores são aplicáveis a uma imensa gama de situações e estão disseminados na ordem institucional, pelo que só podem ser reduzidos a expressões articuladas por meio de generalizações, tais como “devemos ouvir os dois lados de uma história em qualquer caso em disputa” ou “devemos considerar o impacto de uma decisão no bem-estar de todos com legítimos interesses na questão”. São esses valores que, instituídos pelo Direito, assumem a forma jurídica de princípios. DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

³⁰ DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

³¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 226.

Código”,³² com uma face normativa,³³ inserindo o direito processual civil no campo do dever ser.

E os mesmos autores concluem que

[...] a normatividade é o campo do dever ser e da interpretação em busca do que é certo, ou da melhor forma de se compreender uma determinada regra. Assim, é possível sustentar que as normas fundamentais do processo têm um elemento normativo, pois são elas que definem os critérios de interpretação do Código em um sentido que pode se considerar certo, que deve ser”.³⁴

A doutrina caminha no entendimento da relevância da posituação das normas fundamentais no CPC, representando um norte delimitado pelo legislador infraconstitucional e constituindo “as linhas mestras do Código: são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”.³⁵

Constata-se que as normas fundamentais são relevantes, apresentam carga axiológica e hermenêutica, centralizando no próprio código o que é mais relevante a esse ramo do direito com o intuito de trazer estabilidade, coerência, lógica, uniformidade e segurança jurídica na interpretação da lei e apresenta um rol principiológico para suprir eventuais lacunas, efetivando a correta e legítima

³² DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

³³ Nesse sentido: A definição de normatividade adotada neste ensaio é aquela empregada por Neil MacCormick ao afirmar que o direito é uma ordem normativa institucional. Nesta ótica, o Direito é composto por fatos institucionais cujo primeiro objetivo é ser normativo. Para explicar essa questão, o autor recorre ao exemplo de uma fila, que permite a cada pessoa esperar a sua vez para ser atendido em um determinado serviço ou para obter um determinado bem. A prática de fazer uma fila também gera um sentimento de justiça e eficiência, além de produzir certo constrangimento naqueles que visam burlar a espera. É justamente a partir desses elementos que se pode depreender a noção de normatividade: a fila desperta um senso de dever, de fazer o que é certo em um contexto (no original em inglês, o normativo é representado pela expressão *ought*). Este dever de fazer o que é certo aponta para a existência de uma norma e para uma expectativa normativa dos envolvidos na prática, pois espera-se que todos ajam de uma certa maneira. O que está por trás dessa normatividade é um desejo de ordem – no sentido de organização e disciplina, não de comando. DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

³⁴ DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso 9 novembro 2018.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.

prestação jurisdicional na aplicação do novo CPC.³⁶ Ao afirmar em legislação infraconstitucional as normas fundamentais, o código demonstra estar alinhado com a “tendência que ressaí do direito comparado desde a segunda metade dos Novecentos”.³⁷

É essencial deixar claro que os direitos fundamentais processuais elencados no novo CPC não esgotam todos os direitos previstos na Constituição Federal pelo fato de não estarem explicitados na lei infraconstitucional e também não são classificados como sub-direitos.

A eleição dos princípios e regras constantes nos 12 primeiros artigos do código como normas fundamentais processuais foi uma escolha política e como bem ponderam Marinoni, Arenhart e Mitidiero

“[...] decorre da circunstância desses constituírem compromissos fundamentais do legislador: respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (arts. 1º, 2º, 3º e 8º, CPC), prestar tutela tempestiva aos direitos (arts. 4º e 12, CPC) e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática (o que leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação, arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11, CPC)”.³⁸

Essas normas ganharam essa visibilidade por supostamente efetivarem os compromissos fundamentais almejados pela comissão de juristas e pelos legisladores que trabalharam para a construção do texto normativo, visando “densificar os direitos fundamentais que integram o direito ao processo justo, com acréscimo de texto e de sentido”.³⁹

Por certo, ao analisar o novo instituto do Incidente de Resolução em Demandas Repetitivas que surge com o CPC, algumas dessas normas fundamentais são concretizadas e torna-se fundamental delinear a importância das

³⁶ FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comparado. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 309.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

³⁹ Esses três grandes doutrinadores explicam nesse ponto que: Quando estiver em causa o significado do direito fundamental tal como reproduzido ou densificado pelo Código, caberá recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Quando, porém, estiver em causa eventual questionamento sobre injusta proteção ao direito fundamental processual pelo Código (por ausência de proteção, proteção insuficiente ou retrocesso de proteção), caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

normas inseridas no início da codificação e encontrar os princípios elencados nos artigos iniciais aplicáveis ao incidente que será objeto da pesquisa.

Dentre os artigos elencados no capítulo I, podemos destacar o art. 1º, art. 3º, *caput*, art. 4º, art. 6º, art. 7º, art. 8º, art. 9º, *caput*, art. 10, art. 11 e especialmente o art. 12, §2º, inciso III, todos do CPC, a saber:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

O novo CPC traz a visão de um processo conduzido de forma justa, “com a máxima efetividade, isto é, com a maior eficiência e a maior eficácia possíveis”,⁴⁰ interpretado à luz da Constituição Federal e as lacunas ou “dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela de direitos”⁴¹ e qualquer desvio do diploma ordinário será objeto de controle de constitucionalidade.

Decisões coerentes, uniformes e calcadas na segurança jurídica só ocorrem se houver um processo justo para todos os envolvidos e disso decorrerá uma decisão justa que apaziguará a sociedade.

Um processo será minimamente justo quando o juiz cooperar com as partes (art. 6º do CPC), com prestação jurisdicional da tutela de forma efetiva e adequada (art. 3º do CPC), assegurado às partes paridade de armas e de tratamento (art. 7º do CPC), garantido o contraditório, ampla defesa e legítima produção de provas (arts. 7º, 9º e 10, todos do CPC), com duração razoável e julgamento cronológico (arts. 4º e 12 do CPC) e proferido por um magistrado competente e passível de estabilização pelo manto da coisa julgada.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

Aqui está a afirmação máxima do direito do cidadão a uma prestação jurisdicional⁴² efetiva e plena pelo Estado, sem limitações indevidas e restringindo a autotutela.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero nos esclarecem que

“Pensar de forma diversa significa esvaziar não só o direito à tutela jurisdicional (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito à tutela do direito (plano do direito material). É por essa razão que o direito à tutela jurisdicional só pode ser concebido como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (arts. 5º, XXXV e LXXVIII, CF, e art. 3º e 4º, CPC)”.⁴³

Esse artigo é concretização máxima que o processo deve propiciar a realização do direito material,⁴⁴ ou seja, a parte deve ter à disposição um meio adequado para a análise de seu direito violado ou em vias de violação e isto se efetiva com institutos e técnica processuais adequados, “o que significa que é inafastável do campo da tutela jurisdicional a relação entre meio e fim, capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos”.⁴⁶

Supostamente, o IRDR deveria ser um instituto dotado de técnica processual suficientemente estruturado para efetiva⁴⁷ prestação jurisdicional.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁴² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 146.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 146.

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 24.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147.

⁴⁷ Nesse sentido: A tutela jurisdicional tem de ser efetiva. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do Direito fica obviamente combalida quando esse carece de atuabilidade. Não por acaso a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica – um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece. A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre tutela específica – ou tutela pelo resultado prático equivalente – em detrimento da tutela pelo equivalente monetário. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147.

A utilização do tempo adequado na solução de uma demanda é uma preocupação em todos os ordenamentos, com “presença de dispositivos específicos sobre o tema em diplomas normativos supranacionais”.⁴⁸

Solução em tempo razoável não é sinônimo de rapidez, nem instantâneo e nem célere. Um processo solucionado em tempo razoável não é pautado pelo açodamento. É um processo que deve respeitar a participação integral das partes, com a completude do contraditório e dos demais direitos inerentes à boa tramitação processual. A CF/88 e o novo CPC visam a “eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar”,⁴⁹ a aplicação do tempo adequado compatível com a complexidade do direito material debatido, evitando que causas simples sejam alongadas por condutas protelatórias das partes, como exemplo, duração de demanda de inventário por 20 ou 30 anos, o que é uma realidade forense.

O Estado é obrigado a propiciar o destravamento da máquina judiciária para a correta solução do litígio em tempo adequado e instrumentos têm surgido após a Emenda Constitucional n. 45/04, como a criação do CNJ como órgão fiscalizador e determinador de metas de produção, o processo eletrônico, a repercussão geral, uniformização de entendimento judicial vertical, ordem cronológica para julgamento de demandas etc.

Aqui surge uma das preocupações no IRDR pela amplificação da decisão no incidente que irá repercutir em demandas que acabaram de nascer e já poderão ser atingidas por um resultado que não contemple um tempo razoável e nem traga a solução integral do mérito para as partes.⁵⁰

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁴⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das Normas Fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores). Breves comentários ao novo código de processo civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 74-108.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

⁵⁰ Nesse sentido: O direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual, na medida em que o aproveitamento na maior medida possível dos atos processuais já praticados – sem decretações de nulidades e repetições desnecessárias de atos – promove um processo com consumo equilibrado de tempo. Daí a razão pela qual se entende que a economia processual entra no núcleo duro do direito à tutela jurisdicional tempestiva. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 151.

O CPC inovou ao preceituar claramente o princípio da cooperação entre todos os sujeitos do processo (juiz, autor e réu),⁵¹ dividindo o trabalho entre todos os integrantes, com o objetivo de finalização da demanda em tempo adequado e com uma decisão que conforte as partes por saberem que foram contempladas por um processo justo e a prestação jurisdicional foi prestada de forma efetiva.

Esse princípio é decorrência lógica dos princípios da razoável duração do processo, do devido processo legal e do princípio do contraditório e a cooperação faz parte do ideal do Estado Democrático de Direito.

Como bem explica Leonardo Carneiro da Cunha

Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.⁵²

A atuação do magistrado deve ser propositiva e ele vai coordenar a divisão de trabalho entre todos, inclusive imputando a si a sua parte de atuação para a solução do litígio. O juiz do processo “cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe as suas decisões”.⁵³

Esse princípio afasta o juiz passivo e impõe obrigações a todos os atores do processo, “a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma ‘eticização’ semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa-fé e do abuso de direito”.⁵⁴

Este mesmo autor ainda nos esclarece que

Da cooperação, cujo fundamento é, em última análise, o princípio do contraditório, extraem-se deveres a serem cumpridos pelo juiz e pelas partes, sendo certo que os deveres processuais subtraem do direito de ação qualquer natureza absoluta, constituindo uma limitação ao seu exercício.⁵⁵

⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 218-219.

⁵² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 153.

⁵⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

⁵⁵ Nesse sentido, o doutrinador elenca requisitos de cooperação, a saber: A cooperação das partes com o tribunal envolve: a) a ampliação do dever de litigância de boa-fé; b) o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais

Entretanto, o CPC já está em vigor há mais de 2 anos e a grande maioria dos magistrados continua adotando o posicionamento de superioridade em relação às partes e desinteresse em cooperar para a solução dos litígios, imputando às partes as responsabilidades para a solução da demanda, ignorando o art. 6º como uma responsabilidade em sua atuação judicante e tentando adaptar o novo código à sua realidade forense, o que contraria todo o ordenamento jurídico processual posto à coletividade desde 2016.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Esse artigo nos remete à formação do Estado Democrático de Direito, que tem como um dos pilares estruturantes o princípio da igualdade, fundamentalmente para pensarmos em Estado na sua acepção jurídica.

O CPC nos faz compreender que estão vinculados no art. 7º a igualdade formal (perante a legislação), a igualdade material (na legislação), a igualdade no processo e a igualdade pelo processo.⁵⁶

A igualdade formal ou perante a legislação busca aplicar a lei de forma linear para todos, simetria para as partes,⁵⁷ paridade de armas na atuação processual. O juiz tem obrigação de aplicar a lei sem pender para um lado.

apresentadas; c) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade; e d) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade. Por sua vez, a cooperação do tribunal com as partes comporta: a) a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes; b) a consagração de um poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito; c) a consagração do poder-dever de auxiliar qualquer das partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo; d) a consagração de um dever de fundamentar adequadamente as decisões, viabilizando às partes, no exercício de eventual interposição de recurso, pleno conhecimento daquilo que motivou o convencimento do julgador; e e) a consagração, em combinação com o princípio do contraditório, da obrigatória discussão prévia com as partes da solução do pleito, evitando a prolação de “decisões-surpresa”, sem que as partes tenham oportunidade de influenciar as decisões judiciais. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156-157.

⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 220.

A igualdade material ou igualdade na legislação é a distinção feita pelo legislador para igualar as partes, distinguindo situações desequilibradas para igualar, proibindo-se distinções arbitrárias, pois isto gerará mais desigualdades.

Na igualdade no processo observa-se a busca pelo tratamento isonômico dentro da demanda judicial e Marinoni, Arenhart e Mitidiero nos informam que a doutrina se preocupa em demonstrar a igualdade no processo, mas esquece da igualdade pelo processo, o qual é entendido por eles como

“[...] a igualdade pelo processo – que é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo – tem estreita ligação com a adoção do sistema de precedentes obrigatórios pelo novo Código (arts. 926 e 927), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no meio, mas não na igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada”.⁵⁸

Se pensarmos em demanda individual, o contraditório efetivo, a paridade de armas para as partes e a correta aplicação dos precedentes, poderá efetivar o art. 7º e privilegiar o princípio constitucional da igualdade às partes.

Agora se a reflexão for sobre uma decisão de cima para baixo, como no caso do IRDR, conseguiremos ter a concretização do art. 7º? A pesquisa tentará demonstrar que essa norma fundamental será afetada negativamente pela implementação do incidente processual.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O novo CPC está voltado para a efetivação dos direitos fundamentais. Pode-se afirmar que o direito processual da atualidade aproximou-se de outros ramos do direito que tem como objetivo enaltecer a figura humana⁵⁹ e garantir o mínimo existencial.

Esse artigo demonstra que o Poder Judiciário deverá fundamentar as suas decisões (art. 489 do CPC); ter coerência e dar unidade ao direito (art. 926 do CPC);

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 36.

formar/respeitar os seus precedentes (art. 927 do CPC) e estabilizar as suas decisões judiciais.

E especificamente em relação ao IRDR, o princípio da eficiência deverá ser ponderado. Essa eficiência deve ser analisada em favor da atividade jurisdicional para reduzir a sobrecarga de processos ou será a eficiência para a finalização em tempo adequado de uma demanda? Em uma análise inicial, conclui-se que o incidente de resolução em demandas repetitivas será utilizado em favor do Poder Judiciário e em detrimento dos litigantes.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

O contraditório encarta uma das variáveis para a realização da segurança jurídica, pois sem ele não haverá processo justo e efetivo e muito menos a pacificação social.

O direito ao contraditório permeia todos os ramos do direito, é outro pilar para a construção de um Estado Democrático de Direito e legitima a participação processual e poder de influenciar o magistrado.

Em que medida o contraditório é ofendido pelo IRDR? Teremos violações de direitos? Isso que pretendemos aprofundar no item 3.2 e demonstrar a inefetividade de direitos através do IRDR ao limitar o contraditório.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Está vedada a decisão surpresa. As partes têm o direito de exercer o contraditório e influenciar o magistrado e no IRDR não haverá essa possibilidade concedida indistintamente a todos.

Sim, haverá decisão surpresa para algumas partes⁶⁰ decorrentes de julgamentos de incidentes de resolução em demandas repetitivas, com perspectiva de criar-se insegurança jurídica e desestabilização do sistema judicial.

⁶⁰ Nesse sentido: Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10, CPC). Fora daí há evidente violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Artigo de fundamental relevância na atualidade judicial ao encartar a necessidade de correta fundamentação de todas as decisões, afastando o vício de decisões que são meras reproduções e citações jurisprudenciais que não acrescentam nada na fundamentação e não trazem uma decisão consistente ao mundo jurídico.

Para equacionar um dos maiores problemas do Poder Judiciário, o CPC trouxe no art. 489, *caput* e §§ a obrigatoriedade a todos os magistrados fundamentarem consistentemente suas decisões, para só então conseguirmos passar para a próxima etapa de formar precedentes.

Esse ponto será explorado com mais profundidade no item 1.3, pois a fundamentação e a formação de um precedente tornará o decidir mais complexo ou simplificará o ato decisório?

A resposta dirá se teremos um sistema estável, uniforme, coeso, íntegro e capaz de trazer segurança jurídica e legitimidade ao órgão julgador.

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

[...]

§ 2º Estão excluídos da regra do *caput*:

I – [...];

II – [...];

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

O artigo busca o respeito ao princípio da isonomia entre as partes de todos os processo que buscam uma decisão judicial e efetivação do princípio da razoável duração do processo, evitando que grandes corporações ou pessoas influentes tenham suas demandas julgadas de forma privilegiada.

Dentro das exceções, encontramos o IRDR, que poderá ser julgado de forma antecipada ou retardada. Nas duas situações, direitos individuais poderão ser restringidos e até negados em sua completude.

Essas são basicamente as normas fundamentais que afetam o estudo do Incidente de Resolução em Demandas Repetitivas.

1.2 Efeitos do CPC/15: entre decisões fundamentadas e processos céleres

O anteprojeto que deu origem ao CPC/2015 foi elaborado por uma seleta Comissão de Juristas, instituída pelo ato n. 379⁶¹ e ato n. 411, ambos de 2009, editados pela Presidência do Senado Federal – Senador José Sarney.

A Comissão era composta pelo presidente Ministro Luiz Fux (à época ministro do STJ), pela relatora geral Teresa Arruda Alvim Wambier e pelos membros Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Fixou-se nos atos da presidência do Senado Federal o prazo de 6 meses para conclusão dos trabalhos e entrega do anteprojeto de Código, com marco inicial em 1º de novembro de 2009.

Para adequar o futuro Código de Processo Civil à realidade brasileira, foi proposta a regionalização das discussões, com a realização de audiências públicas nas capitais que concentrassem a representatividade de cada uma das nossas 5 regiões.

No total, foram realizadas 8 audiências públicas⁶² para a oitiva da sociedade civil organizada. A primeira capital foi Belo Horizonte – MG em 26 de fevereiro de 2010, em seguida veio Fortaleza – CE em 5 de março de 2010, Rio de Janeiro – RJ em 11 de março de 2010, Brasília – DF em 10 de março de 2010, São Paulo – SP

⁶¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 193, mar/2011, p. 257.

⁶² Nesse sentido: [...] a Comissão operou em duas frentes distintas: criou uma página virtual para recebimento de sugestões, mercê de realização de audiências públicas em pontos estratégicos do território nacional. A página virtual do Senado, destinada à Comissão, recebeu 13.000 (treze mil) sugestões. As audiências públicas ofereceram 240 (duzentos e quarenta) sugestões; tudo isso sem prejuízo das 200 (duzentas) sugestões recebidas da comunidade jurídica como um todo, aí compreendidos os vários segmentos judiciais da advocacia pública e privada e da comunidade científica através de seus Institutos, como por exemplo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual. FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coordenador). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-24.

em 26 de março de 2010, Manaus – AM em 9 de abril de 2010, Porto Alegre - RS em 15 de abril de 2010 e, por fim, Curitiba – PR em 16 de abril de 2010.⁶³

O anteprojeto e a exposição de motivos que o justificavam, foram formalmente entregues ao Senador José Sarney, ainda na condição de Presidente do Senado Federal, em 8 de junho de 2010, momento em que foi inserido no sistema de processo legislativo do Senado e transformado em Projeto de Lei n. 166/2010, com tramitação na Casa Alta do Congresso Nacional.

O Senador José Sarney⁶⁴ justificou a elaboração de um novo Código a necessidade de agilizar a prestação jurisdicional e reformar de forma mais consistente o sistema processual civil brasileiro, providência pleiteada pelos operadores do direito e por toda a sociedade.

O objetivo, segundo o Senador, era

[...] garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.⁶⁵

O intuito dos envolvidos era a busca pela celeridade no Poder Judiciário, com um processo mais justo, mais rápido e efetivo, consagrando-se o direito de defesa e ao contraditório. “O princípio da ampla defesa e do contraditório, instrumentalizado por meio da observância estrita ao devido processo legal, representa imprescindível limitador da arbitrariedade estatal”.⁶⁶

Após a tramitação e aprovação do projeto de lei no Senado Federal, este foi encaminhado à Câmara dos Deputados para análise e votação. Na casa dos representantes do povo, foi classificado como Projeto de Lei n. 8.046/2010, com criação e instalação pelo Presidente da Câmara dos Deputados, de Comissão Especial, em 16 de junho de 2011, e primeira reunião em 31 de agosto de 2011,

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

⁶⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <https://bit.ly/2Ohr64s>. Acesso em 13 novembro 2018.

⁶⁵ BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <https://bit.ly/2Ohr64s>. Acesso em 13 novembro 2018.

⁶⁶ COELHO, Marcus Vinicius Furtado; LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates [et al]. As conquistas da advocacia no novo CPC. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 8.

para emitir parecer sobre o projeto de lei oriundo do Senado Federal que institui o novo CPC.⁶⁷

Após 900 emendas ao projeto de lei n. 8.046/2010,⁶⁸ o parecer da Comissão Especial foi votado em 2012 e aprovado para deliberação e votação em plenário, restando aprovado e retornando ao Senado Federal para nova votação das modificações.

Em 16 de março de 2015, é sancionada pela Presidente da República a lei n. 13.105, que insere no mundo jurídico o novo Código de Processo Civil. Publicado em 17 de março de 2015, passou pelo período de *vacatio legis*⁶⁹ de um ano, o qual findou em 17 de março de 2016, iniciando-se a vigência em 18 de março de 2016.

Nesse ponto da pesquisa, precisamos refletir se o CPC surge para decidir melhor ou para decidir mais rápido?; vem atender anseios para diminuir estoque?

Para chegar às respostas, fundamental analisar a exposição de motivos e todo o antecedente histórico na formulação do novo CPC para saber se as respostas às duas perguntas estão interligadas e se complementam ou se uma resposta excluiria a outra, ou seja, podemos ter um decidir melhor somando ao decidir mais rápido e somando ao decidir em menor tempo ou, por exemplo, ao optar por decidir mais rápido automaticamente estaria excluído o decidir melhor?

O ministro Luiz Fux,⁷⁰ em suas considerações, ponderou que

[...] a Comissão concluiu, nas diversas proposições, por dotar o processo e, *a fortiori*, o Poder Judiciário de instrumentos capazes não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas, antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo

⁶⁷ SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 223, set/2013, p. 15.

⁶⁸ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (Revogam a lei n. 5.869, de 1973). 2012. Disponível em <http://bit.ly/2FvqtAv>. Acesso em 13 novembro 2018.

⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo código de processo civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 14.

⁷⁰ Nesse sentido: A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar sua solução. Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções. No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistemas judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <https://bit.ly/2Ohr64s>. Acesso em 13 novembro 2018.

melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos [...]⁷¹

A Comissão de Juristas norteou-se na ideologia de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, para cumprir a ordem constitucional de duração razoável do processo.⁷² Entretanto, como bem ponderou o ministro Luiz Fux, a Comissão de Juristas teve a salutar cautela ao estabelecer instrumentos de garantias individuais e coletivos relevantes⁷³ para evitar que a celeridade fosse obtida a qualquer preço, pois a justiça tardia consagra a injustiça real e a suposta rapidez pode prejudicar a efetivação de um processo justo e suprime a concretização de direitos fundamentais.

Percebeu-se entre os integrantes da Comissão que o foco unicamente na busca pela “celeridade sem maiores comprometimentos”⁷⁴ poderia gerar anomalias, como a revisão excessiva de julgados e posicionamentos firmados pelo Poder Judiciário, afetando a estabilidade, a independência e a sua credibilidade.

Os formuladores do anteprojeto⁷⁵ também tinham em mente que o Poder Judiciário deveria ter um processo e decisão justos, em tempo razoável para concretizar uma justiça acessível a todos, evitando a duração demasiada e sem razão de um processo, que tem como efeito a perniciosa morosidade judicial.

Nesse sentido, o ministro ponderou

A Comissão, utilizando-se do paradigma do projeto capitaneado pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, denominado projeto de Florença, destinado a verificar as causas da inacessibilidade à justiça sob vários ângulos, concluiu que, além dos aspectos estruturais, o processo conquanto instrumento de realização da justiça monopolizado pelo Estado,

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 197.

⁷² Nesse sentido: Como já afirmou certa vez Jeremy Bentham, há aproximadamente um século e meio atrás, “Justice delayed is justice denied” (justiça tardia é justiça negada). Isso significa dizer que o direito à efetiva tutela jurisdicional resulta vulnerado se o sistema não garante uma “razoável duração do processo”. SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 469-492.

⁷³ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coordenador). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-24.

⁷⁴ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coordenador). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-24.

⁷⁵ LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil exame à luz da group litigation order britânica. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 169.

apresentava na sua configuração, solenidades obrigatórias que por si sós contribuíam para a demora da resposta judicial.⁷⁶

A eterna recorribilidade, o assoberbamento dos Tribunais e juízos de primeiro grau eram os ingredientes ideais para a morosidade judicial e para o descumprimento dos direitos constitucionais de acesso à justiça e razoável duração do processo.⁷⁷ Nessa perspectiva, a Comissão inseriu institutos inéditos e suprimiu “outros que se revelavam ineficientes ao longo do tempo, com o escopo final de atingir a meta daquilo que a genialidade do processualista denominou uma árdua tarefa para os juízes: ‘Fazer bem e depressa’”.⁷⁸

Nos estudos engendrados, a Comissão identificou três causas para a eternização dos processo em tramitação, a saber: a) excesso de formalismo e etapas processuais, consignadas como falso garantismo às partes de equilíbrio de forças e respeito à justa demanda; b) alta judicialização das situações da vida para a efetivação dos direitos; e c) modelo recursal quase infinito, implantando pelo CPC/1973 e alterações posteriores, que sobrecarregaram todas as instâncias recursais.

A preocupação dos juristas era enxugar o sistema processual sem afetar as garantias constitucionais consagradas, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, e solucionar as milhares de demandas judiciais que tramitavam em todo o Poder Judiciário nacional e que versavam sobre a mesma questão jurídica (popularmente conhecidas como ações de massa ou contencioso de massa).⁷⁹

⁷⁶ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coordenador). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-24.

⁷⁷ Nesse sentido: A desformalização do processo civil brasileiro, colocando em evidência a necessidade de se garantir o direito material, sobrepondo-se a critérios puramente formais, a fim de potencializar a efetiva resolução de conflitos, sem dúvida é uma das mais importantes inovações introduzidas pela recente reforma processual. SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 223, set/2013, p. 16.

⁷⁸ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coordenador). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-24.

⁷⁹ Nesse sentido: A categorização das demandas de massa dá-se pelos critérios acima expostos: identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala. A elas, contrapõem-se as demandas heterogêneas, cujos elementos objetivos encerram traços distintivos, não guardando similitude com outras causas, nem o julgamento conjunto ou com base no precedente. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas em massa. In: Revista de Processo. v. 186, ago/2010, p. 92.

O presidente do Conselho Federal da OAB e membro da Comissão, o advogado Marcus Vinicius Furtado Coelho descreve sobre a primeira reunião em novembro de 2009 que

[...] com uma orientação principiológica que já despontava: concretizar o princípio da razoável duração do processo, desburocratizando os procedimentos e priorizando a efetiva solução da lide, conferindo primazia às decisões de mérito.⁸⁰

Tentou-se mesclar institutos consagrados na *civil law* e na *common law*,⁸¹ aperfeiçoando nosso sistema processual civil em sintonia com os ordenamentos vigentes em outros países. Dessa mescla, decorrem novos institutos processuais, dentre eles o Incidente de Resolução em Demandas Repetitivas.

A exposição de motivos do novo código aprovado consignou que o sistema processual que entra em vigor deve proporcionar e realizar direitos à sociedade, harmonizando-se com as “garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”⁸² e se esse sistema for ineficiente, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade.⁸³ Objetivou-se resolver problemas para consagrar os valores constitucionais.⁸⁴

Afirma-se na mesma exposição de motivos que o novo CPC tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, pois está mais enxuto, menos complexo e próximo dos anseios e necessidades sociais.

⁸⁰ COELHO, Marcus Vinicius Furtado; LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates [et al]. As conquistas da advocacia no novo CPC. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 9.

⁸¹ O professor Araken de Assis tem uma definição curiosa sobre essa integração entre o sistema da *civil law* e do *common law*, a saber: A função proeminente dos precedentes no direito brasileiro promoverá – permita-se a metáfora – o insólito acasalamento de jacaré e de cobra d’água. Em ordenamento filiado ao sistema da *Civil Law*, ou seja, dotado de regras gerais e abstratas supostamente tendentes à universalidade, portanto abrangendo situações futuras, eis que a regra jurídica concreta formulada pelos tribunais adquire eficácia vinculante de cima para baixo, e, não, através do consenso da conveniência em aplicar a tese jurídica em casos similares. É preciso aguardar os resultados do acasalamento. ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 12.

⁸² FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comparado. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 307.

⁸³ BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <https://bit.ly./2Ohr64s>. Acesso em 13 novembro 2018.

⁸⁴ Nesse sentido: Na elaboração deste anteprojeto de código de processo civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. In: FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comparado. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 308.

É afirmado que cinco objetivos foram traçados para a reformulação do processo civil brasileiro, a saber

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, maior coesão.⁸⁵

Toda essa estruturação tem como norte a uniformização e estabilização da jurisprudência, com a sedimentação da tese jurídica através do sistema de precedentes.

Leonardo Carneiro da Cunha segue essa linha de pensamento

Nesse sentido, o Projeto do novo CPC reclama obediência aos princípios da legalidade e da isonomia. E, para assegurar isonomia, o Projeto preocupa-se com a segurança jurídica, prevendo normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência.⁸⁶

Salienta-se na exposição de motivos que a alteração de entendimento só deverá ocorrer em situações bem fundamentadas e com relevantes razões para evitar a brusca mudança de rumo e afetação da segurança jurídica.⁸⁷

Ao fazermos a reflexão se o CPC surge para decidir melhor, precisamos entender se os julgadores das várias esferas conseguirão se desvencilhar do modelo tradicional de decisão, em que reproduz-se a legislação aplicável e outras

⁸⁵ FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comparado. 3a edição. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 309.

⁸⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

⁸⁷ Nesse sentido: Assim, dispositivo expresso do Projeto estabelece que devem os tribunais velar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados de sua súmula de jurisprudência dominante e seguir a orientação firmada em precedentes de seus próprios órgãos internos e dos tribunais superiores. A mudança de entendimento sedimentado na jurisprudência há de observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das situações jurídicas. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

decisões no mesmo sentido que se quer decidir para justificar a escolha pelo caminho adotado.

O decidir melhor passa pela análise do justo processo e da decisão justa, porque por mais que um processo seja justo em respeito às normas fundamentais, seja célere e consagre o contraditório,⁸⁸ se a decisão for injusta haverá instabilidade e insegurança jurídica da mesma forma que ocorre quando identificamos a morosidade na prestação da tutela jurisdicional.

O juiz em sua atuação processual na busca de uma decisão justa, realizará “uma válida individualização e interpretação da norma aplicada ao caso concreto, mas também, e, sobretudo, proceder a uma reconstrução verdadeira e racionalmente controlável do caso concreto, ou melhor, das afirmações factuais”⁸⁹ com a máxima aproximação dos fatos à realidade e a justa decisão deve equiparar a verdade aos fatos.

O processo deve ser capaz de gerar uma sinergia em que todos dialoguem para a melhor solução da demanda. O processo civil deve ser transformado em uma “comunidade de trabalho, potencializando o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais, a fim de se alcançar a solução mais adequada e justa ao caso concreto”.⁹⁰

O decidir mais rápido é elucidativamente explicado por Artur César de Souza

Temos observado neste início do século XXI um movimento espiral dos Presidentes dos Tribunais Superiores e por reflexo dos processualistas brasileiros no sentido de agilizar o processo judicial a todo e qualquer custo, como forma de romper a mora processual até então existente e que foi o marco desmoralizador do processo civil brasileiro no século XX.⁹¹

A implantação do processo eletrônico está compreendido na esfera do decidir mais rápido. Fazem parte dessa perspectiva as súmulas vinculantes do STF,

⁸⁸ Nesse sentido: Daí porque o debate doutrinário realizado na Itália sugere uma efetiva preocupação entre um justo processo célere e rápido e a efetiva participação em contraditório mediante ampla defesa daqueles que porventura possam ser prejudicados ou afetados pela decisão. SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 469-492.

⁸⁹ SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 469-492.

⁹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

⁹¹ SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 469-492.

a repercussão geral no recurso extraordinário, os recursos repetitivos no STJ e as inovações trazidas pelo novo CPC.

E o decidir menor é o apequenamento do direito, a redução do Poder Judiciário em si mesmo, olhando somente para seu corpo de profissionais e ignorando a nossa realidade brasileira.

Nesse ponto, Araken de Assis tem um olhar preciso

[...] o NCPC aposta na liquidação, a médio prazo, do único e grande problema enfrentado na correta aplicação da lei processual – o número excessivo de litígios. Para essa finalidade, propõe-se a reduzir, drasticamente, a independência jurídica dos órgãos judiciários inferiores, doravante vinculados às teses jurídicas fixadas pelos tribunais superiores.⁹²

Como podemos observar, o decidir menor fragiliza as instâncias inferiores do Poder Judiciário e fortalece decisões de cima para baixo, privilegiando a redução da carga de trabalho em detrimento do reconhecimento de direitos fundamentais e efetiva prestação jurisdicional.

Nessa perspectiva sobre o decidir melhor, mais rápido, decidir menor ou simplesmente diminuir estoque entra a análise dos Precedentes, do IRDR e do Julgamento de Demandas Repetitivas, pois são instrumentos que poderão delinear a escolha tomada pelo Poder Judiciário e nos auxiliará na resposta das perguntas acima elencadas, pois “a uniformização e a estabilização da jurisprudência revelam-se sobremodo relevantes em causas repetitivas”.⁹³

1.3 Problema: o precedente tornará o ato de decidir mais complexo?

A estrutura jurídica do Estado brasileiro foi erigida na tradição jurídica⁹⁴ romano-germânica – amplamente conhecida como *civil law* – adotando-se a codificação e profusão legislativa para embasar a vida em sociedade.

⁹² ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 11.

⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

⁹⁴ Nesse sentido: Para além da possibilidade de melhor compreensão da estrutura do direito vigente em cada Estado, a análise das tradições jurídicas promove também um adequado conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional. E isto decorre da constatação de que um adequado exame das tradições jurídicas – e, conseqüentemente, da sua própria – pressupõe certo distanciamento crítico daquela na qual você se encontra inserido, de modo a obter uma melhor perspectiva teórica. Daí por que, não raro, juristas estudam os pormenores de uma tradição jurídica estranha à sua realidade com

Historicamente, a tradição jurídica do *civil law* tem como referência dois momentos identificadores para seu surgimento, com parte da doutrina identificando a codificação jurídica realizada pela Lei das XII Tábuas, datada de 450 a.C. e outra parte da doutrina fixando o período romano de dominação do Imperador Justiniano, que objetivando unificar e expandir o seu império, determinou a edição do *Corpus Iuris Civilis* de 528 d.C., por entender indispensável a criação de uma obra jurídica fundamental congruente que pudesse resolver as demandas e lides verificadas à época e que precisavam de soluções uniformes na medida que seu império ia avançando pelas mais diversas culturas. Tem como principais características a codificação formal, emanção do direito pelo legislativo, a racionalização do fenômeno jurídico e as fontes do direito.⁹⁵

A influência do *Corpus Iuris Civilis* na Europa foi tão grande que o ensino jurídico era baseado em leis escritas e o Estado Moderno foi erigido com a estruturação de seu sistema jurídico em códigos por conferirem coerência e sistematização ao ordenamento jurídico e colocando fim “à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes”,⁹⁶ entregando legitimação ao titular do poder em face de seus subordinados. Sob essa influência surgiram os Códigos Civis napoleônico de 1804 e alemão de 1900 e que posteriormente influenciaram o Código Civil brasileiro de 1916.

Como bem descreve Vinicius Cavarzani

Os códigos, enquanto sistemas ordenados de leis escritas, são produtos dos órgãos legislativos, aos quais o poder estatal de cada país outorga competência para editar. Isto significa que o direito emana apenas das leis,

a exata finalidade de ora melhor compreender certas peculiaridades e entraves da sua realidade jurídica, ora buscar soluções na tradição jurídica alienígena que, devidamente adaptadas, podem ser incorporadas ao sistema jurídico nacional. CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

⁹⁵ Nesse sentido: A codificação empreendida por Justiniano foi composta de quatro partes, elaboradas cronologicamente entre 529 d.C. e 534 d.C, a saber: o Código (coleção das leis romanas), o Digesto ou Pandectas (conjunto das opiniões doutrinárias dos juriconsultos romanos), as Institutas (resumo de toda doutrina do direito romano) e as Novelas (reformas realizadas por meio de leis). Após a queda de Justiniano, o corpo de leis por ele compilado caiu em desuso e, com o surgimento da primeira universidade em Bolonha, ao final do século XI, o estudo do direito voltou-se ao *Corpus Iuris Civilis* por uma série de razões, entre as quais se destaca sua alta qualidade técnica. CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

⁹⁶ CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

não podendo ser criado a partir de decisões judiciais (denial of judicial law-making), como ocorre na tradição jurídica do common law.⁹⁷

A gênese da obediência à lei e qualquer inovação legal nas mãos do Poder Legislativo era uma tentativa de racionalizar o direito e prever antecipadamente todas as situações jurídicas possíveis entre os indivíduos, ou seja, normatizar todas as situações de vida dentro de um código, evitando que decisões judiciais pudessem inovar o ordenamento jurídico, o que sabemos hoje ser impossível.⁹⁸

Em contraponto a essa tradição jurídica, observou-se ao longo do tempo o surgimento da tradição do *common law*, identificada com a formação jurídica do reino inglês.⁹⁹ Tem como principais características a importância do processo, fontes do direito, a prevalência dos fatos e seu caráter histórico.¹⁰⁰

Cavarzani nos explica sobre a tradução da expressão *common law* que ganha um sentido

[...] o common law é, em oposição aos costumes e leis locais das inúmeras tribos germânicas do período pré-feudalismo, o direito comum a toda a Inglaterra.

É por esta mesma razão histórica que se pode dizer ser o common law uma tradição jurídica assentada sobre a tradição, a experiência e a razão prática da sociedade anglo-saxônica. Assim, após a conquista normanda, a ordem jurídica inglesa foi se conformando com a elaboração, por parte dos juízes e tribunais reais de justiça, de uma comuna ley, isto é, um direito inglês comum a todos do reino.¹⁰¹

⁹⁷ CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

⁹⁸ Nesse sentido: A atividade jurídico-argumentativa dos intérpretes do direito é muito mais complexa do que o mero amoldamento dos fatos à lei. Ela é uma atividade cognitiva complexa, e por isso deve conter critérios para que se possam saber quais tipos de argumentos e razões podem estar na justificação de uma decisão judicial. O positivismo jurídico não leva em consideração tais ponderações. ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 461.

⁹⁹ Nesse sentido: A história e formação da tradição jurídica do common law é a história e formação da tradição jurídica da Inglaterra. E, do ponto de vista cronológico, pode-se afirmar, com relativa segurança, que o momento histórico que marcou o direito inglês é a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066. CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

¹⁰⁰ Nesse sentido: O caráter histórico do common law deve-se, essencialmente, a duas ordens de razão, intimamente ligadas entre si, a saber: (a) ao fato de não existir um direito comum (no sentido de imposto a todos) antes da conquista normanda; e (b) devido a isto, o common law ser uma tradição jurídica assentada sobre a tradição, a experiência e a razão prática da sociedade anglo-saxônica. CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

¹⁰¹ CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

Pela complexidade da sociedade conquistada, com várias tribos, línguas e tradições culturais, a produção do direito era realizada com aplicação da experiência e do costume pelos magistrados, ditando assim o direito aos casos concretos. O processo era a principal forma de criar o direito e por isso o foco dos ingleses sempre foi solucionar questões processuais para resolver lides através de procedimentos estabelecidos, sem preocupação em realizar justiça, ocasionando como decorrência lógica o estudo do direito através da sua principal fonte: a jurisprudência.¹⁰²

Percebe-se que o direito inglês ficou mais preocupado em resolver casos que fossem aplicados à coletividade para criar a unidade da Inglaterra do que tentar sistematizar o direito, como foi feito na Alemanha, França e Portugal.

Na tradição do *common law* o surgimento, alteração e evolução do direito ocorre pela jurisprudência – conjunto de decisões proferidas pelos tribunais – e “isto se dá por meio da regra do precedente, que dá autoridade às decisões judiciais”¹⁰³ e obriga que os juízes sigam os entendimentos firmados por representarem o regramento jurídico, garantindo a estabilidade, coerência, uniformidade, integridade e segurança jurídica.

Não se olvide que a lei também é uma fonte formal no sistema inglês, mas teve importância e maior profusão legislativa após as atrocidades da 2ª grande guerra, que demonstrou ao mundo a necessidade de preservação dos direitos fundamentais e foi um marco para construir Estado voltado a proteger o cidadão.

O modelo inglês de direito, mencionado por Vinícius Cavarzani

[...] é voltado aos fatos concretos, ao casuísmo e à prática. Trata-se, por óbvio, de particularidade derivada da própria história e evolução do *common law*, que sempre deu prevalência ao processo, ao procedimento, à valoração de provas e à forma pela qual se ensina e aprende a ciência jurídica.¹⁰⁴

¹⁰² Nesse sentido: O *common law* é um direito eminentemente jurisprudencial (*case law*), razão pela qual a jurisprudência é a primordial e principal fonte do direito desta tradição jurídica. É preciso desde logo ressaltar que a ascensão da jurisprudência não se deu apenas em virtude das origens históricas que circundam o *common law*, mas também a outros fatores, como a pouca influência exercida pelas universidades e ao fato do legislador nunca ter dado maior relevância à codificação das leis. CAVARZANI, Vinicius. O *common law*, o *civil law* e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

¹⁰³ CAVARZANI, Vinicius. O *common law*, o *civil law* e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

¹⁰⁴ CAVARZANI, Vinicius. O *common law*, o *civil law* e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

Ao adotar a linha jurídica romano-germânica somada a influência francesa, o Brasil filiou-se à tradição do *civil law* para o desenvolvimento do direito nacional, no qual este é estruturado em Códigos e leis e as decisões judiciais devem se pautar nas previsões legislativas.

Ao longo dos anos, a *civil law* brasileira tem passado por diversas transformações, mudando-se o foco da visão civilista para a visão constitucionalista dos temas.

Após o advento da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, diversos institutos sofreram alterações e o mais significativo para o presente estudo foi a edição da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, vulgarmente chamada de “emenda de reforma do judiciário”, que promoveu uma ampla reforma na estrutura do Poder Judiciário.

A Emenda n. 45, de 2004 foi o primeiro passo na tentativa de modernizar, qualificar e agilizar as decisões judiciais, desafogando todas as instâncias de um volume descomunal de demandas que estavam paralisando o Poder Judiciário e gerando uma pressão social por decisões rápidas, fundamentadas e justas.

Nesse cenário de ampla discussão que surge a controversa súmula vinculante, com posicionamentos a favor e contra a sua implementação e sua real efetividade em um sistema que tem suas decisões judiciais baseadas na estrita observância da lei.

Já existia no ordenamento jurídico a súmula orientativa que servia unicamente para demonstrar naquele momento qual era o posicionamento do STF e do STJ sobre uma matéria, mas que não tinha um real poder de influência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.

A súmula vinculante é constitucionalizada no art. 103-A da Constituição Federal para trazer o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não vinculando o Poder Legislativo para que este pudesse editar legislação para aperfeiçoar todo o sistema.

Devidamente regulamentada pela lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, o objetivo da edição de enunciado de súmula vinculante visava superar controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública que acarretasse grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como bem explica Eduardo Talamini

[...] todos os demais juízes e tribunais terão de passar a aplicar o entendimento previsto na súmula aos casos concretos que decidirem – nos exatos limites em vista dos quais a súmula foi editada. E os agentes da Administração também terão o dever de aplicar tal orientação às situações concretas que se depararem. Quando a Administração ou o Judiciário desrespeitar a súmula vinculante, caberá reclamação para o STF.¹⁰⁵

Luiz Guilherme Marinoni diz que

As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico.

O mesmo se passa em relação à súmula vinculante. Essa também é um enunciado externo à decisão judicial.¹⁰⁶

Esse foi o primeiro passo na tentativa de racionalização de um Poder Judiciário disforme, composto por ilhas de decisões isoladas, inchado de processos e sem uma perspectiva de solução a curto e médio prazo.

Verificou-se ao longo dos anos que a “emenda da reforma do judiciário” com a inclusão da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro não foi suficiente para uniformizar as decisões nas Cortes Superiores e nem nos Tribunais Regionais e de Justiça, pois mesmo com a edição de diversas súmulas vinculantes os juízes de primeiro grau e os Tribunais continuavam descumprindo o que determinava tal súmula vinculante sobre determinado tema ao argumento do enunciado da súmula não refletir o caso tratado e que objetivou a desconsideração do enunciado firmado pelo STF.

Assim já era procedido quando existiam somente as súmulas orientativas do STF e STJ e percebeu-se que um dos problemas é a forma de edição dos enunciados, os julgamentos que embasam a edição de uma súmula, as razões de decidir que levaram a Corte a chegar aquele entendimento e os argumentos dos Ministros em sentidos diversos e que não refletem o texto contido na ementa, ou

¹⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito. Tese (Livre docência). São Paulo: USP, 2008, p. 117.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 160.

seja, a deficiência na argumentação jurídica, esta caracterizada “pela vinculação ao direito vigente”.¹⁰⁷

Ao STF cabe a análise das questões que envolvam a discussão da Constituição,¹⁰⁸ visando uniformizar o entendimento relativo aos dispositivos constitucionais para manter a sua força normativa e ao STJ a competência de analisar em última instância todas as discussões travadas nos Tribunais Regionais e de Justiça que tratem das normas infraconstitucionais.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004 visou delimitar a competência do STF como uma Corte Constitucional e redução da sua competência, repassando os temas que não envolvem direta afronta à Constituição Federal para o STJ e algumas atribuições aos Tribunais inferiores através de uma filtragem do que deve chegar nessas Cortes Superiores.

As súmulas vinculantes e a cláusula de repercussão geral no STF e o julgamento de recursos repetitivos no STJ surgiram para tentar maximizar as decisões proferidas e ampliar os seus efeitos para outros casos, migrando de uma simples reprodução do texto legal aplicável ao caso para a interpretação da norma legal.

Na mesma linha de pensamento pela busca de interpretação da norma legal, Luiz Guilherme Marinoni

Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal.¹⁰⁹

Nas duas Cortes máximas do judiciário brasileiro, a preocupação dos ministros deve ser a qualidade em suas decisões e a conseqüente redução quantitativa das demandas que chegam diariamente e esses julgadores. Em alguns

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 212.

¹⁰⁸ Nesse sentido: A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. In: Revista dos Tribunais, ano 96, volume 858, abr/2007, p. 13.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

casos, “os ministros parecem buscar maiores efeitos às suas decisões, transformando-as em casos paradigmáticos, em precedentes”.¹¹⁰

Entretanto, um caso paradigmático depende de uma aleatoriedade de fatores, como repercussão na mídia audiovisual, posicionamento dos Poderes Legislativo e/ou Executivo, manifestação dos estratos da sociedade possivelmente atingidos pelo caso e posicionamentos contrários ou favoráveis de instituições com influência nacional, como foi nos casos de fetos anencéfalos, células-tronco e união homoafetiva.

Isso exige por parte dos julgadores uma carga argumentativa muito elevada e se não há a conjugação de todos esse fatores, não se mostram individualmente suficientes para dar uma uniformidade de julgamento para todo o sistema judiciário brasileiro.

Da visualização da manutenção da falta de uniformidade, é editado o novo Código de Processo Civil, através da lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 que tenta inovar o ordenamento jurídico com novos institutos e traz no art. 926 a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência, as quais devem ser buscadas nas decisões judiciais.

Como pontua William Soares Pugliese

O dispositivo citado faz mais do que meramente estabelecer um dever de uniformização dos tribunais. Ao determinar que a jurisprudência seja uniformizada e mantida estável, íntegra e coerente, o Código propõe os elementos essenciais para que o Direito oriundo dos tribunais seja considerado e se desenvolva no ordenamento jurídico brasileiro, preservando-o como um sistema.¹¹¹

O processo de argumentação jurídica deve ser levado a um outro patamar para que se consiga buscar uma *ratio decidendi* e a consequente formulação de precedentes, consagrar que “essa téttrade forma um conjunto de premissas a serem seguidas pelos tribunais implica um enfrentamento de questões de argumentação jurídica”.¹¹²

¹¹⁰ DE MORAES VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo Decisório no STF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

¹¹¹ PUGLIESE, William Soares. Princípios da Jurisprudência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 57.

¹¹² PUGLIESE, William Soares. Princípios da Jurisprudência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 57.

O Código de Processo Civil, em vigor desde 2015, implanta no ordenamento estruturado na *civil law* alguns conceitos e institutos do *common law*, como novas fórmulas para aprimoramento do direito brasileiro codificado, exigindo uma melhor formulação das decisões judiciais, uma acentuada carga argumentativa para formar a *ratio decidendi* e a consequente formulação de precedentes.

Marinoni sobre a dicotomia entre *common law* e *civil law*

Não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Todavia, o *common law* pôde facilmente vislumbrar que a igualdade e previsibilidade apenas poderiam ser alcançadas mediante o *stare decisis*, ao passo que no *civil law*, por ainda se estar encobrindo a realidade, a população confia cada vez menos no direito produzido pelo Estado.¹¹³

Nessa esteira foram pensados os arts. 489, §1º e 926, §2º e 927, inciso IV, todos do CPC, a saber:

Art. 489 – São elementos essenciais da sentença:

[...]

§1º – Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926 – Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1º [...]

§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927 – Os juízes e os Tribunais observarão:

[...]

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Precisa definição de William Soares Pugliese ao descrever que

[...] a regra mais relevante é a do art. 489, §1º, que devidamente interpretada representa justamente a necessidade de que as decisões complementem o ordenamento jurídico, conferindo materialidade à legislação. Já no que toca às súmulas, a exigência do art. 926, §2º, também merece elogios, pois se atentou à questão de que toda decisão judicial convertida em súmula deve especificar os fatos e o direito que levaram a determinado posicionamento do tribunal.¹¹⁴

O Novo CPC demonstrou que as decisões precisam ter uma *ratio decidendi*, que a carga argumentativa não deve se basear somente em repetição de decisões anteriores ou do texto frio da lei e que as súmulas, que antes era orientativas, ganham nova roupagem e devem trazer uma *ratio decidendi* clara do posicionamento do tribunal e não de seu relator.

Uma ponderação importante é feita por Vinicius Cavarzani

A ascensão da jurisprudência nos países de tradição romano-germânica, portanto, está exatamente no fato de que as decisões dos tribunais superiores, para além de criar direito, têm sido aplicadas pelos tribunais e juízes inferiores, principalmente em nome da bandeira da “economia processual” – mas em total desacordo com a própria natureza do civil law.¹¹⁵

É exatamente essa problemática que cerca o IRDR, obrigando à reflexão se o precedente tornará o decidir mais complexo ou se o novo instituto será uma nova forma de decisão por lote sem que se extraia uma *ratio decidendi* do incidente aplicável aos casos semelhantes.

A atividade jurisdicional precisa adotar mecanismos de uniformização da jurisprudência para que ocorra a concretização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Decisões diferentes para casos semelhantes enfraquecem os dois princípios e fazem os jurisdicionados desacreditarem na efetividade do Poder Judiciário.

¹¹⁴ PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

¹¹⁵ CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

A uniformização da jurisprudência e a obediência ao precedente pelo refinamento do discurso jurídico efetivarão os direitos fundamentais¹¹⁶ e concretizarão os princípios da segurança jurídica e isonomia, trazendo estabilidade para o sistema judicial.

Esse é o posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha

O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais.¹¹⁷

O precedente é um instituto com origem na tradição do *common law* e que ao longo do tempo foi difundido e incorporado por países que adotam a *civil law* para a formação e/ou melhoria de seu processo decisório. Característica específica do *common law* é o *stare decisis*,¹¹⁸ que “indica uma obrigação jurídica dos juízes sucessivos de não discordar de certos precedentes”.¹¹⁹

O precedente no *common law* é fonte de criação do direito, tem nos fatos a parte essencial para sua constituição, inova o ordenamento jurídico e não necessita

¹¹⁶ Nesse sentido: Essa mudança de paradigma na aplicação do direito que abandonou a concepção formalista da “era das codificações”, passando-se a reconhecer a complexidade do discurso jurídico e entender que para garantir/efetivar os direitos fundamentais dentro do processo civil não é possível ficar adstrito e limitado à lei. Deve-se buscar outros critérios, outras fontes, para garantir-se uma correta e justa resolução do litígio levado pelas partes ao Poder Judiciário. ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 459-483.

¹¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

¹¹⁸ Nesse sentido: A denominação “*stare decisis*” pauta-se na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que tem a seguinte tradução: “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. À luz desta teoria, a vinculação dos precedentes ganha uma dimensão horizontal, ou seja, as cortes tornam-se vinculadas aos precedentes que elas mesmas proferiram. Neste caso, um precedente torna-se vinculante pelo simples fato de ter sido decidido em um caso anterior, ainda, reiterar-se, que advindo da mesma instância judicial. Assim, a obrigação da corte em seguir os seus próprios precedentes consubstancia o que se denominou de *stare decisis*. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹¹⁹ Nesse sentido: Os órgãos jurisdicionais, convocados para solucionar conflitos, proferem decisões. Cada decisão constitui um precedente judicial. A resolução de um caso concreto forma uma opinião jurídica expressada pelo órgão jurisdicional, vindo a representar um paradigma ou um modelo para futuras resoluções que se refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica. Tais resoluções paradigmáticas são os precedentes que servem para orientar os tribunais em casos futuros, sendo útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência, assegurando, assim, a segurança jurídica. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

de lei anterior para justificar a edição de um precedente. Já o precedente do *civil law* não é fonte criadora do direito, sua função é interpretar uma norma vigente (princípios e/ou regras) e não há nesta tradição jurídica uma preocupação com a delimitação dos fatos para a formação da decisão.

Outra diferença a ser apontada é entre precedente e jurisprudência, mencionada por Leonardo Carneiro da Cunha ao citar o doutrinador Michele Taruffo em sua pesquisa

[...] precedente e jurisprudência são termos frequentemente utilizados como se fossem sinônimos, mas existe entre eles uma nítida distinção. Há, antes de tudo, uma distinção de caráter quantitativo: quando se fala em precedente, refere-se somente a uma única decisão relativa a um caso particular, enquanto a alusão à jurisprudência indica a existência de uma pluralidade considerável de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A decisão que se assume como precedente é uma só. Diversamente, o que se chama jurisprudência é a referência a muitas decisões.¹²⁰

A jurisprudência ou jurisprudência persuasiva¹²¹ configura-se em diversas decisões emitidas pelos órgãos do Poder Judiciário no mesmo sentido, que demonstrem que aquele é o caminho adotado na atualidade pelo órgão jurisdicional, enquanto o precedente é configurado como uma técnica jurídica utilizada em uma decisão com riqueza de detalhes mais acentuada e que servirá de parâmetro para o julgamento das demais causas que advirão, ou seja, o precedente é uma decisão mais elaborada e que consiga ser utilizada para solucionar situações jurídicas similares, conferindo previsibilidade¹²² ao julgamento e concretizando os princípios da isonomia e segurança jurídica.

O CPC demonstra que o precedente será importante para julgamentos posteriores e “se torna vinculante tanto horizontalmente, no sentido de que deve ser observado pelo próprio órgão jurisdicional que o proferiu, como também

¹²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 353-354.

¹²¹ Nesse sentido: Vale destacar ainda que a chamada “jurisprudência persuasiva” não pode ganhar destaque dentro de uma classificação de precedentes, isto porque nada mais é do que um conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas. ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 459-483.

¹²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

verticalmente, vinculando todas as jurisdições hierarquicamente inferiores”¹²³ ao órgão formador do precedente.

E para ser aplicado como técnica, como bem pondera José Rogério Cruz e Tucci, deverá conter

Todo precedente é composto por duas partes: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.¹²⁴

A primeira parte demonstra que os fatos relevantes são muito importantes para formar o precedente para realizar a particularização deste e aplicar aos casos similares¹²⁵ ou diferenciar de outros casos e que poderão gerar a inaplicabilidade do precedente. Disso, poderá surgir o *distinguishing*, o *overruling* e o *implied overruling* como técnicas para afastamento do precedente.

O segundo item que apresenta a tese ou princípio jurídico contido na motivação, é a *ratio decidendi* (que será explorada no item 1.4).

Sobre a técnica do *distinguishing*, observa-se que o caso analisado é diverso do precedente anterior e “o parâmetro da distinção, neste caso, são os fatos materiais subjacentes ao precedente anteriormente formado, que não se identificam com aqueles que conformam o caso a ser julgado”.¹²⁶ Para aplicar essa técnica, o julgador deverá pormenorizadamente demonstrar as razões do afastamento do precedente para não gerar instabilidade no sistema, contrapondo os fatos da demanda com os fatos que conformam o precedente.¹²⁷ Afasta-se o precedente para um caso específico, mas continua valendo para os demais casos.

¹²³ ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 459-483.

¹²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

¹²⁵ Nesse sentido: É certo, como já se mencionou, que a identidade fática não precisa ser absoluta entre eles, ou seja, não há necessidade de identificação plena em todos os aspectos, mas deve haver similitude fática pertinente ao ponto nuclear do precedente invocado. Identificado este ponto nuclear, as diferenças irrelevantes devem ser desprezadas, caso contrário, deve-se fazer a distinção e afastar a aplicação do precedente. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹²⁶ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹²⁷ Nesse sentido: O *distinguishing* é uma técnica de utilização dos precedentes, típica da common law, através do qual se afasta a sua aplicação em virtude da constatação de uma peculiaridade fática que distingue o novo julgado da decisão passada. Trata-se, em verdade, de uma oposição, basilar na aplicação do precedente, entre a *ratio decidendi* deste e os elementos fáticos do caso sob análise.

O *overruling* é a técnica de modernização do precedente adequado à realidade social, econômica, cultural e política para manter a atualidade e evitar o congelamento no tempo da atividade judicial,¹²⁸ realizando a superação do precedente ultrapassado por se mostrar injusto se continuar sendo aplicado, com efeitos *ex tunc*.¹²⁹ Nessa técnica, a argumentação (*nova ratio decidendi*) para afastar definitivamente o precedente para todos os casos deverá ter uma fundamentação jurídica complexa e consistente para manter-se a previsibilidade, uniformidade e segurança jurídica das decisões judiciais.¹³⁰

E a técnica mais rara, o *implied overruling* que é identificado quando “a nova decisão segue diferente posicionamento do precedente anterior, mas não o faz expressamente”.¹³¹

Essas técnicas demonstram que o precedente deve ser o balizador para os julgamentos similares subsequentes, trazendo previsibilidade¹³² e igualdade para os litígios, os quais terão a mesma solução.

Pondera Leonardo Carneiro da Cunha em excelente reflexão

Costuma-se dizer que o precedente há de ser seguido por decisões posteriores. Na verdade, o que deve ser seguido por decisões posteriores é

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da *stare decisis* e o modelo de corte suprema brasileiro. In: Revista de Processo. v. 253, mar/2016, p. 362.

¹²⁸ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹²⁹ Nesse sentido: A base teórica do *overruling* determina que ele opere retrospectivamente, ou seja, tenha efeitos *ex tunc*. Isso quer dizer que o precedente anterior não pode ser aplicado a casos que ainda aguardam julgamento. Mas as cortes americanas acabaram por modular os efeitos do precedente. Neste sentido, a Suprema Corte Americana instituiu o *prospective overruling*, outorgando eficácia *ex nunc* à revogação do precedente anterior, de modo a projetar o novo posicionamento apenas aos fatos futuros. Da mesma forma, foram as cortes americanas que introduziram o *anticipatory overruling*, espécie de revogação preventiva do precedente nas cortes inferiores, quando as instâncias superiores já tiverem alterado o sentido do precedente anterior. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹³⁰ Nesse sentido: O *overruling* é uma técnica de utilização dos precedentes, através da qual o órgão julgador procede com a superação de um precedente judicial. Dois são os casos em que isso pode ocorrer: quando se constata que a *ratio decidendi* proclamada não era correta ou, ainda, pela percepção de mudanças sociais, capaz de tornar a interpretação pretérita injusta, de acordo com os novos valores. BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da *stare decisis* e o modelo de corte suprema brasileiro. In: Revista de Processo. v. 253, mar/2016, p. 363.

¹³¹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹³² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

exatamente a *ratio decidendi* de uma decisão, de sorte que se pode dizer que o conceito de *ratio decidendi* constitui a chave da doutrina do precedente.¹³³

A identificação da *ratio decidendi* é que vai determinar se aquele precedente se projetará para aplicação futura, pois é ela que vincula e “identificar o conceito de *ratio decidendi* e a maneira de extraí-lo da decisão são questões chaves para a compreensão da teoria dos precedentes”.¹³⁴

Isso trará mais racionalidade e ao mesmo tempo cobrará do julgador uma maior complexidade em seu processo decisório, abandonando a prática rotineira de repetições doutrinárias e jurisprudenciais sem aprofundamento na argumentação jurídica, pois “não se aceita mais a simplória visão da aplicação do direito como mera atividade cognitivista-formalista. A interpretação jurídica é complexa e os precedentes dão a função jurisdicional”.¹³⁵

A aplicação da teoria do precedente dependerá da postura do Poder Judiciário ao buscar o sentido e o aprofundamento de suas decisões para encontrar o núcleo da decisão – a *ratio decidendi* – para alcançar a previsibilidade, a isonomia, a uniformidade, a coerência, a estabilidade e a segurança jurídica que o CPC objetivou.

O ato de fundamentar se tornará uma atividade complexa, exigindo uma técnica apurada e carga argumentativa, com “demonstração do trabalho intelectual para o alcance da decisão judicial, exposta de forma crítica, coerente, permeada por reflexões de fato e de direito, expostas nas razões de decidir”.¹³⁶

¹³³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

¹³⁴ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹³⁵ ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 459-483.

¹³⁶ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

1.4 Precedentes e a busca pela estabilização das decisões

Na tradição do *common law* uma discussão infundável e que gerou uma ampla produção doutrinária foi tentar diferenciar o que seria *ratio decidendi* de *obiter dictum* e ainda não foi delimitado o espaço que cada um ocupa.

No ordenamento brasileiro calcado no *civil law*, até a edição do Código de Processo Civil em 2015, cabia aos julgadores fazer unicamente a ligação entre fatos e o texto normativo que regulava a situação demandada, dando pouca importância à fundamentação, não havendo “motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão”.¹³⁷ No nosso ordenamento, focou-se no dispositivo da decisão, o que seria mutável e imutável em uma sentença e a formação da coisa julgada na parte dispositiva da sentença.

Com a introdução de novos institutos processuais, as discussões sobre a definição do que seria *ratio decidendi* e *obiter dictum* ganham espaço considerável na discussão doutrinária e “sua compreensão representa o próximo passo para que o respeito aos precedentes possa ser observado no Brasil”.¹³⁸

Um conceito amplo de *ratio decidendi* pode ser apresentado como o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão. Também pode ser entendida como “a linha argumentativa da decisão”,¹³⁹ o núcleo da tese que resolveu a demanda jurídica e servirá para a solução dos casos futuros.

Leonardo Carneiro da Cunha define a *ratio decidendi* como

“[...] a concreta expressão do resultado a que chegou o juiz com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento. Em outras palavras, a *ratio decidendi* consiste numa regra geral sem a qual o caso seria decidido diversamente. Quer isso dizer que a *ratio decidendi* identifica-se, não com a decisão do caso concreto, mas com a razão jurídica da decisão, ou seja, com o princípio jurídico que, aplicado aos fatos, determinou aquela particular decisão.”¹⁴⁰

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

¹³⁸ PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.

¹³⁹ DE MORAES VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo Decisório no STF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

¹⁴⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

A *ratio decidendi* é o “passo necessário ou suficiente para o alcance da decisão”¹⁴¹ e a *obiter dictum* são os argumentos que não constituem o cerne da decisão, que não são necessários ao resultado, tem caráter periféricos, são “os argumentos ditos de passagem, que não se revelam vitais para a manutenção do julgado”.¹⁴²

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que

Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que a *ratio decidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso fundamentalmente porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão.¹⁴³

Marinoni vai além e faz uma subdivisão na *obiter dictum* para mostrar que esta pode tratar de um ponto jurídico relacionado ao caso aproximando-se da *ratio decidendi* e a *obiter dictum*¹⁴⁴ que configura um mero excesso ou um floreamento da decisão

Lembre-se que o tribunal, em alguns casos, trata de pontos irrelevantes, cuja análise sequer precisaria ser feita e que, portanto, acaba representando um excesso de argumentação. Este tipo de *obiter dictum* certamente não tem o mesmo significado da *obiter dictum* que trata de maneira aprofundada de ponto de direito relacionado ao caso. A *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte.¹⁴⁵

A *ratio decidendi* é tão importante para uma decisão, que os argumentos principais utilizados na decisão, poderão servir como precedentes para casos

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 172.

¹⁴² PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

¹⁴⁴ Nesse sentido: Tudo que não compõe a *ratio decidendi* identifica-se como *obiter dictum* (ou *incidenter* ou *gratis dictum* ou apenas *dictum*). O *obiter dictum* não faz parte da atividade hermenêutica e aplicativa inerente ao caso concreto; constitui, portanto, uma mera afirmação estranha à interpretação e aplicação da norma jurídica. É, em outras palavras, o que o julgador, ao argumentar, afirma de passagem e sem constituir a razão específica da decisão, ainda que se refira a conceitos do ordenamento jurídico em que se funda. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 172.

futuros. As razões de decidir tornarão a atividade judicial mais complexa por exigir um aprofundamento maior na busca dos fatos e fundamentos que justificarão o decidir.

Nesse ponto, Clayton de Albuquerque Maranhão e Frederico Augusto Gomes esclarecem que

[...] nem tudo que as Cortes Supremas decidem tem a autoridade de precedente. Algo similar com a experiência estrangeira é que só detêm essa autoridade os fundamentos determinantes do *decisum*. Ou seja, os argumentos meramente colaterais (*obiter dicta*) ou, pior, que não guardam relação com o caso julgado, não podem ser invocados como precedentes. É verdade que embora isso seja tranquilo no âmbito doutrinário, a experiência prática revela que as Cortes tendem a aplicar precedentes com racionalidade diversa.¹⁴⁶

O professor, jurista e juiz federal americano Edward D. Re, em seu texto *Stare Decisis*, traduzido pela ministra Ellen Gracie Northfleet leciona que

[...] os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva.¹⁴⁷

Menciona Sabrina Nasser Carvalho em “extração da *ratio decidendi*, pois ela não é aclarada pelo órgão julgador que profere a decisão paradigma. São os juízes, em julgamentos posteriores, que terão que extrair esta tese jurídica”¹⁴⁸ dos fundamentos da decisão paradigmática.

Por mais que o interesse das partes seja a parte dispositiva da decisão, a configuração do ordenamento jurídico proposto pelo novo CPC estabelece que os fatos e os fundamentos jurídicos serão essenciais para a aplicação da técnica do precedente, por ser a *ratio decidendi* o cerne desse sistema e em última análise a

¹⁴⁶ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP)*, v. 7, p. 191-223, 2018, p. 196.

¹⁴⁷ RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 31, n. 122, abr/jun 1994. Disponível em: <http://bit.ly/2Cy3gwH>. Acesso em: 27 nov 2018.

¹⁴⁸ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: *Revista de Processo*. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

verdadeira norteadora de todo o ordenamento jurídico ao ter a força vinculante¹⁴⁹ necessária para atrair os casos futuros para a mesma decisão.

Isso exigirá dos magistrados de 1º grau, dos Tribunais de Apelação e das Cortes Superiores uma carga argumentativa mais acentuada, pois a *ratio decidendi* não é facilmente identificada e pode desbordar facilmente para uma *obiter dictum*¹⁵⁰ se a escolha do princípio deduzido na decisão não for escolhido de forma acertada.

Nesse ponto, Gustavo Silva Alves entende que a argumentação jurídica deverá ser refinada

O intérprete deve dar sentido e significado aos diversos tipos de razões que podem ser utilizados dentro do discurso jurídico, com o objetivo de formar uma norma jurídica justa e adequada à pretensão de correção. Sendo assim, entre essas razões, obviamente, devem ser observadas as decisões anteriores dadas em casos análogos passados.¹⁵¹

O precedente bem aplicado pode “não apenas garantir a previsibilidade de um sentido único à norma, como também concorrer para a lógica e a racionalidade da argumentação jurídica, para justificar o posicionamento judicial sobre o tema”.¹⁵²

A decisão final em uma demanda abrirá espaço para a discussão de um próximo problema e por esse motivo a decisão deverá representar o entendimento do Tribunal e não dos ministros.

O julgamento relevante de casos emblemáticos pelo STF e STJ é chamado por alguns de ativismo judicial ou de judicialização da política pela interferência que

¹⁴⁹ Nesse sentido: Mas não é todo argumento jurídico exposto na decisão que terá força vinculante. A *ratio decidendi* consiste unicamente no pronunciamento judicial que se faz necessário à solução da demanda, ou seja, as razões expostas e necessárias para justificar os direitos e deveres determinados no julgamento. Para a inferência deste núcleo vinculante, propõe-se uma operação mental: inverte-se o teor do núcleo decisório para verificar se a decisão permanece a mesma, caso o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão se mantiver, a tese não pode ser considerada *ratio decidendi*, caso contrário, identificada está a *ratio*. De todo modo, mesmo nos países que adotam o common law, não há um método único para identificar a *ratio decidendi*, o que acaba por tornar ainda mais dificultosa a doutrina do *stare decisis*. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹⁵⁰ Nesse sentido: Logo, a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*. RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr/jun 1994. Disponível em: <http://bit.ly/2Cy3gwH>. Acesso em: 27 nov 2018.

¹⁵¹ ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 459-483.

¹⁵² CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

a decisão desses casos provoca no texto de lei, nas instâncias judiciais inferiores e nos demais Poderes.

Entretanto, ainda temos um grave problema na formação da *ratio decidendi* dentro do STF e STJ, pois cada ministro vive em uma ilha isolada e cria a sua própria carga argumentativa em seu voto e este não se concatena aos demais, os votos não se comunicam, o que gera uma dificuldade na identificação da *ratio decidendi* da Corte e a impossibilidade de influenciar os Tribunais inferiores pela falta de coerência e racionalidade na decisão. Não pretendemos que o enunciado “jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”.¹⁵³

Adriana Vojvodic, Ana Mara Machado e Evorah Cardoso explicam que

A orientação dos ministros para a formação de precedentes, nas decisões de casos difíceis, parece ser uma tendência recente, que contrasta com o (não/mau) uso que os ministros tradicionalmente fazem de suas “decisões anteriores”, citando-as de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) -, ou de maneira estratégica -, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do ministro.¹⁵⁴

No mesmo sentido, Sabrina Nasser de Carvalho aponta a dificuldade em identificar a *ratio decidendi* nas decisões colegiadas

[...] nas cortes de juízos coletivos, cada órgão julgador fundamenta suas decisões em diferentes princípios de direito. Ao final, a parte dispositiva, ou seja, o resultado pode até ser o mesmo, mas não necessariamente terá a mesma *ratio*, que pode variar de um juiz para o outro. Neste caso, o problema é transportado para o órgão que irá proferir a decisão subsequente, ou seja, que se utilizará do precedente. A razão adotada pela maioria da corte é, regra geral, presumida como *ratio*.¹⁵⁵

O STF e STJ precisarão definir o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* em suas decisões e se as razões de decidir são do Tribunal ou do ministro, se haverá uma ou várias *ratione decidendi*. As autoras acima elencadas citam o

¹⁵³ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 211-212.

¹⁵⁴ DE MORAES VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo Decisório no STF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

¹⁵⁵ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

exemplo do julgamento no STF sobre o direito à reunião e seus limites em que houve a decisão unânime dos 9 ministros presentes e não foi possível extrair uma *ratio decidendi* do Tribunal.

O ministro relator Ricardo Lewandowski apontou para a inconstitucionalidade do decreto editado pelo Governador do Distrito Federal. Após a sua manifestação, mesmo em um julgamento unânime, surgiram quatro grupos de argumentos distintos para justificar a inconstitucionalidade do decreto expedido pelo Governador do Distrito Federal.

Não foi possível delimitar a *ratio decidendi* do STF nesse caso, já que a fundamentação dos demais votos se dividiu em quatro grupos conflitantes em um julgamento em que todos concordaram pela inconstitucionalidade do decreto, o que tornou impossível a “extração de uma *ratio* coletiva, institucional”,¹⁵⁶¹⁵⁷ sendo caracterizada somente a unanimidade do dispositivo do acórdão.

Percebe-se que

[...] nesse caso é o reconhecimento da característica reativa da decisão individual de cada ministro, ou seja, os votos são proferidos a partir da interpretação do voto relator. A cada decisão proferida, percebe-se que o ministro está preocupado não só em dar uma resposta para o caso em julgamento, mas em rebater ou corroborar um ponto específico de uma das decisões proferidas anteriormente. Acontece que o que poderia ser entendido como diálogo entre os ministros acaba por tornar-se uma profusão de argumentos que em alguns momentos se ligam e em outros se chocam, pois cada ministro elege para si um problema diverso a ser respondido pelo Tribunal, apoiando-se em argumentações anteriores para expressar a sobreposição de uma questão à outra, coisa que não necessariamente se relaciona com a realidade do julgamento.¹⁵⁸

Isso acarreta ementas que não traduzem a realidade dos julgamentos, são mal redigidas, com pressa, sem caracterizar o fundamento central do que foi decidido, tão genéricas e abstratas que muitas vezes não servem aos casos

¹⁵⁶ DE MORAES VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo Decisório no STF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

¹⁵⁷ Nesse sentido: Esta desestruturação da fundamentação é cristalina na mais alta corte do país: mesmo que a decisão seja unânime, todos os onze ministros fazem questão de externar a sua opinião, mas apresentam, cada um deles, linhas argumentativas completamente diferentes. Ao final, o resultado é um manancial de argumentos, doutrinas, leis, jurisprudências, o que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹⁵⁸ DE MORAES VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo Decisório no STF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

seguintes e ainda tem o seu sentido desvirtuado com interpretação divergente do que deveria ter sido gerado pelas ementas. São incorporadas ao mundo jurídico “como se *ratio decidendi* fossem, mas a feitura delas mantém-se atécnica. Tem-se, então, mais um processo arbitrário de decisão do que um processo racional argumentativo”.¹⁵⁹

Uma ementa adequada deveria se aproximar do conteúdo da *ratio decidendi* da Corte e não da pseudo *ratio* do ministro responsável pela redação que redige um documento pautado na sua argumentação ou das várias *rationes* dos demais ministros.

Marinoni salienta que

[...] uma Corte Suprema não atribui sentido ao direito por meio do anúncio do resultado de um recurso que impugnou uma decisão. Atribuir sentido ao direito requer discussão sobre as questões de direito. Só quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a maioria do colegiado compartilha o mesmo fundamento para resolvê-la é que se pode falar em *ratio decidendi*.¹⁶⁰

A atual conformação institucional das Cortes Superiores e dos órgãos dos Tribunais Regionais e Tribunais de Justiça privilegia a formação da *ratio decidendi* dos julgadores em detrimento de uma declaração do posicionamento adotado pela Instituição.

José Rodrigo Rodrigues consegue demonstrar didaticamente como é a formação de uma decisão no Brasil

A estrutura textual utilizada na argumentação por autoridade é sempre muito parecida: elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-las, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizadas. Por fim, é proposta uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente “todos”, todas as autoridades relevantes sobre o assunto. Uma argumentação que é pura manipulação, no sentido pejorativo da palavra, das fontes do direito.¹⁶¹

¹⁵⁹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 289-290.

¹⁶¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 68-69. Disponível em: <https://bit.ly/1iEL0oH>. Acesso em 27 nov 2018.

A consequência é que a “não observância da *ratio decidendi* promove o duplo risco do recurso a argumentos autorreferenciados e do eclipsar das razões em favor do resultado”,¹⁶² o que impossibilita a extração de uma *ratio* institucional. “Quando os julgados não geram *ratio decidendi* clara ou objetivamente decifrável, é evidente que podem dar margem a insegurança jurídica”,¹⁶³ pois “as partes não têm como prever se a lei e o entendimento do tribunal são aplicáveis à questão colocada diante do judiciário”.¹⁶⁴

A superficialidade na elaboração dos votos e o alto grau de discricionariedade dos relatores nos julgamentos das demandas demonstram a sua inaplicabilidade prática a todos os casos e geram uma insegurança jurídica.

Esclarece Luiz Guilherme Marinoni

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso.¹⁶⁵

Mais uma vez, Marinoni pontua

O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não tem sido capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Não obstante as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de ‘afirmar’ o sentido das normas constitucionais –, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira.¹⁶⁶

¹⁶² MENESES LORENZETTO, Bruno; KOZICKI, Katya. Constituindo a constituição: entre paradoxos, razões e resultados. Revista Direito GV, v. 11, p. 623-648, 2015. Disponível em <http://bit.ly/2ujGqV3>. Acesso em 14 julho 2017.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 313.

¹⁶⁴ PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

Em vista da grave deficiência na formação de julgados uniformes, o CPC traz nos artigos 926 e 927 um regramento na busca da estabilização e uniformização das decisões judiciais ao determinar que todos os tribunais uniformizem sua jurisprudência e mantenham-na estável, íntegra e coerente.

Assim, temos que

Tudo isso demonstra que a Corte subsequente, para aplicar um precedente, necessita definir o que realmente a obriga, vale dizer, precisa ter delineada a *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve atentar não só para a linguagem do precedente, para a questão de direito discutida e para os fatos que nele estiveram presentes, mas também para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob análise.¹⁶⁷

A correta apreciação dos precedentes¹⁶⁸ que embasarão uma futura decisão em demandas repetitivas¹⁶⁹ é medida necessária para adequação à nova realidade jurídica que exige uma forte argumentação nas decisões judiciais para minimizar os efeitos colaterais danosos de decisões que objetivam somente reduzir estoques e sem a técnica adequada, o que obriga o julgador a decidir de forma mais complexa e conseqüentemente decidir melhor.

A ideia inicial do CPC foi possibilitar a racionalização das demandas judiciais que crescem em proporção geométrica no Poder Judiciário, desde que haja uma fundamentação consistente em harmonia com a realidade, para não acarretar um efeito colateral indesejado, pois ao invés de termos soluções definitivas para as demandas, a aplicação de precedentes pelos julgadores de 1º grau e dos Tribunais Regionais e de Justiça sem buscar a *ratio decidendi* poderá gerar a extinção prematura de feitos legitimamente ajuizados, uma infinidade de recursos judiciais

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 180.

¹⁶⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; PUGLIESE, William Soares. Uniformidade da jurisprudência, divergência e vinculação do colegiado. In: Clayton Maranhão; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani; RIBAS, Rogério; e KOZIKOSKI, Sandro Marcelo (Cordenadores). Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942ºdo CPC. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 23-36.

¹⁶⁹ Nesse sentido: Assim, para além da tese, é necessário buscar, nos precedentes dos tribunais superiores e nos que resultarem do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, os fatos e questões jurídicas que estavam sob apreciação e que foram considerados substanciais para a decisão tomada. Um caminho possível, e que tornaria mais clara esta vinculação da tese extraída do precedente aos seus fundamentos determinantes, seria construir a tese de forma a trazer conjuntamente sua motivação essencial. Em recente estudo sobre o tema já se sustentou, inclusive, que “o conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*”. FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. In: Revista de Processo. v. 265, mar/2017, p. 449.

para desfazer o equívoco cometido na interpretação judicial e trazer a instabilidade ao ordenamento jurídico.

A mera reprodução de julgamentos anteriores é exatamente o que o novo CPC quer afastar, primando pela técnica na elaboração de uma decisão judicial com a introdução de uma carga argumentativa consistente que reflita o posicionamento do órgão julgador singular ou colegiado e trazendo ao ordenamento, *prima facie*, uma melhora na prestação jurisdicional.

O primeiro passo foi dado na busca pela estabilização ao prever no art. 489, §1º do CPC, que o magistrado deverá identificar em sua decisão judicial os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso se adequa àquela situação e nos incisos V e VI a previsão legal às técnicas do *overruling* e *distinguishing*.

Também foi salutar a inclusão dos artigos 926, caput e 927, inciso III e IV, todos do CPC que obrigarão os Tribunais a uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, a observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos,¹⁷⁰ a revisão pelas Cortes Superiores da ementa de cada súmula já editada e aplicada na prática, a revisão dos precedentes de embasamento, a inclusão de uma *ratio decidendi* da Corte e não do relator e um cuidado na formulação jurisprudencial para evitar novos efeitos colaterais. A fundamentação das decisões deverá ser aprofundada por exigência do novo código, que demonstra a estreita relação entre decisão judicial corretamente fundamentada e o sistema de precedentes.¹⁷¹

A uniformidade, a estabilidade, integridade e coerência exigidos pelo CPC “não são meros requisitos legais, mas elementos essenciais para que o direito

¹⁷⁰ Nesse sentido: O art. 984, §2º do CPC/2015 dispõe que o acórdão, proferido em sede de incidente de demandas repetitivas, que, como visto acima, tem efeito vinculante aos órgãos inferiores, deve abranger a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam os favoráveis ou os contrários. O mesmo dever processual é prescrito para o acórdão proferido em sede de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 1.038, §3º), justamente em razão também de sua natureza de precedente vinculante. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

¹⁷¹ Nesse sentido: Não se pode perder de vista que, em um sistema de precedentes, a fundamentação deverá transcender ao caso concreto para regulamentar o patrimônio jurídico de outros litigantes ou mesmo do próprio cidadão, já que o escopo é que tais decisões ganhem uma dimensão extraprocessual, tornando-se paradigmáticas e, em consequência, pautas de conduta à sociedade, a fim de garantir a segurança jurídica ao sistema. E, para tanto, tais decisões necessitam de uma carga argumentativa maior para que a racionalidade de suas razões possam efetivamente constituir-se teses jurídicas, aptas a serem universalizadas. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

jurisprudencial se desenvolva”¹⁷² nas Cortes Superiores. Isso demandará uma carga argumentativa mais refinada e consistente para que ocorra a racionalização da nossa jurisprudência e consequente desafogamento do Poder Judiciário dos quase 200 milhões¹⁷³ de processos que se avolumam em todas as instâncias.

A correta aplicação dos precedentes poderá tornar mais ágil a efetiva prestação jurisdicional com a economia processual e celeridade objetivados pelo CPC e possibilitará uma atuação mais técnica nos casos complexos – *hard cases* – com a consequência lógica de decisões com mais qualidade. Entretanto, o Poder Judiciário deverá tomar cuidado para não cair na tentação de simplesmente reproduzir julgados anteriores, sem realizar uma análise técnica e sem aprofundamento, desbordando para o espaço da quantidade de precedentes em detrimento da qualidade almeja pelo novo diploma processual.

¹⁷² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; PUGLIESE, William Soares. Uniformidade da jurisprudência, divergência e vinculação do colegiado. In: Clayton Maranhão; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani; RIBAS, Rogério; e KOZIKOSKI, Sandro Marcelo (Cordenadores). Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 23-36.

¹⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2ROZMsn>. Acesso em 27 nov 2018.

CAPÍTULO II – O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO EM DEMANDAS REPETITIVAS

2.1 Ordenamentos que inspiraram o surgimento do IRDR

Para evitar a dispersão jurisprudencial e visando a diminuição de volume de trabalho no Poder Judiciário, criou-se o IRDR com inspiração no instituto chamado *Musterverfahren* do direito alemão¹⁷⁴ e no *Group Litigation Order* do direito inglês.¹⁷⁵

A figura do *Musterverfahren* tem origem histórica na década de 1970, quando órgãos judiciais alemães, sem nenhuma previsão constitucional ou legal, começaram a utilizar esse instituto em determinados assuntos administrativos.

Esclarece Aluísio Gonçalves de Castro Mendes que entre os anos de 1960 a 1980¹⁷⁶ o governo alemão desejava construir usinas nucleares e aeroportos e ocorreram objeções dos cidadãos aos projetos na Administração Pública da Alemanha em um número assustadoramente elevados, como destaca

[...] 16 mil diante do centro de Breisig; 25 mil quanto a Lingen II; 55 mil no que diz respeito a Biblis; 64 mil para com Breisach; 75 impugnações dirigidas a Brokdorf; e 100 mil diante do centro nuclear de Wyhl. Houve também um significativo número de questionamentos contrários a projetos de aeroportos em solo germânico: 14 mil ao de Bielefeld Nagelholz; 15 mil objeções ao de Hamburg-Kaltenkirchen; e 30 mil ao de Düsseldorf.¹⁷⁷

O ordenamento jurídico alemão permite que a população faça questionamentos administrativos sobre implementação de projetos ou políticas públicas e a decisão exarada no procedimento de controle dos atos da Administração Pública permite o acesso ao ramo especializado da Justiça Administrativa.

Diante do elevado número de objeções formuladas nas esferas administrativa e judicial, “no ano de 1975, o então professor da Universidade de Speyer, Hans-Werner Laubinger, elabora, atendendo solicitação do Ministério da

¹⁷⁴ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

¹⁷⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 27.

¹⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 285.

¹⁷⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.

Justiça, um parecer sobre um possível regramento legal futuro para conflitos da coletividade¹⁷⁸ para o direito administrativo processual e suas Cortes.

Em relação às objeções contra a instalação de aeroportos no país, pela quantidade de demandas e a dificuldade na tramitação de todas, no ano de 1979, a justiça administrativa de 1º grau de Munique¹⁷⁹ resolveu selecionar 40 casos para processamento e produção de provas,¹⁸⁰ suspendendo as mais de 5.000 demandas até o julgamento dos *musterverfahren* paradigmáticos.

Na segunda metade do século XX, após a utilização por muitos anos de uma figura jurídica sem qualquer regulamentação formal e sem previsão constitucional do procedimento-modelo adotado para decidir os casos das usinas e dos aeroportos, a decisão adotada por Munique foi questionada na Corte Constitucional. Esta Corte, imbuída da tecnicidade que lhe é peculiar e dos avanços que já operou no mundo jurídico e inteligência em suas decisões, entendeu principiologicamente (inafastabilidade da prestação jurisdicional e igualdade perante a lei)¹⁸¹ que o procedimento-modelo era constitucional ao buscar a efetividade de um processo em tempo razoável – mesmo não havendo previsão legal sobre o instituto – e impôs multa por litigância de má-fé aos requerentes que tentavam declarar a inconstitucionalidade do instituto.

Posteriormente, houve a discussão sobre a sua regulamentação e o *musterverfahren* “foi introduzido pela primeira vez em 1991, em lei que reformava a Justiça Administrativa alemã. Outros diplomas preveem a aplicação do instituto, que basicamente trata do julgamento de um ‘caso-piloto’¹⁸²¹⁸³ que gera uma decisão

¹⁷⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.

¹⁷⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 285.

¹⁸⁰ Nesse sentido: Dos 40 procedimentos-modelo inicialmente selecionados, 34 chegaram, em 27.05.1981, a decisões finais de improcedência, contra as quais foram interpostas apelações em 31 processos. Em 1991, encerraram-se todos os processos, após os julgamentos dos recursos perante os tribunais de 2º grau e superior (*verwaltungsgerichtshof e bundesverwaltungsgericht*). Estima-se que a economia obtida com a suspensão dos processos, no caso do aeroporto de Munique, foi de 89 milhões de marcos alemães (moeda da época), equivalentes a cerca de 45,5 milhões de euros ou 160 milhões de reais. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 33.

¹⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 31.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 592.

que serve de modelo (=muster), demonstra o posicionamento da jurisdição alemã naquele tema e encaminha a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.

O modelo inicial da jurisdição alemã contemplava situações jurídicas na esfera administrativa e estava devidamente positivado no Estatuto alemão de jurisdição administrativa.

Entretanto, a Alemanha enfrentava conflitos relevantes no mercado de capitais¹⁸⁴ nos anos de 1999 e 2000 e as objeções chegaram à Corte Suprema e orientou “os órgãos judiciais envolvidos que deveriam adotar outros procedimentos como o julgamento de casos-modelo para a prestação jurisdicional”¹⁸⁵ e em 2005¹⁸⁶ é criado, em caráter experimental,¹⁸⁷ o *musterverfahren* específico para o mercado de capitais e editada lei sobre este procedimento-modelo a ser adotado no mercado financeiro, com prazo de vigência final fixada em 2010, por tratar-se de uma

¹⁸³ Nesse sentido: Com a experiência prática do procedimento-modelo na Justiça Administrativa de Munique e a sua chancela pela Corte Constitucional, houve o encaminhamento, em 27.04.1990, da proposta de inserção de um novo parágrafo (93a) no Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*), de 1960, prevendo expressamente, no ordenamento legal, o *Musterverfahren*. O parlamento alemão aprovou em 17.12.1990, o projeto de lei, entrando em vigor o novel parágrafo 93a, com a regulamentação do procedimento modelo no âmbito da jurisdição administrativa, em 01.01.1991. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 35.

¹⁸⁴ Nesse sentido: A decisão do legislador alemão pela utilização do instituto do *Musterverfahren* para ações repetitivas relacionadas ao mercado de capitais se deu em reação ao ajuizamento de milhares de ações individuais por acionistas da empresa Deutsche Telekom AG, nas quais se alegava que determinadas informações prestadas pela empresa no tocante ao seu patrimônio estariam incorretas, causando prejuízos aos investidores. Precebendo a complexidade da matéria objeto de cada ação e o absurdo tempo que seria necessário para instruir individualmente cada um dos milhares de processos, o legislador optou por estender a tais procedimentos judiciais mecanismo semelhante ao já existente no âmbito administrativo, evitando, com isso, o overload de processos nos tribunais e o risco de decisões contraditórias, bem como proporcionando um maior acesso à justiça e uma equânime divisão de custos – em especial com a instrução dos processos – entre os inúmeros autores. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 237-274.

¹⁸⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 35.

¹⁸⁶ Nesse sentido: Na linha dos instrumentos não representativos foi introduzido no ordenamento alemão, em 16.08.2005, o Procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*) pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de *KapMug*). CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

¹⁸⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 35.

experiência com análise temporal. Foi renovado o seu prazo de vigência, com previsão de retirada do mundo jurídico em 2020 ou nova prorrogação ou inserção permanente no ordenamento alemão.

Ainda, em 2008, a Alemanha aprovou um procedimento-modelo para a previdência e assistência social, ampliando as hipóteses de incidência do instituto. Este procedimento-modelo é muito semelhante ao *musterverfahren* da jurisdição administrativa.

Observa-se que de uma experiência sem qualquer fundamento legal, surgiram na Alemanha procedimentos-modelo para vários ramos do direito alemão, diferenciando-se legalmente entre o procedimento da justiça administrativa, previdência e assistência social em um regramento e o procedimento do mercado de capitais através de um procedimento-modelo diferenciado. Isso torna o instituto alemão objeto de estudo e influência preponderante no modelo instaurado no Brasil com o novo CPC.

No *musterverfahren* da jurisdição administrativa, da previdência e assistência social, podem ser debatidas questões de fato e de direito (IRDR só questão de direito),¹⁸⁸ plena produção probatória e julgamento em cognição exauriente.

Para a instituição desse procedimento-modelo administrativo ou previdenciário, há necessidade de questionamento em mais de 20 processos

[...] o órgão judicial poderá prosseguir com um ou mais processos adequados, que se tornarão os processos-modelo (padrão, piloto, *test claims*) ou paradigmáticos para o julgamento dos demais, que ficarão suspensos. A norma estabelece mais de vinte, portanto exige-se a existência de, no mínimo, 21 (vinte e um) processos nos quais se impugna a conformidade jurídica da medida praticada pela repartição pública.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Nesse sentido: Ressalte-se que o objeto da cognição judicial neste procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste. CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

¹⁸⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 39.

Antes da adoção do procedimento, o Poder Judiciário deve ouvir as partes previamente, em respeito ao princípio do contraditório, e a decisão judicial que opta pela instauração do incidente é irrecorrível.¹⁹⁰

Aluísio Mendes nos esclarece sobre a propositura do procedimento-modelo alemão

No caso do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) do direito público, a determinação da condução, mediante a técnica do julgamento piloto, não precisa ser requerida, podendo e devendo, quando for o caso da sua aplicabilidade, ser estabelecida de ofício pelo órgão judicial.¹⁹¹

A oitiva prévia das partes é fundamental, pois podem trazer elementos favoráveis à implementação do procedimento-modelo ou argumentos que demonstrem que o instituto não é o meio mais adequado para solucionar o conflito e também na escolha dos processos que servirão de paradigma para o julgamento, tendo em vista que no modelo administrativo podem existir vários processos selecionados para conformar-se o julgamento padronizado.

A escolha dos processos será de forma objetiva ou subjetiva? O professor Aluísio Mendes nos apresenta a escolha técnica formulada pela Corte Administrativa alemã

Em julgado proferido em 2008, o Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht* – BVerwG) foi taxativo no sentido de que os procedimentos-modelo precisam preencher duas exigências, sobre as quais os órgãos judiciais possuem responsabilidade na seleção: (a) deve-se garantir que todos os pontos de vista sejam examinados, de modo a serem aferidas as pretensões formuladas nas demandas propostas; (b) deve-se estar seguro de que os processos escolhidos como *Musterverfahren* não estejam sobrecarregados com outros problemas específicos, que não sejam representativos para a maioria dos interessados.¹⁹²

¹⁹⁰ Nesse sentido: A irrecorribilidade, quanto à admissibilidade, por outro lado, procura evitar que este debate preliminar, sobre a adoção do procedimento-modelo, acabe se prolongando e atrasando o processamento e o julgamento dos *Musterverfahren* e, conseqüentemente, também dos processos sobrestados. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 42.

¹⁹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 40.

¹⁹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 39-40.

Denota-se que a escolha deve ser pautada em critérios objetivos, afastando da análise técnica os problemas específicos de cada demanda que podem atrapalhar o julgamento global e desviar o resultado do objetivo pretendido, que é resolver o máximo de questões comuns, no maior número de demandas, em escala uniforme e no menor tempo possível.

O procedimento-modelo das demandas judiciais no mercado de capitais alemão possui sistemática diferenciada do *musterverfahren* do direito público.

Como bem explica Aluísio Mendes, o procedimento-padrão do mercado de capitais já está positivado e é composto por três fases, que correspondem às três partes da lei

A primeira, perante o órgão de primeiro grau, no qual é formulado e apreciado um requerimento de admissibilidade, havendo a determinação de publicidade, em caso de deferimento. A segunda consiste no processamento e julgamento do caso-piloto pelo tribunal de segundo grau. Por fim, na terceira fase, os processos individuais serão julgados em conformidade com o entendimento firmado no caso-modelo.¹⁹³

A primeira fase começa com um requerimento formulado por investidores, por órgão reguladores e pelas empresas com capital no mercado, perante a primeira instância, não existindo previsão legal para a instauração do procedimento de ofício.

O requerente deve apontar as questões litigiosas e os meios de prova que pretende produzir no incidente. É “interessante notar que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios semelhantes”.¹⁹⁴

Como tem intuito privado, visa o ressarcimento financeiro ou cumprimento de cláusula contratual relacionada ao mercado, o que demonstra seu caráter financeiro e comercial.

Há uma admissibilidade preliminar para proteção do mercado e das empresas, para evitar que um procedimento-modelo seja instaurado para prejudicar uma pessoa jurídica ou afetar o seu valor de mercado. Por isso, o requerimento de instauração inadmitido é irrecurável e o requerimento do caso-modelo admitido deve

¹⁹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 46.

¹⁹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

ser publicado nos órgãos oficiais e com “registro eletrônico, segundo a Lei de Procedimento-padrão de conflitos no mercado mobiliário”.¹⁹⁵¹⁹⁶

O requisito numérico também deve ser observado para a instauração do procedimento no mercado de capitais. Há a exigência mínima de 10 requerimentos de instauração do *musterverfahren* no mercado de capitais, em litisconsórcio ou pedidos individuais (prazo de 6 meses a contar do primeiro requerimento) ao órgão judicial de primeiro grau, que elencará os pontos em comum para julgamento pelos magistrados de segundo grau. Não atingido o número mínimo, “o incidente de julgamento padrão será revertido, dando-se continuidade ao processamento e julgamento como simples processo individual”.¹⁹⁷

Ocorrendo a admissibilidade, inaugura-se a segunda etapa com o processamento e julgamento do *musterverfahren* pelo tribunal de segundo grau¹⁹⁸ e a suspensão dos processos individuais.¹⁹⁹

É importante notar a diferença do órgão julgador, pois no procedimento-modelo do direito público, o julgamento ocorre perante o primeiro grau, que na Alemanha é formada por tribunais colegiados, com pontuais decisões monocráticas em situações específicas.

O Tribunal de segundo grau escolherá autor e réu dentre os processos que tramitam no primeiro grau e permitirá a participação dos demais como interessados-

¹⁹⁵ Nesse sentido: A comunicação deve conter a descrição das partes litigantes e dos seus representantes legais, dos investidores e acionistas interessados no procedimento-padrão, o órgão judicial, o número do processo e a data da inserção no registro (*Klageregister*). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 47.

¹⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

¹⁹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 48.

¹⁹⁸ Nesse sentido: A lei prevê a possibilidade de que, para garantir segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, quando existentes tribunais estaduais diversos (nos *Ländern*, Estados-membros), possa a matéria ser atribuída ao julgamento de um tribunal superior, admitindo ainda que, por acordo ou convênio entre os governos estaduais, possa ser a decisão submetida a um determinado e específico tribunal. CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

¹⁹⁹ No que tange a prescrição, o legislador fez alterações na Lei do Procedimento-Padrão no Mercado Mobiliário (*KapMug*) e no Código Civil Alemão (BGB) para prever que os titulares de pretensões, as quais dependam do julgamento do procedimento-padrão, mas que ainda não tenham ajuizado as suas respectivas demandas, poderão inibir o prazo prescricional mediante a notificação (*zustellung*) do seu requerimento de inscrição no registro do *musterverfahren*, desde que proponham a sua ação dentro do prazo de até três meses após o trânsito em julgado da decisão-padrão (*musterentscheid*). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 48.

intervenientes. Essa escolha é uma decisão irrecorrível e prerrogativa do Tribunal que fará o julgamento do caso-piloto. Os autores das demandas individuais poderão eleger um líder²⁰⁰ para ser o autor no procedimento padrão e essa estratégia permite a escolha de alguém melhor representado nos autos ou que tenha maior disponibilidade de recursos para enfrentar os custos da demanda, estes incluídos e rateados nos processos individuais.

Instaurado o procedimento-padrão, a desistência superveniente de uma das partes não afeta o andamento e julgamento do feito e se houver a desistência do autor-líder ou sua incapacidade processual, a escolha do substituto será realizado pelo Tribunal e não mais pelos autores remanescentes.

Realizado o julgamento, a decisão-padrão poderá ser questionada através de um recurso ordinário e os interessados poderão ingressar novamente como intervenientes no recurso interposto perante o órgão julgador equivalente ao nosso STJ.

A terceira e última fase contempla o julgamento dos casos individuais em conformidade com a decisão do caso-piloto, ou seja, a vinculação e espraçamento dos efeitos da “decisão modelo (*Musterentscheid*) vincula os órgãos judiciais, em relação ao julgamento dos processos que foram suspensos e que dependem da solução da pertinente declaração ou interpretação da questão jurídica”²⁰¹ fixada no caso-piloto.

Em relação às partes, a decisão produzirá efeitos a favor e contra os autores, réus e intervenientes com efeitos vinculantes, permitido ao Tribunal modular efeitos nos processos individuais que tenham no polo passivo o mesmo réu.

Já o *Group Litigation Order*,²⁰² “introduzida com as *Civil Procedure Rules*, em 1998, tem o fito de permitir que demandas semelhantes (não necessariamente

²⁰⁰ Nesse sentido: Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

²⁰¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 52.

²⁰² LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil exame à luz da group litigation order britânica. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 175-177.

idênticas) tenham tramitação conjunta”²⁰³ para um resultado efetivo. Busca-se a racionalização da gestão de processos e é desenvolvido no interesse do Poder Judiciário da Inglaterra e do País de Gales. Abrange questões de direito ou de fato comuns a um grupo.

O pedido de instauração no modelo inglês pode ser formulado pelas partes ou por ofício pelo magistrado, com “consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas”.²⁰⁴

Concedida a autorização, deve ser dada publicidade da existência do caso-piloto, mas a publicidade não é tão ampla como no modelo alemão, sendo desnecessária a notificação dos demais interessados na outras demandas individuais.

A Corte inglesa pode determinar a realização de um “processo teste ou modelo (*test claim*), cujo resultado possui, *a priori*, efeito vinculante em relação às demais demandas previamente registradas”.²⁰⁵

A repetição de demandas constitui “uma anomalia no sistema processual”,²⁰⁶ pois não há uma justificativa plausível para o Poder Judiciário examinar dezenas de vezes a mesma questão sob a justificativa de se tratarem de partes diferentes.

É um problema detectado em todos os ordenamentos judiciais e cada cultura lida de uma forma para conter o avanço de demandas em escala desproporcional com a capacidade do Poder Judiciário de dar uma resposta efetiva e célere.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero apresentam uma problematização interessante, a saber

Imagine-se um relação tributária: o Estado impõe a mesma obrigação tributária a vários contribuintes diferentes. Em princípio, o reconhecimento de que aquela exação tributária é ilegal, em uma determinada demanda, deveria ser o suficiente para que o Estado voltasse atrás e deixasse de

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 591.

²⁰⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 58-59.

²⁰⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 61.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 590.

exigir o tributo ilegal de todos. Porém, no sistema atual, essa é uma exigência apenas ética e não uma obrigação legal.²⁰⁷

O exemplo trazido por Marinoni, Arenhart e Mitidiero demonstra a distorção do nosso sistema jurídico e a previsão real de decisões judiciais diversas para situações idênticas relacionadas à cobrança de um tributo ilegal pelo Estado.

Essa é uma realidade que acontece no âmbito federal, estadual e municipal, com a multiplicação de demandas sobre questões idênticas e decisões diversas para cada interessado²⁰⁸ e muitas vezes baseadas somente nas consequências jurídicas que gerarão ao ente público (que precisará ressarcir o particular em uma conduta ilegal) ou ao próprio Poder Judiciário (que terá um número expressivo de novas demandas com o julgamento favorável aos particulares).

O IRDR foi estruturado com foco no modelo alemão de solução de controvérsias repetitivas e o *Musterverfahren* é o principal instituto inspirador do nosso incidente,²⁰⁹ ficando o *Group Litigation Order* com importância inferior no que tange a importância e influência no direito pátrio.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 591.

²⁰⁸ Nesse sentido: O esquema das ações de grupo não representativas, além de preservar a higidez de tradicionais garantias processuais, mantém relevante espaço de aplicação em uma série de hipóteses, como nas demandas referentes aos investidores no mercado de capitais, causas em matéria tributária ou em algumas demandas propostas por associações, quando os associados não forem hipossuficientes. Em muitos destes setores, as restrições, legais e jurisprudenciais às ações coletivas, ou à legitimidade extraordinária do Ministério Público, p. ex., vêm praticamente fulminando a solução coletiva de problemas comuns, muitos deles sufocando os tribunais de processos absolutamente idênticos. CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

²⁰⁹ Nesse sentido: Em audiência pública realizada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, em 11.08.2010, assim manifestou-se o Min. Luiz Fux, Presidente da Comissão, acerca do então chamado incidente de coletivização: “em segundo lugar, há um incidente, que é um paradigma do direito germânico, notadamente do direito germânico, que é o incidente de coletivização das demandas, através do qual nós elegemos, nesses litígios de teses idênticas, de ações repetitivas, causas-piloto que terão amplo acesso aos tribunais superiores, até porque a própria lei da repercussão geral prevê que deve chegar ao Supremo uma causa que seja representativa de uma controvérsia múltipla. Então, criamos esse incidente de coletivização, diferentemente do processo coletivo, porque se dá em demandas individuais, através do qual nós sobrestamos as ações individuais, e a decisão desse incidente se aplicará a todas as ações individuais sobrestadas, o que é a melhor fórmula de se aplicar, na prática, o princípio da igualdade de todos perante a lei e perante a justiça”. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 237-274.

2.2 Inserção no direito pátrio

O novo CPC tentou inovar o ramo do processo civil com a extinção de figuras ineficazes e a inserção de novos institutos, dentre eles o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas²¹⁰ – previsto no art. 976 ao art. 987 com o intuito de uniformizar,²¹¹ estabilizar, integrar e dar coerência ao sistema jurídico, com a conseqüente tendência de diminuição do número de demandas e recursos judiciais.

Percebeu-se que as medidas para garantias dos direitos coletivos – mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação popular – não foram capazes de estancar a litigiosidade de massa e nem absorver as inúmeras situações jurídicas repetitivas que ocorreram com a evolução da sociedade, do consumo e da tecnologia, seja “pela falta de representatividade dos legitimados, por sua inadmissão para a defesa de determinados direitos ou mesmo em razão da restrição da eficácia subjetiva e territorial da coisa julgada nas ações coletivas”.²¹²

Some-se a isso a explicação de Guilherme Rizzo do Amaral sobre a massificação e responsabilidade do Estado nesse processo

Não nos esqueçamos, ainda, do papel do Estado como vilão deste processo de massificação. O estado é responsável direto e indireto pelo problema. Diretamente, é massivamente demandado por não honrar as suas próprias dívidas – amparado pelo “calote oficial” do precatórios -, por prestar um serviço público de má-qualidade ou por nem sequer prestá-lo, bem como por manifestar a sua sanha arrecadatória instituindo tributos contrários à Constituição Federal de 1988, valendo-se de todo e qualquer recurso cabível para dar uma sobrevida às ilegalidades cometidas. Indiretamente, seus planos econômicos malfadados geraram reflexos até hoje sentidos, a exemplo das milhares de demandas relacionadas aos expurgos inflacionários.²¹³

²¹⁰ Nesse sentido: Logo no início dos trabalhos, sob a presidência de Luiz Fux, estabeleceu-se que cada integrante formularia proposições para serem debatidas. A proposta do instituto foi apresentada na Comissão por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, tendo recebido, inicialmente, a denominação de Incidente de Coletivização. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 63.

²¹¹ TESHEINER, José Maria. O direito fundamental à igualdade e a uniformização de jurisprudência. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. jan/jun 2014. v. 15. n. 15, p. 167-173. Disponível em: <http://bit.ly/2ul0J2l>. Acesso em: 14 mar 2018.

²¹² CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 334.

²¹³ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 237-274.

Atento à necessidade de um processo civil contemporâneo que pudesse atender essas situações repetitivas, previu-se como objetivo do IRDR, descrito na exposição de motivos do CPC, proporcionar o reconhecimento e realização de direitos e preservação de garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, realizar os princípios da isonomia, segurança jurídica, economia processual e ter um processo mais célere, mais justo, menos complexo e “compatível com as necessidades sociais”,²¹⁴ com a consequente estabilização das decisões judiciais, o fortalecimento do precedente e o desafogamento da máquina judicial.

Sobre o IRDR

[...] 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).²¹⁵

O novo instituto teve forte influência e inspiração no *musterverfahren* do direito alemão, mesclando partes do procedimento-modelo criado para o mercado de capitais e partes do procedimento-modelo da jurisdição administrativa, previdência e assistência social, “sucedendo, mas diferenciando-se, contudo, do incidente de uniformização de jurisprudência, do Código de Processo Civil de 1973”,²¹⁶ conforme descrito na Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil.²¹⁷

²¹⁴ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. Comentários críticos à exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil: notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos. In: LEAL, André Cordeiro; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; Mosche, Valesca Raizer Borges (Coordenadores). Processo, jurisdição e efetividade da justiça II. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 444-474.

²¹⁵ BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 9 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2016, p. 29.

²¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 63.

²¹⁷ Nesse sentido: Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoeramento de trabalho do Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no

Daniela Viafore²¹⁸ fez um quadro comparativo, em 2013, para identificar as similitudes e diferenças entre o modelo nacional e o modelo alemão, baseando-se no *musterverfahren* do mercado de capitais e no projeto de lei n. 8.046/2010. O quadro foi atualizado de acordo com o texto final do CPC/15.

	<i>Musterverfahren</i>	Incidente de Resolução de demandas repetitivas
Legitimidade para requerer a instauração	Autor ou réu podem apresentar um pedido de instauração no âmbito de um processo em 1º grau.	Partes, juiz, relator, Ministério Público, Defensoria Pública, poderão requerer a instauração do incidente estando o processo em 1º ou 2º grau.
Competência	O juiz de origem admite, fixa o mérito e remete para o Tribunal Superior julgar.	O plenário ou órgão especial do tribunal local será competente para admitir, processar e julgar (art. 978)
Objeto de Cognição	Questões de fato e de direito sobre investidores no mercado de capitais.	Questões de direito idêntica com potencial de gerar relevante multiplicação de processos (art. 976, I).
Requisitos para instauração	Após o pedido, o juiz de origem aguardará o período de quatro meses e o registro de mais nove pedidos com a mesma pretensão comum.	Não há previsão de um requisito quantitativo para a admissão do incidente projetado (preventivo); Prevê a existência de questão de direito com potencial de

direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais Superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comparado. 3a edição. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 312-313.

²¹⁸ VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo *musterverfahren* “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010. In: Revista de Processo. v. 217, mai/2013, p. 257-308.

		gerar relevante multiplicação de processos e capaz de causar grave insegurança jurídica por conta de decisões conflitantes aliado à verificação de conveniência do tribunal.
Publicidade	Os dados serão publicados e armazenados no cadastro eletrônico público e gratuito.	A instauração e o julgamento do incidente serão divulgados no CNJ e tribunais manterão um banco eletrônico de dados com as questões de direito submetidas ao incidente (art. 979).
Suspensão	Serão suspensos os processos pendentes ou qualquer processo proposto antes da entrega do procedimento-modelo.	Todos os processos que versem idêntica questão de direito objeto do incidente serão suspensos até o julgamento do incidente (art. 982).
Escolha do procedimento-modelo ou caso líder	O Tribunal Superior escolherá um líder para os vários autores e outro para os réus, que serão interlocutores diretos com a Corte.	Sem previsão
Ampliação do pedido	Tanto autor quanto o réu poderão requerer a ampliação do pedido desde que haja concordância do juiz.	Sem previsão.
Participação de terceiro interessado e contraditório	Todas as partes dos processos que versem sobre a mesma questão objeto do procedimento serão automaticamente consideradas partes e convocadas a participar. Para tanto, há um intervalo de quatro semanas entre a divulgação da pauta de audiência e o julgamento do procedimento-modelo.	Os terceiros interessados poderão requerer a juntada de documentos, diligências necessárias à elucidação da controvérsia, sustentar razões, requerer a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente, recorrer da decisão proferida (arts. 982 e 983).
Acordo	Há possibilidade de acordo, desde que todas as partes	Sem previsão.

	consintam.	
Recurso	Não há previsão de recurso da decisão que admite a instauração do procedimento, determina a suspensão dos processos e escolhe o líder dos autores ou dos réus; Há previsão de recurso apenas quanto à questão de direito fixada na decisão final do procedimento.	Não há previsão de recurso da decisão que admite a instauração do incidente e determina a suspensão dos processos, em 1º e 2º graus; Da decisão proferida no incidente cabe recurso extraordinário ou especial (art. 987); Da tese firmada, cabe reclamação para o tribunal competente (art. 985, § 2º).
Custas e honorários advocatícios	Os custos são proporcionalmente computados como despesas do processo de origem, devendo a cota-parte ser calculada comparando a grandeza das pretensões individuais com o total das exigências paralelas das partes e intervenientes.	Sem previsão.
Desistência	A desistência de um pedido de instauração de um procedimento-modelo não tem influência sobre o estado do processo principal.	Sem previsão.
Tempo de vigência	A lei KapMug, aprovada em 05.08.2005, foi prevista inicialmente com prazo de validade de cinco anos (até 01.11.2010). Teve prazo de vigência prorrogado até 30.10.2012.	Sem previsão.

Pelo quadro comparativo podemos perceber que o julgamento é cindido e “se desdobra em uma decisão objetiva e outra subjetiva complexa”.²¹⁹

²¹⁹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 341.

O instituto está localizado no Livro III – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, Título I – Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos Tribunais, Capítulo VIII, por ser um incidente processual que é julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional ou Cortes Superiores, estabelecido estruturalmente antes dos recursos processuais do Título II. Essa configuração gerou harmonia entre os institutos processuais e demonstra que o IRDR pode ser objeto do recursos elencados no título seguinte.

A natureza jurídica é de um incidente processual,²²⁰ instaurado a partir de um caso que esteja tramitando no Poder Judiciário, é um instituto

[...] *sui generis*: plasma-se como incidente, não sendo recurso, nem ação; não serve, diretamente, ao interesse dos litigantes (embora também estes possam pedir sua instauração), mas à concretização da segurança jurídica, evitando instabilidade e proporcionando previsibilidade.²²¹

É um instrumento com capacidade para gerar efeitos em múltiplos litígios, com a fixação de tese jurídica aplicável a uma gama de demandas²²² com a mesma questão de direito, com a conseqüente uniformização judicial a todos os litigantes do procedimento-modelo.

Ao falar da natureza jurídica, Humberto Theodoro Júnior menciona que o incidente

[...] não reúne ações singulares já propostas ou por propor. Seu objetivo é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a sentenças, caso a caso, pelos diferentes juízes que detêm a competência para pronunciá-las.²²³

E o mesmo autor finaliza seu raciocínio ao demonstrar a distinção entre ação coletiva e IRDR para justificar a natureza jurídica do incidente

²²⁰ Nesse sentido: Trata-se não de uma ação, mas realmente de um incidente processual, entendido este como o conjunto de atos formalmente coordenados a serem realizados no curso do processo, apresentando-se como um pequeno procedimento inserido no contexto do procedimento maior. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 242.

²²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1437.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: Revista Argumentum, v. 17, jan/dez 2016, p. 46-47.

²²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. III. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 958-959.

A distinção básica entre a ação coletiva e o incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em que naquela os litígios cumulados são solucionados simultaneamente, enquanto no incidente apenas se delibera, em Tribunal, sobre idêntica questão de direito presente em várias ações, as quais continuam a se desenvolver com independência entre si.²²⁴

A melhor doutrina, dentre eles Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Dantas,²²⁵ Humberto Theodoro Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, entendem que o IRDR é um incidente processual que fraciona a cognição e o julgamento da demanda e visa interpretação uniforme de questão de direito que se repete em várias demandas que tutelam direitos individuais homogêneos.

A doutrina majoritária entende que a interposição do incidente não prescinde de grande quantidade de demandas tratando da mesma questão, com pedido formulado em qualquer instância judicial.

Doutrina divergente, conduzida por Fredie Didier Jr., entende que deve existir um processo em curso no Tribunal decorrente de competência originária ou recurso para possibilitar a interposição do IRDR, neste incluído a remessa necessária.²²⁶ Esse ponto será tratado no item seguinte, quando analisaremos os requisitos para a instauração.

Nota-se que a busca pela estabilização das decisões judiciais, o fortalecimento do precedente, o conseqüente desafogamento da máquina judicial e afastar decisões antagônicas²²⁷ são nortes do novo CPC para que se alcance a

²²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. III. 51^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 959.

²²⁵ Nesse sentido: O IRDR, como o próprio nome sugere, possui natureza jurídica de incidente processual *sui generis*. Não dá azo, portanto, à instauração de uma nova relação processual, com todas as consequências que disso advém. Tampouco o IRDR significa a avocação da competência para conhecer as demandas repetitivas. Em termos práticos, o IRDR funciona como fracionamento na cognição e no julgamento da causa. Ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo originário a sua aplicação ao caso concreto. É importante observar que a fixação da tese contém não apenas cognição da *quaestio iuris*, mas também decisão, o que todavia não significa julgamento da lide subjacente. É possível conceituar o IRDR como o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo código de processo civil. 3^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2424-2425.

²²⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 15^a edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 731.

²²⁷ Nesse sentido: O objetivo desse incidente é impedir o surgimento de decisões antagônicas, mediante a definição prévia de uma tese jurídica central comum a diversas ações individuais repetitivas, a qual deverá ser obrigatoriamente adotada nos demais casos. CAMBI, Eduardo;

segurança jurídica, pois esta fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Nesse ponto, a exposição de motivos busca inspiração em Jeremy Bentham.²²⁸

Com o claro pensamento nas consequências práticas, na previsibilidade das decisões judiciais e na tendência uniformizadora da jurisprudência, formulou-se no novo CPC o princípio de que a alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial no interesse social e no da segurança jurídica.

A exposição de motivos ressalta que o novo código ao elevar a segurança jurídica visou proteger e preservar as justas expectativas das pessoas, que as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando segura a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de surpresas, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

2.3 Requisitos para sua instauração

O IRDR visto como uniformizador da aplicação do Direito, consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito,²²⁹ que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição para decisão conjunta.

A exposição de motivos do CPC afirma que é admissível quando identificada controvérsia com potencial²³⁰ de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

Importante lição de Eduardo Talamini ao esclarecer sobre a admissão do IRDR

FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 337.

²²⁸ Nesse sentido, a nota de rodapé n. 13 “Os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados ‘como cães que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos’ (BENTHAM citado por R.C. Caenegem, Judges, legislators & professors, p. 161)” In: BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 9 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2016, p. 30.

²²⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 286.

²³⁰ BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 9 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2016, p. 30.

O excessivo número de causas repetitivas levou o legislador a criar mecanismos de julgamento por amostragem. O escopo dessa técnica é não só a celeridade e a economia processuais, como também garantir respostas iguais a causas de pedir e pedidos iguais.²³¹

Ressalta-se que o instituto brasileiro não previu a aplicação do uniformizador para questões de fato, somente questões de direito.

Essa é a previsão expressa contida no art. 976 do CPC

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

- I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
- II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A melhor doutrina, especialmente Marinoni, Arenhart e Mitidiero, entendem que o incidente só se presta quando houver efetiva multiplicação²³² de processos e emprega a potencialidade em outro sentido

Obviamente, se uma questão de direito não se repetir em várias demandas, de modo a potencialmente comprometer o princípio da isonomia e a racionalidade do sistema encarregado de administração da justiça, por mais relevante que seja, não admitirá a instauração do incidente de resolução em demandas repetitivas que, como o próprio nome indica, se presta apenas para a solução de casos repetitivos. Note-se que não basta o potencial risco de multiplicação. Ou seja, não basta que a questão de direito tenda a repetir-se em outras causas futuras.²³³

A conclusão para a necessidade da efetiva repetição é evitar a decisão precoce, calcada em argumentos frágeis que podem desestabilizar o instituto, como nos dita Eduardo Cambi

Com efeito, se a decisão de um incidente é tomada de forma precoce, não se elimina a hipótese de, em curto espaço de tempo, surgirem novos e eficazes questionamentos, sobre os quais não se terá refletido ou examinado. Na hipótese de tais novos argumentos serem capazes de alterar o resultado da tese jurídica definida em um incidente, o precedente

²³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo. v. 1. 16ª edição reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 465.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 593.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 593.

por ele formado ficaria superado ou já deveria ser modificado, em prejuízo à própria efetividade do instituto.²³⁴

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes esclarece que no *musterverfahren*²³⁵ utiliza-se como referencial o número superior a 20 processos para instauração do caso piloto e afirma que no modelo brasileiro não foi exigido número mínimo de processos no momento da provocação do IRDR, mas

[...] se a efetiva repetição de processos, que dependam da resolução da questão controversa, não for efetivamente significativa em termos numéricos, o resultado obtido poderá não ser tão relevante, a ponto de compensar as mudanças processuais decorrentes, especialmente a suspensão dos processos e o procedimento especial estabelecido nos tribunais.²³⁶

Na visão deste autor, deve-se ponderar a quantidade de demandas existentes em um Tribunal ou em mais de um e também uma reflexão sobre a multiplicação futura de novos casos, desde que já exista uma concreta repetição de processos.

Eduardo Cambi afirma “não se quantifica um número mínimo de processos repetidos. Aqui, deve prevalecer o bom senso, tendo como critérios norteadores o risco de quebra dos princípios da isonomia e da segurança jurídica”.²³⁷

Ainda no art. 976, inciso I do CPC, devemos lembrar que questões fáticas não se inserem dentro do espectro do IRDR. Somente questões de direito material ou processual autorizam a instauração do incidente, pois o CPC

[...] não exigiu que fosse pertinente ao mérito do pedido formulado na demanda. Poderá, portanto, ser uma questão prejudicial ao mérito (constitucionalidade ou legalidade de um tributo criado ou majorado, por exemplo) ou mesmo decorrente dele (como a divergência estabelecida sobre uma regra pertinente à fixação de honorários advocatícios de sucumbência), mas também uma questão processual preliminar ao mérito ou posterior a ele, como, por exemplo, a controvérsia relacionada à

²³⁴ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 338.

²³⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 110.

²³⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 111.

²³⁷ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 338.

competência para o julgamento ou pertinente ao cumprimento de sentença, respectivamente.²³⁸

Deve-se esclarecer que apesar do inciso I do art. 976 prever a expressão “questão de direito” no singular, o IRDR pode contemplar várias questões de direito simultaneamente²³⁹ e divididas por tópicos para facilitar o julgamento do IRDR e dos processos repetidos, “o que pode contribuir também para a melhor delimitação das teses e a posterior aplicação aos casos concretos, nos processos suspensos”.²⁴⁰

Como visto rapidamente no item 2.2, há divergência doutrinária²⁴¹ sobre a existência de processo pendente no Tribunal de Justiça ou Regional para a interposição do IRDR.

Luiz Guilherme Marinoni, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, José Miguel Garcia Medina²⁴² entendem que não é necessária a existência de processo no Tribunal para instauração do IRDR.

Em sentido contrário, preceituando como essencial a existência de demanda pendente no Tribunal encontra-se Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha,²⁴³ Daniel Amorim Assumpção Neves²⁴⁴ e Antônio do Passo Cabral que entendem pela necessidade de processo de competência originária ou recurso tramitando no colegiado. Embasam a sua conclusão no enunciado n. 344 do Fórum Permanente

²³⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 112.

²³⁹ AZEVEDO, Marcelo Tadeu Freitas de. A natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: Revista de Processo. v. 278, abr/2018, p. 341-342.

²⁴⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 113.

²⁴¹ Nesse sentido: Considerando estas alterações ocorridas durante o processo legislativo e, ainda, diversas preocupações de índole constitucional, cultural e social, há vozes doutrinárias defendendo, de um lado, a possibilidade de instauração do incidente a partir de processos em trâmite perante o primeiro grau; e, de outro, a restrição à instauração apenas a partir de processos em trâmite perante os Tribunais. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 288.

²⁴² Nesse sentido: Segundo pensamos, não é necessário que haja processo pendente no tribunal, que verse sobre a questão. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1440.

²⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 193, mar/2011, p. 259.

²⁴⁴ Nesse sentido: Prefiro a corrente doutrinária que defende a necessidade de ao menos um processo em trâmite no tribunal, justamente o processo no qual deverá ser instaurado o IRDR. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1655.

de Processualistas Civis, que diz que “a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.²⁴⁵

O melhor entendimento e o qual nos perfilamos é o primeiro entendimento, pois na análise detida do art. 976, inciso I, a efetiva repetição seja mensurada nos juízos de primeiro grau e não no Tribunal. Soma-se o fato do juiz da causa solicitar a instauração através de ofício por ele ter a sensibilidade no dia-a-dia da quantidade e da qualidade das demandas que ingressam para análise, além de soar estranho o magistrado de 1º grau que já não tem mais em suas mãos uma demanda, interferir em um momento extemporâneo, na causa que já sentenciou e que saiu de suas mãos por um recurso qualquer.

É muito mais razoável a interposição de IRDR com demandas repetitivas tramitando em primeiro grau, do que aguardar a enxurda de ações chegarem ao Tribunal para o desembargador propor o IRDR. O magistrado de 2º grau saberá a quantidade de demandas com mesma questão de direito que tramitam nas diversas varas de primeiro grau pelo primeiro recurso que chega em seu gabinete? Obviamente que não. Ele saberá após julgar 10 ou 15 demandas com mesma questão de direito ou quando o magistrado de 1º grau pedir a instauração? É muito mais econômico e eficiente a segunda situação.²⁴⁶

Ademais, o art. 976, inciso I do CPC exigiu a efetiva repetição e não delimitou que essa repetição seria no 2º grau. O nosso arcabouço histórico delineado no item 2.1 demonstra que na Alemanha a repetição acontece no 1º grau e ali foram feitos os questionamentos que geraram a causa-piloto. Se o nosso instituto tem

²⁴⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 15ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 732.

²⁴⁶ Nesse sentido: [...] o incidente de resolução de demandas repetitivas permite que o juiz, de ofício, identifique o potencial de massificação e ataque-o através da suscitação do incidente, cuja aceitação, pelo tribunal competente, determinará o sobrestamento das ações individuais que tratem de casos idênticos. Verifica-se, na prática, algo muito semelhante à certification (“certificação”) da class action, expediente pelo qual o juiz define se aceita uma demanda individual como class action ou se deve ela prosseguir como ação individual. São escassas as regras que regulam a certificação. O fato é que, na decisão de certificação – geralmente proferida em audiência –, o juiz irá decidir se estão presentes os requisitos para a class action. Tais requisitos, no caso da class action estadunidense (e também no Canadá, embora com algumas variações importantes), estão previstos na Rule 23, e sua presença é verificada por meio da busca de respostas, pelo juiz, a questionamentos como, por exemplo, se há, de fato, uma classe identificável de pessoas, se há questões comuns à classe sobre as quais se busca uma decisão, se o procedimento de class action se mostra adequado para a defesa dos interesses dos membros da classe, se o autor da ação possui representatividade adequada desses membros e se não possui, com estes, interesse conflitante etc. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 237-274.

como inspiração o modelo alemão, devemos seguir o entendimento da desnecessidade de processo pendente de julgamento no Tribunal para instaurar-se o IRDR, sob pena de sacrificarmos o instituto e torná-lo ineficiente.

O art. 977, parágrafo único do CPC é explícito ao determinar que o ofício do juiz ou petição das partes com o pedido de instauração do IRDR deve ser instruído com documentos idôneos que demonstrem o preenchimento dos pressupostos para instauração, ou seja, a parte ou juiz ou demais entes devem demonstrar e convencer o desembargador que há efetiva repetição de processos e que a segurança jurídica e isonomia foram maculadas.

Com a máxima cautela ao contrariar Fredie Didier Jr., seguir o seu posicionamento nesse ponto é tornar letra morta o inciso I do art. 976 e parágrafo único do art. 977, ambos do CPC.

O segundo requisito para instauração do IRDR está contemplado no inciso II do art. 976 do CPC que estabelece o risco concreto de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, com efetiva divergência nos órgãos do Poder Judiciário que desestabilizem os dois princípios. “Este risco deve ser atual, como por exemplo alguns juízes começam a conceder e outros a negar a concessão de liminares ou de antecipação de tutela”.²⁴⁷ Os dois princípios serão analisados detalhadamente no item 2.4.

Para finalizar, além dos requisitos positivos para a instauração, devemos considerar o requisito negativo contemplado no art. 976, §4º do CPC que não admite a instauração do incidente quando já houver recurso afetado em um dos tribunais superiores para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Esse §4º é importante para formar-se um precedente vinculante com eficácia nacional,²⁴⁸ uma tese jurídica ampla e capaz de gerar estabilização e uniformidade no sistema com a criação de um precedente vinculante, evitando precedentes diferentes nos Estados e nas regiões e também para demonstrar que questões de direito material e/ou processual serão objeto do IRDR.

²⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 113.

²⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1656.

2.4 Princípios concretizados pelo instituto

Neste tópico, é importante elencar os princípios concretizados pelo instituto, por ser uma figura nova no nosso ordenamento jurídico que foi importado do direito comparado.

Podemos elencar a segurança jurídica, a isonomia como princípios e ao mesmo tempo requisitos cumulativos para a instauração do IRDR. A pesquisa nos propiciou descobrir na doutrina sobre o tema outros princípios, ponderando e compilando uma lista que poderá ser ampliada ou reduzida ao longo do tempo, embasada nos diversos autores estudados, a saber: a) economia processual; b) celeridade; c) razoável duração do processo; d) devido processo legal; e) contraditório e ampla defesa; f) publicidade; e g) inafastabilidade da jurisdição.

É essencial esclarecer que o professor Marinoni não aceita os princípios da segurança jurídica e da isonomia como requisitos ao pontuar que “o legislador misturou requisitos para a instauração do incidente com os seus objetivos ou com os fundamentos teóricos que o legitimam”.²⁴⁹

Quanto ao princípio constitucional da isonomia,²⁵⁰ o incidente deve pautar o julgamento de casos iguais ou similares, evitando distorções no julgamento e favorecendo alguns em detrimento de outros, vinculando juízes e tribunais nas teses fixadas no IRDR.

Novamente, Luiz Guilherme Marinoni é preciso

A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens merecem – e apenas podem exigir – melhor solução que o estado pode obter para garantir-lhes uma vida justa. De modo que o valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes é exatamente a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao ‘direito’ delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.²⁵¹

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 63.

²⁵⁰ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. In: Revista de Processo. v. 186, ago/2010, p. 336..

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

A igualdade processual é permitir às partes tratamento igualitário, mas não deve ser somente a igualdade formal. A igualdade objetivada pelo legislador, pelo magistrado e pelas partes deve ser a igualdade substancial, minimizando as desigualdades e propiciando iguais chances de manifestação e atuação na demanda.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves é sensível a essa busca pela igualdade substancial dentro de uma demanda entre as partes e o magistrado

A busca da igualdade substancial vai exigir do julgador que, muitas vezes, seja mais tolerante com um dos litigantes, desde que observe desequilíbrio econômico ou técnico entre eles.²⁵²

Entretanto, também devemos pensar na isonomia entre os processos e a existência de diversos processos em tramitação nos diversos juízos já “potencializaria um risco eventual de que fossem decididos de modo diverso, havendo, em tese, a possibilidade de quebra da isonomia e da segurança jurídica”²⁵³ e esse risco tem que ser atual e concreto.

Essa igualdade processual é conhecida como paridade de armas e na visão de Fredie Didier Jr., essa paridade possui quatro requisitos necessários

A igualdade processual deve observar quatro aspectos:

- a) imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes);
- b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, orientação sexual, raça, nacionalidade etc);
- c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira (ex.: concessão do benefício da gratuidade da justiça, arts. 98-102, CPC), a geográfica (ex.: possibilidade de sustentação oral por videoconferência, art. 937, §4º, CPC), a de comunicação (ex.: garantir a comunicação por meio da língua brasileira de sinais, nos casos de partes e testemunhas com deficiência auditiva, art. 162, III, CPC) etc;
- d) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório.

A isonomia no processo manifesta-se no “dever de o órgão julgador confrontar o caso concreto com o caso paradigma, de modo a verificar se é ou não

²⁵² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

²⁵³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 113.

caso de aplicação do precedente ou da jurisprudência (art. 489, §1º, V e VI, CPC)”.²⁵⁴

Já o princípio da segurança jurídica deve ser visto como estabilizador das relações sociais e garantidor da dignidade humana. O valor segurança jurídica não está expressamente positivado no texto constitucional, motivo de embate entre os doutrinadores sobre o seu posicionamento em uma interpretação constitucional.

É tratada por autores de relevo como sobreprincípio²⁵⁵ por estar acima dos princípios explícitos e implícitos e ser a base da dignidade da pessoa humana.

Heleno Taveira Torres entende que o princípio da segurança jurídica é encontrado dentro da Constituição Federal de 1988 e seria um sobreprincípio ou princípio-síntese por ser edificado a partir do somatório de outros princípios constitucionais e de garantias fundamentais.

Com o mesmo posicionamento em considerar a segurança jurídica como um sobreprincípio, Roque Carrazza discorda que esteja positivado expressamente na Constituição

[...] o princípio da segurança jurídica é uma das manifestações do nosso Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1º da CF, e visa a proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais capazes de frustrar-lhes a confiança que depositam no Poder Público.²⁵⁶

Entendemos que assiste razão a Roque Carrazza ao posicionar a segurança jurídica como manifestação do Estado Democrático de Direito. Mesmo caminho trilhou o STF, em sede de repercussão geral, ao demonstrar a alocação da segurança jurídica no ordenamento.²⁵⁷

²⁵⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 127.

²⁵⁵ Nesse sentido: O princípio da segurança jurídica encontra-se enucleado na Constituição com a força de ser um princípio-síntese, construído a partir do somatório de outros princípios e garantias fundamentais. Apesar de referido na Constituição ('Preâmbulo', caput dos arts. 5º e 6º e art. 103-A da CF) e em leis esparsas, o princípio a segurança jurídica não se reduz aos enunciados normativos assinalados em cada um dos seus dispositivos, como 'segurança' ou 'insegurança'. Como regra expressa, tanto se faz presente na condição de 'direito fundamental à ordem jurídica segura' quanto na acepção de garantia material aos direitos e liberdade protegidos, sobre os quais exerce a função de assegurar efetividade. TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica. São Paulo: RT, 2012, p. 188.

²⁵⁶ CARRAZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013, p. 470.

²⁵⁷ Nesse sentido, o voto da ministra relatora Ellen Gracie, em sede de repercussão geral: O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os

Já a corrente doutrinária divergente entende que a segurança jurídica é um subprincípio²⁵⁸ por não estar positivada no texto constitucional e ser um corolário de outros princípios contidos na Constituição.

Assim, o melhor entendimento sobre o princípio da segurança jurídica é que mesmo não positivado expressamente na Constituição Federal, é um elemento constitutivo do Estado Democrático de Direito, concretiza direitos e garantias fundamentais, legitima a dignidade da pessoa humana e é um sobreprincípio.

A segurança jurídica consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus integrantes para conservação de sua pessoa (jurídica e natural), dos direitos subjetivos e de sua propriedade. Para isso, devem ser dados mecanismos aos legitimados para a proteção desses direitos e limites²⁵⁹ na atuação estatal quando busca a invasão na esfera de outro ente (plano horizontal) ou do indivíduo (plano vertical).

A segurança jurídica permeia e conforma toda a sociedade e o Estado “apenas lhe acrescentou novas dimensões”,²⁶⁰ manifestando-se através de diversos institutos, tais como legalidade, irretroatividade, anterioridade, isonomia, coisa julgada etc.

Esse sobreprincípio pode ser entendido a partir de duas perspectivas, a) o cidadão deve saber antecipadamente qual norma é vigente, o que sinaliza a lógica precedência da norma perante o fato por ela regulamentado, possibilitando que o destinatário da norma se valha de um prévio cálculo do conteúdo da lei; e b) o

incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário. José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Almedina, 1988, p. 250), destaca “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”. O professor Luis Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã* (Fabris, 1995, p. 186), ensina que “tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são parte constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito [...]. Ambos tem índole constitucional e, assim, servem de critério normativo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566621, Repercussão Geral, Relatora Min. Ellen Gracie, J. 11/10/2011.

²⁵⁸ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

²⁵⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexos sobre a exigência de concurso público (isonomia, eficiência e segurança jurídica)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). *Vinte anos de Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 809-836.

²⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

indivíduo deve, em um segundo momento, compreender o conteúdo da norma, no que tange à sua clareza, calculabilidade e controlabilidade.

Essas perspectivas garantem a ligação da segurança jurídica ao sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de uma conduta, o que possibilita o planejamento de ações futuras,²⁶¹ tranquiliza o indivíduo e realiza o respeito aos direitos fundamentais.

Essa ideia de estabilização é externada por Eduardo Talamini quando menciona a importância da segurança nas relações econômicas

Some-se a isso a importância que assume, no campo das relações econômicas, a oferta de segurança pelo Estado. Nas relações entre Estado, agentes econômicos, usuários e consumidores, torna-se cada vez mais relevante a definição clara de marcos regulatórios, assim como a definição de planos e metas objetivos e estáveis.²⁶²

Cleide Previtalli Cais leciona “o princípio constitucional da certeza do direito ou da segurança jurídica permite aos cidadãos o controle da discricionariedade do legislador vinculado em sua tarefa aos valores máximos para o Estado de Direito”.²⁶³

Por ser um elemento substancial do Estado Democrático de Direito e fundamento da dignidade da pessoa humana, podemos caracterizar o sobreprincípio da segurança jurídica como um direito fundamental.

Nas palavras de Ângela Costaldello

[...] segurança jurídica, no mais das vezes, traduz o sentimento de justiça que deve ser preservado através da manutenção de circunstâncias consolidadas, quer tenham atingido a esfera individual ou se relacionem a interesses da sociedade”.²⁶⁴

O ordenamento jurídico persegue a segurança jurídica como um valor fundamental. “O cidadão, para poder se desenvolver, tem que conhecer as consequências jurídicas das suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive”.²⁶⁵ O direito convive com o risco, com a insegurança e se assim não

²⁶¹ GUIESLER JÚNIOR, Luiz Carlos. Do direito fundamental à segurança jurídica e a prescrição intercorrente em matéria tributária. Dissertação (Mestrado). Curitiba: UNIBRASIL, 2014, p. 8.

²⁶² TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

²⁶³ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. São Paulo: RT, 2011, p. 30.

²⁶⁴ COSTALDELLO, Ângela Cássia. A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba: UFPR, 1998, Tese (Doutorado), p. 33.

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

fosse e o direito já apresentasse a segurança, o sobreprincípio seria desnecessário.

E arremata Eduardo Talamini

O Direito deve também expressar outros valores, até mais importantes, tais como a justiça e o bem comum. Porém, o Direito não os contém em seu conceito: pode haver Direito injusto ou Direito que não atenda interesse comum; todavia, sem a segurança e a certeza de sua impositividade, não há Direito, nem bom nem mau.²⁶⁶

Nessa perspectiva, “se pode falar em ‘ética do legalismo’, nos termos de MacCormick, uma vez que a previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma”,²⁶⁷ evoluir em um Estado Democrático de Direito.

O princípio da economia processual sempre foi debatido como forma da população ter acesso ao Poder Judiciário com o menor custo direto e indireto possíveis e estava consagrado no art. 5º, inciso LXXIV da CF/88, obrigando o Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e com isso concretizar o acesso à justiça e evitar que o custo excessivo para manejar uma demanda obste o exercício jurisdicional de direitos.

Ao longo dos anos, medidas foram tomadas para concretizar esse princípio, como a Defensoria Pública, PROCON, lei de assistência judiciária, dentre outros, para gerar o menor dispêndio de dinheiro pelos mais pobres para ter algum tipo de justiça.

A evolução das relações sociais nos último 30 anos fez evoluir esse conceito de economia processual, ampliando seu espectro e hoje temos o entendimento moderno sobre o princípio da economia processual que a “atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços”.²⁶⁸

Ampliou-se a interpretação do princípio para além do inciso LXXIV do art. 5º para fazer constar o princípio da economia processual dentro do art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88, em conjunto com os princípios originais da razoável duração do

²⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 65-66.

²⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 158.

processo e celeridade, demonstrando que a nova interpretação do princípio da economia e eficiência processuais gerarão uma razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade processual.

Cassio Scarpinella Bueno expressa sua análise sobre o princípio da economia processual em um entendimento contemporâneo

Trata-se, nestas condições, de verificar como “economizar” a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez.²⁶⁹

Dessa análise, podemos perceber que o intuito do IRDR é exatamente reduzir o número de atos processuais, da atividade judicial, do número de demandas, com a racionalização e otimização da atividade estatal.

Os princípios da razoável duração do processo e da celeridade podem ser estudados conjuntamente, pois estão elencados no art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88.

O princípio da razoável duração do processo é apresentado ao Brasil através da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido popularmente como Pacto de São José da Costa Rica,²⁷⁰ do qual somos signatários e formalmente inserido na nossa CF/88 com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

A razoável duração do processo²⁷¹ objetiva a decisão em tempo razoável e de forma justa, sem atropelos para evitar injustiças e sem delongas para a busca da justiça.

Em consonância com a CF/88, o novo CPC previu expressamente no art. 4º que as partes têm o direito de obter a solução do mérito de sua demanda em tempo razoável, incluindo a atividade satisfativa, que é a parte mais interessante para a parte que busca o seu direito através do Poder Judiciário.

²⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

²⁷⁰ Nesse sentido: A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, no art. 8, 1, prevê: Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 122.

²⁷¹ SOUSA, José Augusto Garica de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. In: Revista de Processo. v. 280, jun/2018, p. 97.

O dispositivo legal revela a preocupação com a demora no julgamento de demandas e o próprio funcionamento dos órgãos judiciais para termos uma decisão mais célere em um processo com uma duração razoável e as alterações na legislação processual tentaram conjugar os dois princípios (razoável duração e celeridade).

O princípio da razoável duração do processo, nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, é dirigido

[...] em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que acelerem e não atravanquem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional. Por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida.²⁷²

Em sentido contrário, Fredie Didier Jr aponta a inexistência do princípio da celeridade e que o processo “deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.²⁷³ Seu enfoque é que conquistou-se um direito à demora

A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sintam saudade deles.²⁷⁴

Os dois princípios foram concretizados ao longo dos anos através de diversos institutos, como a súmula vinculante, a repercussão geral, a lei n. 12.008/2009 que torna a tramitação prioritária de demandas com pessoas acima de 60 anos e a previsão contida no art. 980 do CPC ao determinar que o IRDR será julgado no prazo de 1 ano e terá preferência sobre todos os demais feitos, exceto os *habeas corpus* e demandas que envolvam réu preso.

²⁷² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

²⁷³ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 125.

²⁷⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 125.

Ao estudar os princípios, Cassio Scarpinella Bueno entende que

A razoável duração do processo deve ser compreendida invariavelmente levando em conta as especificidades de cada caso concreto. Não há como exigir que casos complexos tenham o mesmo tempo de duração que processos pouco ou nada complexos. O que é dado ao processualista idealizar, em abstrato, são as técnicas, as mais variadas e nos mais diversificados planos, para buscar um julgamento mais célere.²⁷⁵

Tem razão o professor Fredie Didier Jr ao alertar que um processo célere demais poderá desbordar para o autoritarismo e retirar direitos fundamentais conquistados pela sociedade ao argumento que a redução da carga de processos justifica decisões sem produção de provas ou com contraditório suprimido ou reduzido.

Outro princípio relacionado ao IRDR é o princípio do devido processo legal, está elencado no art. 5º, inciso LIV da CF/88, é um direito fundamental que garante ao jurisdicionado um legítimo processo para solução das relações jurídicas.

Subdivide-se em devido processo legal formal ou procedimental e devido processo legal substantivo ou substancial.

O devido processo legal procedimental é composto por garantias processuais como o direito ao contraditório e ampla defesa, duração razoável do processo, inafastabilidade da jurisdição, juiz natural, dentre outros.

O devido processo substancial foi desenvolvido nos EUA e deve “gerar decisões jurídicas substancialmente devidas”.²⁷⁶ No Brasil, essa dimensão foi incorporada

“[...] considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário que se adota) e da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade”.²⁷⁷

No nosso Estado Democrático de Direito, o devido processo legal deve ser observado porque

²⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 60.

²⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 92.

²⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 92.

[...] não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de participação. O princípio do devido processo legal, nesse contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o mesmo Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente.²⁷⁸

O princípio do devido processo legal é um dos pilares do nosso ordenamento,²⁷⁹ um princípio-síntese²⁸⁰ e a base estrutural dos demais princípios constitucionais. O “*substantive due process* consitui autolimitação ao poder estatal, que não pode editar normas que ofendam a razoabilidade e afronte as bases do regime democrático”²⁸¹ e o devido processo procedimental obriga que se “respeitem as garantias processuais e as exigências necessárias para a obtenção de uma sentença justa. Exige ainda que o trâmite dos processos seja célere e de duração razoável”.²⁸²

Os princípios do contraditório e ampla defesa²⁸³ também são concretizados pelo processo civil e iremos analisar com mais profundidade os dois princípios no capítulo III quando tratarmos da negação de direitos através do IRDR ao fazer a

²⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

²⁷⁹ Clayton de Albuquerque Maranhão e Frederico Augusto Gomes apontam críticas em relação a esse princípio. Nesse sentido: Contudo, já há críticas de duas ordens levantadas na doutrina em relação à locução “devido processo legal”. A primeira delas é que a expressão remete ao paradigma do Estado de Direito, *standard* no qual o processo é um simples obstáculo ao exercício do poder estatal, o que se tem por superado pelo Estado Constitucional, momento em que o aludido princípio almeja “colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo”. A segunda crítica é em relação à busca de uma dimensão substancial do devido processo legal, com inspiração no direito americano. Tal desaprovação é embasada na opinião manifestada por Humberto Ávila, segundo a qual aquilo que se extrai do devido processo legal substancial (proporcionalidade e razoabilidade) é decorrência da existência de um sistema de princípios. Vale dizer, se os princípios são consagrados pela Constituição, incumbe aos Estados realizá-los. Se a Constituição contém princípios diversos e por vezes colidentes, deve seu aplicador (seja administrador, julgador ou legislador) concretizá-los adotando comportamentos que atinjam seus respectivos fins, mais os promovam que os restrinjam e não gerem restrições desarrazoadas aos demais princípios. MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), v. 7, p. 191-223, 2018, p. 203.

²⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

²⁸¹ GONÇALVES, Marcus Vinicus Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

²⁸² GONÇALVES, Marcus Vinicus Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

²⁸³ Nesse sentido: O princípio do contraditório e da ampla defesa não é um princípio que visa a simulação, o dolo, a fraude, mas, sim, a busca de uma decisão justa de acordo com a verdade material dos fatos. SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 481.

reflexão se o incidente suprime o contraditório das partes na busca pela solução massificada dos conflitos.

O princípio da publicidade é um direito fundamental²⁸⁴ essencial para que “a sociedade possa fiscalizar seus juízes, preservando-se com isso o direito à informação, garantido constitucionalmente”.²⁸⁵ Está previsto nos arts. 5º, inciso LX, 93, inciso IX, ambos da CF/88 e foi inserido no art. 11 do novo CPC e no IRDR está previsto no art. 979 e parágrafos do CPC.

O princípio da publicidade é essencial para conhecer o julgamento das demandas, ciência sobre a afetação de uma determinada decisão e “viabilizar o indispensável controle dos destinatários da função jurisdicional pelos que a exercem”.²⁸⁶ Também é essencial para que as partes não sejam atingidas pela decisão surpresa, a qual afeta a estabilidade do ordenamento jurídico e traz insegurança jurídica.

Fredie Didier Júnior afirma que o princípio da publicidade é essencial ao nosso novo processo civil que integrou o sistema de precedentes como técnica de julgamento

Em um sistema de precedentes obrigatórios, como o brasileiro, a publicidade ganha contornos ainda mais peculiares e importantes. Todo processo passa a ser de interesse de várias pessoas, pois dele pode resultar um precedente aplicável a casos atuais e futuros. É por isso que o §5º do art. 927 impõe aos tribunais o dever de dar publicidade aos seus precedentes.²⁸⁷

Por esse motivo e vinculado ao art. 927 do CPC que, “ao regular a divulgação dos precedentes firmados em julgamento de casos repetitivos”,²⁸⁸ o art. 979 e seus parágrafos determinaram que o IRDR possua ampla publicidade e

²⁸⁴ Nesse sentido: Trata-se de um direito fundamental que tem, basicamente, duas funções: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional. DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 115.

²⁸⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicus Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

²⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 113.

²⁸⁷ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 117.

²⁸⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 117.

divulgação para conhecimento e respeito aos precedentes e teses por todas as instâncias judiciais.

Finalmente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição está encartado no art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e garante o direito fundamental de levar à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito, ou seja, o direito a todo cidadão acessar a justiça para solicitar e/ou defender o seu direito.

No momento que o Poder Judiciário for provocado, deverá “fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa, no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado”.²⁸⁹

O IRDR ao fixar a sua tese poderá obstar que o acesso à justiça seja exercido pela parte que se sentir lesada ou que não tenha participado do processo decisório do incidente no Tribunal em que ocorrer o julgamento por falta de publicidade ou por uma atuação autoritária que inviabilize a sua manifestação na formação da tese no incidente processual.

Esclarecemos que o rol foi estabelecido após exaustiva pesquisa sobre o tema, não se prestando a demonstrar de forma taxativa os princípios aplicáveis ao IRDR, com possibilidade do rol ser ampliado ou reduzido no decorrer do amadurecimento do instituto pelo julgamento por nossas Cortes Superiores e Tribunais de Justiça e Região.

2.5 Instauração

É instaurado perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal vinculado a sua esfera de competência, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial ou outro órgão indicado no regimento interno do Tribunal, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais Superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Assim está descrito nos arts. 977 e 978, ambos do CPC

²⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 50.

Art. 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.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Art. 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.

A divergência que deve ser esclarecida sobre os legitimados do art. 977 é em relação ao relator, que só poderá suscitar o incidente se já houver alguma demanda no Tribunal, ou seja, “a legitimidade do relator só existirá concretamente quando o processo repetitivo tiver chegado ao tribunal em grau recursal, reexame necessário ou, excepcionalmente, em ações de competência originária”.²⁹⁰

A legitimidade do Ministério Público quando envolver direitos difusos e coletivos será ampla e irrestrita, mas quando envolver direito individual homogêneo, só “terá legitimidade se o direito for indisponível ou disponível com repercussão social”,²⁹¹ conforme definido pelo STJ. Há corrente doutrinária que defende a legitimidade ampla do MP em qualquer caso por se tratar de um órgão que defende a ordem jurídica, por assumir a titularidade no caso de abandono ou desistência (art. 976, §2º) e por atuar como fiscal da lei quando não for parte.

A Defensoria Pública terá sua legitimidade estabelecida na defesa dos hipossuficientes econômicos, vedada a sua atuação ampla, como ocorre no caso do MP. O melhor entendimento é que o limite de sua atuação deve ser similar a das partes.

O parágrafo único do art. 977 do CPC fala sobre a instrução do processo, que deverá vir instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos dois pressupostos positivos e do pressuposto negativo para instaurar-se o incidente, o que evita dois problemas, o primeiro o relator ter que ficar pedindo complementação e poderá atrasar o julgamento e o segundo é evitar a

²⁹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1658.

²⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1659.

aplicação do art. 976, §3º que seria a inadmissão por falta de algum pressuposto de admissibilidade.

Em relação ao art. 978, *caput*, há a fixação da competência para julgamento pelo tribunal. A primeira leitura do art. nos fornece a compreensão que não será o magistrado de 1º grau o responsável pelo julgamento do incidente e que o Tribunal de Justiça e da Região serão os competentes para resolver o incidente. Esse é o entendimento externado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis no enunciado 343: “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”.²⁹²

E dentro do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional, quem será competente para apreciar o IRDR? Havia uma inconstitucionalidade no projeto de lei original do Senado Federal que fixava a competência ao órgão especial ou plenário.

No projeto aprovado foi afastada essa inconstitucionalidade, pois percebeu-se que fixar competência por lei ordinária seria uma invasão na competência interna do tribunal. A correção da inconstitucionalidade ocorreu com a previsão expressa que o regimento interno fixará o órgão responsável por julgar o IRDR dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência, retirando das câmaras ou turmas comuns a análise do incidente, pela necessidade de técnica especializada nesse tipo de julgamento que fixará uma tese jurídica.

E o STF e STJ teriam competência originária para julgar o IRDR ou somente competência recursal? Nesse ponto da pesquisa precisamos conjugar os arts. 978 e 987, ambos do CPC para encontrarmos uma resposta factível e aplicável na prática forense.

Uma avaliação superficial poderia apontar a falta de competência das Cortes Superiores para julgar originariamente o IRDR e sua participação seria limitada ao julgamento em “grau recursal e proferir decisão determinando a suspensão de todos os processos em trâmite no território nacional”.²⁹³

Daniel Amorim Assumpção Neves perfila-se na incompetência originária dos tribunais superiores ao justificar que

²⁹² Enunciados aprovados em Vitória, 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em <http://bit.ly/2USB27a>. Acesso em 9.11.2018.

²⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1660-1661.

[...] em razão de sua competência recursal para julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, técnica de julgamento que permite a tais tribunais a criação de precedentes vinculantes como o que seria criado no julgamento do IRDR. Ou ainda a competência recursal de tais tribunais no próprio incidente ora analisado.²⁹⁴

O art. 987 do CPC nos informa que é cabível recurso especial do julgamento de mérito realizado pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.
§1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.
§2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Se analisarmos a letra fria da lei ao conjugar os dois artigos, poderíamos realizar uma interpretação equivocada sobre a falta de competência originária do STF e STJ para a propositura do IRDR, que a atuação dessas Cortes só traria o efeito suspensivo, a repercussão geral e espraiamento da tese jurídica para todo o território nacional.

Não se olvide que as Cortes Superiores possuem competência originária para julgamento de determinadas matérias,²⁹⁵ nas quais não se falará em julgamento de recurso extraordinário ou especial pelo Tribunal e aqui teríamos a possibilidade de instauração do IRDR pelo STF ou STJ.

O art. 978, *caput* e parágrafo único, não proíbem expressamente que o STF ou STJ fixem em seus regimentos internos órgão responsável pela instauração e julgamento de IRDR em competência originária. Ao contrário, da leitura do art. e de seu parágrafo, podemos perceber que qualquer tribunal pode fazer o julgamento originário ou em recurso ou em reexame necessário e fixar a tese, que terá

²⁹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1661.

²⁹⁵ Nesse sentido: Há, entretanto, uma interessante questão a respeito do tema: ações de competência originária dos tribunais superiores, hipótese na qual não haverá como o próprio tribunal julgar recurso especial ou extraordinário. Nesse caso ter-se-ia uma hipótese excepcional de instauração de IRDR perante tribunais superiores, existindo inclusive precedente monocrático nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça na hipótese de conflitos de competência originária daquele tribunal (Decisão monocrática, CC 148.519/MT, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03/10/2016). NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1661.

abrangência nacional, ao invés do alcance estadual ou regional, a depender do tribunal que julgar.

O art. 987 surge para racionalizar o ordenamento jurídico e demonstrar que o julgamento do mérito do IRDR não será objeto de uma infinidade de recursos, mas objetivamente de recurso extraordinário ou especial e que destes haverá repercussão geral e efeito suspensivo de todos os processos e incidentes que tratem da mesma matéria e que ainda estão em análise nos tribunais de 2º grau.

O parágrafo único do art. 978 fixa ao órgão colegiado julgador do IRDR a competência para fixar a tese jurídica e julgar recurso ou a remessa necessária ou o processo de competência originária, se existente, pois se for originário de pedido formulado por magistrado de 1º grau ou qualquer outro legitimado, o órgão colegiado decidirá o incidente e fixará a tese jurídica adotada para a questão de direito material ou processual que fora questionada e aplicação a todos os processos em tramitação no 1º grau.

E como fica a aplicação desse parágrafo único no universo do Juizado Especial? Há um impasse a ser solucionado, porque no Juizado Especial não há reexame necessário e não há um Tribunal com competência originária nesse microssistema²⁹⁶ e sim um Colégio Recursal que julga o recurso inominado.

Três são as formas de resolver o impasse, todas propostas por Daniel Amorim Assumpção Neves.²⁹⁷ A primeira seria a atribuição de competência dentro do Colégio Recursal para um órgão colegiado responsável pela uniformização da jurisprudência do juizado para julgar o IRDR e depois o Inominado e conta com o enunciado 44 da ENFAM: “Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema”. Só que essa opção não conta com previsão legal e poderia ser objeto de questionamento por conter ilegalidade e não se mostra a melhor solução por

[...] criar uma competência inexistente e *contra legem*, cria um sério problema prático. Basta imaginar um IRDR sendo julgado por órgão colegiado do Colégio Recursal e outro pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Numa situação dessas, é possível que existam decisões

²⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1663.

²⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1663.

conflitantes ou contraditórias, prestando-se o IRDR a violar justamente os princípios que fundamentam sua existência.²⁹⁸

A segunda possibilidade, que também não tem previsão legal, é atribuir ao Tribunal de Justiça o julgamento do Recurso Inominado de forma excepcional, mas não é uma boa solução por inexistir ingerência do Tribunal sobre o Juizado Especial.

A terceira possibilidade é fracionar o julgamento, “de forma que ao tribunal caberá a fixação da tese jurídica com o julgamento do IRDR e ao Colégio Recursal, o julgamento do recurso inominado”,²⁹⁹ mas essa solução não escapa do entrave criado pelo parágrafo único do art. 978, que determina que o órgão que julgar o incidente e fixar a tese, deverá julgar o recurso.

Nos parece que a melhor conduta adotada pelo legislador seria a inexistência do parágrafo,³⁰⁰ o que permitiria que o órgão colegiado estabelecido pelo regimento “tivesse competência limitada ao julgamento do IRDR, deixando para o órgão fracionário – do próprio tribunal ou do colégio recursal – o julgamento do recurso com a obrigatória aplicação do precedente fixado no julgamento do IRDR”.³⁰¹

Situação diversa é a previsão contida no art. 985, inciso I, que determina a aplicação da tese jurídica fixada ao processos em tramitação nos juizados

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

Essa norma estabelece a eficácia vinculante do precedente criado pela tese jurídica no julgamento do IRDR e traz uma harmonização entre justiça comum e

²⁹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1663.

²⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1663.

³⁰⁰ Nesse sentido: O parágrafo único do art. 978 do CPC/2015 restringe a competência do órgão ao julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se tiver originado o incidente, e não abrange outros processos em trâmite no tribunal, ao qual se aplicará a tese firmada. Caso, por exemplo, a questão se repita em milhares de processos que tramitem em 1º grau de jurisdição, atribuir-se ao órgão que julgou o incidente competência para julgar os recursos oriundos daqueles processos poderia inviabilizar o seu funcionamento. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1441.

³⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1663.

juizados especiais e não há nenhuma ilegalidade nessa obediência pelo juizado por ter-se definido no incidente a melhor interpretação sobre questão de direito, evitando a duplicação ou triplicação de incidentes na mesma esfera jurídica.

Para evitar a multiplicação de incidentes em todo o Brasil e para atingir o sucesso pretendido na diminuição de demandas submetidas ao IRDR, o CPC determinou no art. 979 que o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais mantenham banco de dados atualizados

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.

O art. 979 e seus parágrafos pretendem demonstrar que um banco de dados bem alimentado e atualizado, torna maior a chance de observância das decisões judiciais “e de que não se dê prosseguimento a causas que deveriam estar sujeitas à solução por esse incidente”.³⁰²

Como o IRDR tem como efeito a suspensão de todos os processos que tenham a mesma questão de direito e estejam sob o manto da competência daquele tribunal, “a manutenção do cadastro se prestará a auxiliar as partes e ao juízo na identificação dos processos a serem suspensos. Para tanto, é preciso ter acesso não só à informação de existência do incidente, mas também ao seu conteúdo”.³⁰³

A manutenção do banco de dados será uma decisão política do Tribunal e não vislumbramos nenhuma responsabilização no caso de não atualização ou de inclusão de dados errados. O CNJ poderá responsabilizar o presidente do Tribunal por uma conduta desidiosa? O juiz ou relator será obrigado a alimentar o banco de dados? São questões que não estão previstas e poderão dificultar a concretização da determinação contida no art. 979 e seus parágrafos.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 592.

³⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1664.

A melhor interpretação do art. seria uma obrigação, pois o §1º traz um verbo impositivo “manter” e o CNJ tomou uma decisão através da resolução n. 235 de 13 de julho de 2016³⁰⁴ e normatizou no art. 3º que os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são os gestores do incidente de resolução de demandas repetitivas instaurados no âmbito de sua competência.³⁰⁵ Assim foi feito por tratar-se de uma atuação administrativa, a qual está na esfera de atribuições do Conselho Nacional de Justiça.

O CPC também delimitou o prazo para tramitação e julgamento do IRDR no art. 980

Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

A prática forense nos mostra que será muito difícil um desembargador estadual ou federal julgar um incidente no prazo de um ano e a prorrogação poderá facilmente ser fundamentada na sobrecarga do Poder Judiciário, no excesso de trabalho, na complexidade da demanda, ou seja, uma infinidade de justificativas para desrespeitar o art. 980. Caberá ao “tribunal compreender o espírito do IRDR, de forma a não exceder o prazo de um ano para seu julgamento, salvo em situações excepcionais”.³⁰⁶

Os artigos 981 e 982, ambos do CPC, tratam do juízo de admissibilidade e atuação do relator

Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

³⁰⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1444.

³⁰⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 235, de 13 de julho de 2016. Brasília: DJe/CNJ, n. 120, de 14/07/2016, p. 8-14. Disponível em: <http://bit.ly/2HziA0b>. Acesso em 12 dez 2018.

³⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1665.

O juízo de admissibilidade será realizado pelo colegiado – não pelo desembargador estadual ou federal monocraticamente que compõe o órgão³⁰⁷ – estabelecido pelo regimento interno para decidir o incidente e ele observará todos os pressupostos positivos e o pressuposto negativo para admitir ou inadmitir.

Se inadmitido o IRDR, o processo em 1º grau voltará a ter sua tramitação normal e “o recurso, o reexame necessário ou o processo de competência originária do qual o incidente se originou, não será julgado pelo órgão que decidiu pela inadmissibilidade, retornando para o órgão fracionário”³⁰⁸ competente para o seu julgamento.

No caso de admissão do incidente, o art. 982 e seus parágrafos trazem o rito a ser seguido pelo relator. O primeiro passo é a decisão irrecorrível³⁰⁹ de suspensão obrigatória de todos os processo individuais ou coletivos que estão abarcados pela competência territorial do Tribunal.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado n. 205 para tratar da suspensão: “Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas”.³¹⁰

O enunciado permite a aplicação do art. 356 do CPC com o julgamento antecipado parcial de mérito das questões contidas na demanda que não foram acobertadas pelo manto da suspensão.

Se a parte não concordar com a suspensão por entender que seu caso é distinto, poderá realizar o *distinguishing* (item 1.3) para o prosseguimento normal do seu feito. Se o magistrado não concordar com a distinção e suspender o feito, não será cabível o agravo de instrumento por falta de previsão legal e para evitar a

³⁰⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1443.

³⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1665.

³⁰⁹ Nesse sentido: Entendo que a suspensão é obrigatória, independente do estágio procedimental do processo ou mesmo da convicção do relator, havendo, inclusive, doutrina que entende pela dispensa de decisão expressa nesse sentido, sendo a suspensão dos processos um efeito natural da admissão do IRDR. Não chego a tanto, mas entendo que a decisão de suspensão é um ato vinculado, e por essa razão, contra ele não caberá recurso, afastando-se nesse caso, de forma excepcional, a aplicação do art. 1.021, *caput*, do novo CPC. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1666.

³¹⁰ Enunciados aprovados em Vitória, 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em <http://bit.ly/2USB27a>. Acesso em 12.12.2018.

multiplicação de recursos em demandas repetitivas,³¹¹ restando o mandado de segurança como última alternativa para conseguir a distinção de seu caso.

O art. 983, *caput*, permite a participação do *amicus curiae* no IRDR, como bem pontua Daniel Amorim Assumpção Neves

Registre-se, por outro lado, que o interesse na controvérsia exigido de pessoas, órgãos e entidades não significa que esses sujeitos tenham necessariamente um interesse próprio na fixação da tese jurídica, bastando existir um interesse institucional na melhor solução da questão. É o que justifica a intervenção do *amicus curiae*.³¹²

E as partes dos outros processo suspensos, que têm interesse jurídico na solução do incidente, poderiam intervir na demanda? Isso poderia inflacionar o IRDR e inviabilizar um julgamento dentro do prazo determinado pelo CPC. Esse é o posicionamento adotado pelo STJ ao julgar recurso especial repetitivo que não permite a participação de partes de processos suspensos.³¹³ Há chances reais de adoção dessa técnica no IRDR.

Realizado o julgamento do incidente, da decisão de mérito é cabível o recurso extraordinário ou recurso especial e será fixada uma tese jurídica. Não observada a tese adotada no incidente, será cabível a Reclamação, conforme art. 985, §1º do CPC. A reclamação constitucional é o remédio processual pela inobservância da eficácia vinculante do precedente originado da tese jurídica formulada no IRDR.

Fixada a tese, a sua revisão está descrita no art. 986 do CPC

Art. 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 revisão da tese jurídica – chamada de *overruling* – poderá ocorrer quando aquele entendimento inicial for superado por questões econômicas, sociais, culturais, políticas, tecnológicas para manter a atualidade e evitar o congelamento

³¹¹ Nesse sentido: A previsão de cabimento de agravo de instrumento não era recomendável porque poderia ensejar indesejável multiplicação de recursos em demandas repetitivas. De qualquer forma, a própria emenda deixa em aberto a possibilidade de interposição de mandado de segurança contra a decisão que rejeitar a alegação de distinção feita pela parte. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1668.

³¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1671.

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 540/STJ, 2ª Seção, Resp 1.418.593-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.04.2014.

no tempo da atividade judicial ou pela má formação do precedente sem considerar todos os pontos relevantes, um precedente fraco, sem aprofundamento dos argumentos, sem a localização da *ratio decidendi*, feito de forma açodada para evitar enxurrada de processos.

Nessa técnica, a argumentação (nova *ratio decidendi*) para afastar definitivamente o precedente para todos os casos deverá ter uma fundamentação jurídica complexa e consistente para manter-se a previsibilidade, uniformidade e segurança jurídica das decisões judiciais.

A peculiaridade desse artigo é que as partes não estão legitimadas a pedir a revisão da tese, cabendo ao juiz, relator, MP e Defensoria. Isso não obsta que a parte peticione e peça a revisão da tese.

A previsão de revisão pelo próprio tribunal que editou o precedente, é evitar que juízes e tribunais inferiores – quando se tratar de precedente fixado por Corte Superior – entendam que o precedente está superado e deixem de aplicá-lo, o que atingirá frontalmente a sua força vinculante.

Complementa o art. 986, a redação do §2º do art. 987, que define que apreciado o mérito do recurso especial ou extraordinário, a tese jurídica adotada pelo STF ou STJ será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e nessa instância que deverá ser solicitada a revisão da tese jurídica, por ter estabilizado em análise final a melhor interpretação para aquela questão de direito.

CAPÍTULO III – A (IN)EFETIVIDADE DE DIREITOS ATRAVÉS DO IRDR

O terceiro capítulo terá por intenção demonstrar situações onde o instituto pode ser aplicado de forma perversa e prejudicar a democracia e os direitos fundamentais processuais, com a verificação da hipótese formulada no início da pesquisa que aponta a inefetividade da prestação judicial em favor do jurisdicionado.

3.1 Reflexão utilitarista e consequencialista

Em nossa atualidade, precisamos verificar se novos institutos surgem para racionalizar o sistema jurídico ou se serão utilizados para afastar a possibilidade de pedidos perante o Poder Judiciário.

É essencial entender o IRDR em uma visão consequencialista para identificar se essa teoria filosófica pode ser aplicada em todos os ramos do Direito, tendo em vista ser uma tendência de atuação nas Cortes Superiores o enfoque nas consequências que determinada decisão pode gerar, do Poder Executivo em suas decisões administrativas e do Poder Legislativo na elaboração de projetos de lei.

Alexandre Santos de Aragão explica

O pragmatismo-consequencialismo de que aqui se trata é o que tem a ver com a ponderação das consequências práticas dessa ou daquela interpretação jurídica, decisão administrativa ou proposição legal. Há uma série de objeções levantadas contra o uso jurídico do argumento consequencialista – (a) preocupações de se manter a autonomia do Direito frente à Política e à Economia, searas em que a análise das consequências constitui trânsito diário, (b) cuidado para não se abrir a “Caixa de Pandora” do argumento, de tal forma que, pelo abuso, todo e qualquer tipo de proposição jurídica contra *legem* encontrasse alguma fundamentação genérica, (c) receio de que o raciocínio utilitarista, tão próprio ao consequencialismo, terminasse por negar, no limite, a dignidade de certas condutas humanas (que não possuem valor ou produzem resultado prático, e nisso reside seu maior valor).³¹⁴

A aplicação da análise econômica no Direito é uma realidade e precisamos entender se ela será operada de forma eficaz para preservar os direitos fundamentais e garantir o direito das minorias.

³¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). Vinte anos de Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 295-310.

Nesse plano é que surge a intenção do presente tópico. Pretende-se investigar o Incidente de Resolução em Demandas Repetitivas em uma teoria filosófica consequencialista, a vinculação com o princípio da Isonomia e da Segurança Jurídica e o reflexo para o litigante de massa.

Sendo assim, trabalhar-se-á a conceituação do Utilitarismo, seus principais teorizadores, os conceitos de igualdade, liberdade, justiça e o papel do Estado para o utilitarista e a crítica de John Rawls, Ronald Dworkin e Michael Sandel (autores que tentaram formular novas teorias de justiça).

Ainda, identificar o consequencialismo, a análise econômica do direito por Richard Posner, o consequencialismo jurídico e a crítica atual ao tema.

O utilitarismo é uma doutrina utilizada na filosofia política que apresenta a maximização da felicidade através da ação útil ou “a ação correta para maximizar a utilidade”.³¹⁵

A expressão foi cunhada pelo filósofo moral inglês Jeremy Bentham (1748-1832) em escritos direcionados ao seu amigo George Wilson em 1781 e inserido definitivamente no campo da filosofia por John Stuart Mill (1806-1873), em sua obra Utilitarismo de 1861, ao reformular o utilitarismo como uma doutrina mais humana e menos calculista.

O termo filosófico consequencialismo só foi introduzido no ano de 1958 por Elizabeth Anscombe em sua obra Filosofia Moral Moderna com o intuito de demonstrar que um agente é responsável por todas as consequências de um ato, tanto as intencionais quanto as não intencionais e as consequências deveriam ser levadas em consideração quando feito juízo sobre correção da conduta.

Até a edição da obra de Anscombe, o utilitarismo englobava todas as teorias que justificavam as ações em suas consequências, em antagonismo às teorias que justificavam suas ações em máximas absolutas.

Após o estudo dessa autora, o Utilitarismo foi classificado por muitos estudiosos como um tipo ou espécie de consequencialismo em que maximiza-se a promoção da felicidade.

John Rawls ao estudar o utilitarismo para formular sua obra Uma Teoria da Justiça menciona

³¹⁵ SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 48.

A ideia principal é a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros.

[...]

Dessa forma, por meio da observação dos fatos, chega-se ao princípio da utilidade de um modo natural: uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações.³¹⁶

No livro *Justiça Igualitária e seus críticos*, Álvaro de Vita faz uma análise sobre o utilitarismo ao informar que

O utilitarismo não recomenda aos indivíduos que maximizem a realização de seus próprios interesses e objetivos, isto é, sua própria utilidade individual. Não há nenhuma interpretação plausível da ética utilitarista na qual a 'relatividade ao agente' ocupe uma posição central. Quando escolhas coletivas estão em questão, exige-se dos indivíduos que ajam de forma a maximizar o total líquido de utilidade (no caso do utilitarismo clássico) ou a utilidade per capita (utilitarismo médio).

[...]

E quando os interesses individuais conflitam com esse objetivo comum, são os primeiros que devem ceder o passo ao segundo. Em outros termos, os indivíduos devem estar sempre dispostos a abrir mão até mesmo de sua utilidade individual se isso for necessário para 'fazer o bolo (a utilidade agregada) crescer' – isto é, se isso for o melhor, da ótica utilitarista, para a sociedade.³¹⁷

O utilitarismo é interessante porque sugere considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente do conteúdo específico das reivindicações particulares de cada um deles e fará a análise de qual proposta satisfará o maior número de interesses.

Roberto Gargarella nos mostra que o utilitarista diz que sua análise é "cega"³¹⁸ por não considerar os titulares dos interesses, o que o torna aparentemente igualitário ao tentar maximizar o bem estar geral diante dos conflitos de interesses ao privilegiar a decisão da maioria e cita em seu livro o exemplo de dois grupos que tem interesses diversos, o primeiro composto pela maioria dos habitantes de um local que querem destinar recursos para os mais pobres e o outro grupo menor que deseja a construção de um campo de golfe e o utilitarista privilegiará a decisão da maioria, revelando seu caráter igualitário.

³¹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 25-26.

³¹⁷ VITA, Álvaro. *Justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24-25.

³¹⁸ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4-6.

O objetivo em uma sociedade utilitarista é gerar a maior felicidade possível e afastar a dor e o sofrimento e qualquer ação que gere na maior parte da sociedade a felicidade, será moralmente correta, ou seja, o resultado da ação delimitará se ela é moralmente correta ou não.

Michael Sandel, em sua obra *Justiça*, descreve que Jeremy Bentham ao fundar o utilitarismo praticamente ignorava os direitos naturais e afirma que os pilares filosóficos fundados pelo inglês no século XVIII exercem influência sobre o pensamento atual de legisladores, juristas, economistas e cidadãos, pois “sua ideia central tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”.³¹⁹

Ainda na linha de Sandel, para Bentham o certo a fazer era maximizar a utilidade, esta definida como qualquer ação que gere felicidade ou prazer e afaste a dor ou sofrimento.

O filósofo inglês, na visão de Sandel, defende que dor e prazer são fatores que nos governam, são soberanos para nós e que a filosofia utilitarista reconhece o fato de as pessoas gostarem do prazer e não da dor, fazendo dessa premissa a base da vida moral e política.

O princípio de que deve-se maximizar a utilidade é argumentado por Bentham de que não existe a menor possibilidade de rejeitá-lo, sob a tese de que “todo argumento moral deve implicitamente inspirar-se na ideia de maximizar a felicidade”.³²⁰

Para esse utilitarista, quando um homem tenta combater o princípio da utilidade, ele o faz com razões que derivam, sem que tenha consciência disso, daquele princípio em si, que todas as divergências morais, são discordâncias sobre como se deve aplicar o princípio utilitarista da maximização do prazer e da minimização da dor.

O mesmo autor explica que Bentham pensava que seu princípio da utilidade era uma ciência da moral que poderia servir como base para a reforma política. Ocorre que suas sugestões foram rejeitadas, mas não podemos ignorar que ele tinha uma visão avançada e influencia muitos ramos até hoje.

³¹⁹ SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 48.

³²⁰ SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 48.

A lógica utilitarista de Bentham é exemplificada ao tentar melhorar o tratamento conferido aos pobres, reduzindo a presença de mendigos nas ruas, abrigando-os em um reformatório autofinanciável. Isto, porque ele percebeu que a presença dos mendigos nas ruas afetava a felicidade dos transeuntes, seja pelo sentimento de dor, seja por repugnância.

Informa-se, contudo, que Bentham reconhecia que alguns mendigos seriam mais felizes mendigando que trabalhando no abrigo – não negligenciando, assim, sua “utilidade” – mas ressalva que o número de mendigos infelizes sobressai aos felizes e a soma do sofrimento do público em geral é maior do que a possível infelicidade dos mendigos levados para abrigo.

Sua pretensão, em geral, era promover o bem estar de todos. Aquele plano prático, por sua vez, nunca fora adotado. Contudo, o espírito utilitarista do mesmo ainda vive fortemente.

O filósofo John Stuart Mill nasceu uma geração após Bentham e tentou salvar a teoria utilitarista, reformulando seus conceitos e tentando humanizá-la.³²¹

Mill era filho de um amigo de Bentham e na fase adulta resolveu revisar os trabalhos sobre utilitarismo e tentou encaixar a filosofia utilitarista em conformidade com os direitos do indivíduo, pois a teoria de Bentham não conseguia respeitar os direitos individuais.

O ponto central de sua análise consiste na ideia de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não agridam aos outros, não devendo o governo interferir em tal liberdade, sustentando, em última análise, que a liberdade individual depende inteiramente de considerações utilitaristas.

O autor Michael Sandel aponta que o princípio de liberdade de John Stuart Mill parece necessitar de uma base moral mais concreta do que o princípio de utilidade, por ser “um tipo de heresia em relação ao utilitarismo. Já que apela para os ideais morais além dos utilitários – ideais de caráter e desenvolvimento humano -, não é na realidade a reelaboração do princípio de Bentham”³²² e sim uma negação, mas Mill afirma o oposto.

John Stuart Mill entende que o utilitarismo não reduz todos os valores a uma única escala, acredita que seja possível distinguir entre os prazeres mais elevados e

³²¹ SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 63.

³²² SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 66.

os mais desprezíveis e avaliar a qualidade, não apenas a quantidade ou a intensidade, dos desejos. Sustenta a possibilidade de fazer distinção sem se basear em qualquer ideia moral senão a própria utilidade.

Sandel expõe em seu livro *Justiça* que ao discutir os ideais de Mill com seus alunos relativas a existência de supostos prazeres mais elevados, faz uma experiência mostrando-lhes três exemplos de diversão: uma luta, uma peça teatral e um desenho animado.

Postas as opções, conta que questiona aos seus alunos qual seria a considerada por eles a mais prazerosa, a mais elevada ou mais valiosa?

Tal pesquisa revela que o desenho animado é o mais prazeroso, depois vem a peça e por último a luta. Qualitativamente e que agregue alguma cultura, a peça é escolhida como primeira a satisfazer esse quesito.

Segundo o autor, esses resultados desafiam o teste de Mill, ao passo que, por exemplo, alguns votam na peça teatral, por estarem em uma sala de aula, ou, embora considerem este mais elevado, preferem assistir o desenho animado, pelo que seria difícil para Mill concluir que aquele é mais elevado que este.

De todo modo, Mill insiste que algumas maneiras de viver sejam mais nobres que outras, ainda que sejam mais difíceis de satisfazer, mas reconhece que pode ocorrer que, sob a influência da tentação, adia-se os prazeres mais elevados em favor dos mais simples.

Percebe-se que Mill expressa uma fé veemente nas faculdades humanas mais elevadas, acabando, porém, conforme demonstra Michael Sandel, em fugir da premissa do utilitarismo, ao julgar o que é nobre, ou não.

O autor norte americano conclui que

O que acontece com os direitos individuais acontece também com os prazeres mais elevados: Mill salva o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo primitivo de prazer e dor, mas o consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade.³²³

Mill e Bentham são os principais nomes do utilitarismo. O primeiro tentou analisar os direitos individuais e foi mais humano e Bentham foi o mais consistente e o filósofo que promoveu o bem maior para o maior número de pessoas.

³²³ SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 71.

Em relação a igualdade, o utilitarismo admite a utilidade ou o interesse como valor supremo da ação moral, ou seja, tudo que é útil serve à vida e à sua preservação e proporciona um aumento da felicidade e bem-estar geral.

Assim, o utilitarismo preocupa-se com a felicidade de todos em um primeiro plano e secundariamente com a felicidade individual, mas se um indivíduo pautar sua vida moral pelo princípio da felicidade ao construir sua própria felicidade, estará promovendo a de todos.

É uma doutrina que coloca a utilidade ou o interesse como valor supremo da ação moral, admitindo como útil tudo que serve à vida e à sua conservação, mediante um acréscimo de felicidade e bem estar, abrangendo o maior número possível de pessoas.

Peter Singer propõe um princípio geral de igualdade, o princípio da Igualdade na Consideração de Interesses, que requer que os interesses semelhantes de todos os afetados por nossas ações tenham igual peso de consideração em nossas deliberações morais, ou seja, um interesse é um interesse, independentemente de quem ele seja e leciona que

O Utilitarismo baseado nos interesses defende que a igualdade é um princípio moral fundamental não um enunciado de fatos, pois o juízo ético implica que nós, os agentes morais, ultrapassemos nosso ponto de vista pessoal para considerar os interesses de todos os afetados por nossas ações. Assim, aqueles que são dignos de consideração moral não são factualmente iguais, mas seus interesses devam ser igualmente considerados independentemente das características ou classe a que os afetados pertençam ou até mesmo da espécie.³²⁴

Todos os interesses e preferências são relevantes. Não importa quem propõe, é uma dimensão igualitária.

A liberdade do indivíduo vai até o limite que gere bem estar geral. Se o indivíduo em sua atuação não propiciar a maximização do bem para o maior número de pessoas, ele terá sua liberdade tolhida e adequada para que a sociedade saia feliz. De acordo com o utilitarismo, a liberdade foca na ação que mais contribui para o bem estar geral. É a atuação em seu aspecto consequencialista em produzir certo estado de coisas previamente avaliado.

Nós tendemos a aceitar decisões que beneficiem uma maioria de pessoas quando não sabemos como decidir um certo caso. Também é interessante notar que

³²⁴ SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

o utilitarismo dá liberdade para manifestar desejos e preferências das diversas pessoas, sem qualquer preconceito ou julgamento da posição manifestada por cada pessoa, mas fará a pergunta de qual proposta satisfará o maior interesse e nesse momento a liberdade individual será limitada pela satisfação da maioria.

Mill, em seu livro *On Liberty* (1859) dá muita ênfase à liberdade individual e seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros.

Pela doutrina utilitarista, tendemos a considerar como aceitáveis aquelas políticas orientadas a promover o bem estar geral.

A relação da justiça com o utilitarismo consiste no fato de as regras morais da justiça estarem diretamente relacionadas ao que há de essencial na promoção da felicidade humana. São elas que proíbem os homens de se prejudicarem, preservam a paz entre eles e os pune quando as desrespeitam. A imparcialidade e a igualdade, virtudes ou obrigações da justiça, são partes essenciais da utilidade. Por tudo isso, as regras morais da justiça são mais imperativas do que as outras, embora a sua observação admita exceções.

Pelo fato de admitir certos tipos de exceções, o utilitarismo é frequentemente acusado de ser uma teoria incompatível com a justiça.³²⁵ No entanto, podemos acrescentar à argumentação de Mill que a flexibilidade do utilitarismo pode ajudar-nos a ter uma noção mais adequada de justiça. Basear a justiça em regras engessadas pode ser uma ponte para a injustiça. A princípio, matar, roubar, mentir ou forçar alguém a fazer o que não quer seria errado e injusto. No entanto, em circunstâncias especiais pode ser mais justo revogar as regras morais da justiça que condenam essas atitudes para evitar que uma injustiça maior seja cometida. Há casos particulares em que pode ser necessário revogar os princípios gerais da justiça em função da maior felicidade geral: por exemplo, para salvar uma vida pode ser necessário roubar ou tomar pela força comida, remédios ou um médico.

John Stuart Mill, em sua análise utilitarista, entende que o governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade são aqueles que atingem os demais. Desde que não prejudique a coletividade, a independência individual é

³²⁵ SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 269-270.

absoluta. No que diz respeito ao indivíduo considerado em si mesmo, ao próprio corpo, à própria mente, o indivíduo é soberano. Para o utilitarista, o Estado não pode atuar quando afetar os direitos individuais, a liberdade de expressão e a dignidade. Uma atuação demasiada do Estado pode gerar governos populistas e o governante pode rogar para si a definição de felicidade da maioria e ditar as preferências dignas de serem satisfeitas. O cidadão só deve obediência ao Estado na medida em que seu comportamento contribui mais para a felicidade que a desobediência. Mill entende ser necessário a redução do poder coercitivo e da capacidade reguladora do Estado para instaurar o equilíbrio dinâmico e harmonioso.

A principal crítica ao utilitarismo é sua incompatibilidade com o direito das minorias, pois essa doutrina permite que um grupo seja sacrificado em benefício da felicidade de um grupo maior ou a possibilidade de realizar bullying contra uma criança para satisfazer o restante da sala de aula.

John Rawls, filósofo político americano,³²⁶ é o principal crítico ao utilitarismo e escreve em sua obra *Uma Teoria de Justiça* (1971) uma teoria para uma explicação sistemática alternativa da justiça³²⁷ que em seu entender é superior ao utilitarismo. É um adepto do liberalismo igualitário, também chamado de igualitarista, que deseja um Estado ativista e busca igualar as pessoas em suas circunstâncias básicas. Utiliza a teoria deontológica, que significa a existência de certos direitos básicos invioláveis e rejeita a deturpação em favor do maior bem estar dos outros. Não admite o sacrifício de indivíduos em benefício da coletividade, o que é autorizado pelo utilitarismo. É uma visão kantiana do indivíduo considerado como fim em si mesmo e não como meio para melhorar o destino dos demais.

Rawls defende uma medida objetiva (bens primários) e não subjetiva na hora de determinar como distribuir os recursos da sociedade de modo justo, igualitário. Desenvolve o contrato hipotético para por à prova a correção de algumas intuições morais e tem como objetivo último estabelecer certos princípios básicos de justiça e não visa resolver casos particulares.

Este autor, para refletir sobre justiça, constrói a “posição original” e o “véu de ignorância”, a partir dos quais serão definidos os princípios de justiça. A “posição original” está na situação hipotética de indivíduos racionais e interessados em si

³²⁶ SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 177.

³²⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. XXII.

mesmos, que se propõem eleger – por unanimidade, e depois de deliberar entre eles – os princípios sociais que deverão organizar a sociedade. Estão sob o “véu da ignorância”,³²⁸ que os impede de conhecer qual é a sua classe ou seu status social, a sorte ou desventura que tiveram na distribuição de capacidades naturais, sua inteligência, sua força, sua raça, a geração à qual pertencem etc. O que esses agentes desconhecem é qualquer informação que lhes permita orientar a decisão a seu próprio favor.

Por fim, diz Rawls, os sujeitos na “posição original” acabariam comprometendo-se com dois princípios básicos de justiça, que seriam Liberdade e Diferença³²⁹ (a ideia estrita de igualdade só são aceitáveis no caso de servirem para incrementar as parcelas de recursos em mãos dos menos favorecidos, e nunca de as diminuir).

O norte-americano Ronald Dworkin é outro doutrinador igualitarista e sua crítica menciona que os direitos funcionariam como limites destinados a impedir que alguma minoria sofra desvantagens na distribuição de bens e oportunidades pelo fato de uma maioria de indivíduos pensar que aqueles poucos são merecedores de benefícios menores que os recebidos pela maioria.³³⁰

Para o igualitarista,³³¹ o Estado deve ter um papel ativo, deve garantir os direitos negativos e principalmente propiciar os direitos positivos, adotando a visão deontológica que entende a existência de certos direitos básicos invioláveis, com a presença do Estado para manutenção dos direitos e evitar a deturpação em favor de um suposto maior bem estar de outros.

Michael Sandel apresenta duas objeções ao utilitarismo, a primeira seria a impossibilidade de respeito os direitos individuais e “isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano”³³² e a segunda objeção é que a lógica utilitarista aplica a relação custo x benefícios na

³²⁸ VITA, Álvaro. Justiça igualitária e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 187.

³²⁹ O autor fala sobre o princípio da diferença sendo aquele segundo o qual as desigualdades socioeconômicas só são justificáveis se forem estabelecidas para o máximo benefício possível daqueles que se encontram na extremidade inferior da escala social. VITA, Álvaro. Justiça igualitária e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 211-212.

³³⁰ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 66-68.

³³¹ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 38-39.

³³² SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 51.

tomada de decisões pelo Estado e pela iniciativa privada, transformando valores em moeda comum e Sandel esclarece que “não é possível transformar em moeda corrente valores de natureza distinta”.³³³

Como visto acima, o termo filosófico consequencialismo só foi introduzido no ano de 1958 por Elizabeth Anscombe em sua obra *Filosofia Moral Moderna* com o intuito de demonstrar que um agente é responsável por todas as consequências de um ato.

O consequencialismo é aplicado na política, no direito, na economia e na tomada de decisões diárias.

Ao estudar a abordagem consequencialista no direito através da análise econômica, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel entende o consequencialismo como

[...] uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Nesse aspecto, “o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem”. Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que no caso central do consequencialismo “uma ação correta é absolutamente uma noção maximizadora”. Essa ideia de consequencialismo expõe o elemento central deste tipo de teoria: a produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com um critério específico.³³⁴

Essa análise consequencialista decorre da inserção no ordenamento brasileiro de vários institutos do direito comparado que possuem uma análise econômica para avaliar e prescrever o direito como ele deve ser.

O consequencialismo com foco econômico centrado na eficiência foi desenvolvido através da *Análise Econômica do Direito – Law and Economics* – em Chicago/EUA após a obra de Anscombe, entre as décadas de 1960 e 1970 por Ronald Cose, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner.

Dessa versão econômica do consequencialismo surgiu a sua aplicação no direito, denominado de consequencialismo jurídico.

Richard Posner interessou-se pela análise econômica não mercadológica e posteriormente sua aplicação no campo do direito.³³⁵

³³³ SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 56.

³³⁴ RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 2. Disponível em: <http://bit.ly/2FkK0Do>. Acesso em 3 mai 2018.

³³⁵ Nesse sentido: O direito, para esse tipo de análise econômica, é visto sob duas perspectivas relacionadas entre si. A primeira constitui uma abordagem descritiva do fenômeno jurídico. Essa

O consequencialismo jurídico visa a maximização da utilidade e isso tem seduzido o Poder Judiciário brasileiro ao possibilitar a aplicação na argumentação para solucionar suas decisões.

Ao analisar a teoria consequencialista nos tribunais brasileiros, Gisele Macarelli Salgado explica que

O consequencialismo não é um tipo de pensamento ou doutrina aplicado somente ao direito, podendo ser aplicado para tomar decisões do dia a dia. O consequencialismo jurídico surge como uma variação do utilitarismo que visa à maximização racional da utilidade. Pode-se falar em um consequencialismo judicial, uma vez que esse consequencialismo é em sua grande maioria aplicado às sentenças.³³⁶

Em sua visão, a teoria consequencialista³³⁷ seria aplicada somente nos casos difíceis ou quando não houvesse previsão legal ou mesmo precedentes, sendo indevida a utilização da doutrina nos casos fáceis e nos casos de superação da interpretação da lei. Filia-se na doutrina de Posner ao entender que as sentenças “têm um resultado que leva em consideração padrões econômicos e acabam por conduzir a resultados semelhantes ao que seria encontrado se a questão fosse decidida por um mercado”.³³⁸

Luiz Fernando Schuartz entende que

A expressão consequencialismo jurídico será utilizada em um sentido extremamente amplo, *i.e.*, como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou

pretensão procura ser neutra em relação a valores, e seu objetivo consiste em identificar possíveis traços econômicos existentes nas relações jurídicas em geral. A segunda forma de perceber o direito busca ser prescritiva tendo em vista a identificação dos elementos econômicos encontrados nas relações jurídicas, ou seja, dado que o direito pode ser descrito através da economia, decorre disso que as leis e as decisões judiciais podem ser avaliadas pelos critérios econômicos e devem produzir resultados por estes estabelecidos. Os exemplo mais significativo dessa presunção que será analisado neste trabalho é o da necessidade de o direito proporcionar a maximização da riqueza. RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 11-12. Disponível em: <http://bit.ly/2FkK0Do>. Acesso em 3 mai 2018.

³³⁶ SALGADO, Gisele Mascarelli. O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. Disponível em: <http://bit.ly/2Cyonii>. Acesso em: 26 abr 2018.

³³⁷ O objetivo da análise da teoria consequencialista no presente trabalho serve somente para contextualizar o Incidende de Resolução em Demanda Repetitiva. Sabemos que o Utilitarismo na atualidade foi reformulado para aplicação nas mais diversas áreas e é certo que nem toda análise econômica do direito é consequencialista e que o próprio consequencialismo não se restringe ao ponto escolhido para análise no presente estudo, já tendo se desenvolvido em profícua doutrina através dos melhores pensadores. O foco na construção do tema é uma específica compreensão do utilitarismo e do consequencialismo no Brasil e sua aplicação no novo instituto que surge.

³³⁸ SALGADO, Gisele Mascarelli. O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. Disponível em: <http://bit.ly/2Cyonii>. Acesso em: 26 abr 2018.

implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas.³³⁹

Para este autor, teríamos a aplicação ampla com a valoração das consequências que a decisão pode gerar e demonstra que há consequencialismos jurídicos à brasileira – festivo; militante e malandro – e que nos três há uma estratégia retórica para a construção argumentativa e a diferença entre eles seria o nível de respeito ao precedente e ao raciocínio lógico-dedutivo.

Em sua visão, “as três estratégias de argumentação entram em cena se, e quando, a solução de um caso concreto, a partir de regras *prima facie* aplicáveis, conduzir a uma decisão com resultados diferentes dos desejados”³⁴⁰ pelo aplicador da estratégia, independentemente de sua motivação.

No modelo festivo há um desprezo pela forma padrão de solução de litígios ao advogar “uma ampla des-diferenciação entre aplicação do direito e formulação de políticas públicas, comandada por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito”.³⁴¹

O consequencialismo militante “está mais alinhado à tradição e quer ancorar suas posições em normas, valendo-se, ao menos nominalmente, das formas canônicas de interpretação do direito”³⁴² com a análise superficial das técnicas na ponderação de princípios e sem amparo em teorias e métodos científicos credenciados para sustentá-lo. Essa falta de amparo revela “aquele que é o verdadeiro motor por trás das suas manifestações: a simpatia por uma determinada causa”.³⁴³

A cantinela dos princípios, que dá o acabamento ao consequencialismo militante, é, desprovida de dogmática, uma ameaça à segurança jurídica, e

³³⁹ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴⁰ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴¹ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴² SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴³ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

é difícil evitar a impressão de que o Judiciário, que deveria ser seu maior guardião, tenha, em diversos casos, fraquejado diante da tentação de substituir-se a outros poderes públicos na formulação e implementação de políticas cuja necessidade poucos se atreveriam a negar.³⁴⁴

O terceiro, chamado de consequencialismo malandro, é a forma mais elaborada da teoria por requerer vasto conhecimento da teoria do direito e da dogmática jurídica e “as suas chances de sucesso são uma função crescente desse conhecimento e da capacidade de apresentar a desordem como se ordem fosse”,³⁴⁵ pois recorre à ordem para promover a desordem e embala a desordem como a solução para a nova ordem.

E conclui ao dizer que a malandragem pode ser vista

[...] como um dos mais importantes canais de produção de inovações no direito, certamente mais importante que a cópia de doutrinas estrangeiras, dado que se orienta na solução de problemas jurídicos específicos e concretos, sendo artesanalmente talhada para esta finalidade. A solução customizada para o problema específico e concreto faz-se, no consequencialismo malandro, usualmente acompanhar, não obstante, por uma pretensão de generalidade que reflete as exigências de isonomia ou justiça formal.³⁴⁶

Percebe-se que Luis Fernando Schuartz é um opositor da aplicação do consequencialismo jurídico no ordenamento brasileiro ao argumento que esta teoria rejeita a aplicação das regras de direito positivo nas decisões judiciais.

Em sentido contrário, Maurício José Machado Pirozi demonstra que “juízes decidem os conflitos postos em juízo, adotando métodos práticos que podem ser divididos em duas vertentes: o consequencialismo e o automatismo judicial”.³⁴⁷

³⁴⁴ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴⁵ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴⁶ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

³⁴⁷ Em sua conceituação: O consequencialismo, como já se pode notar, é aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença. Assim, nada mais faz do que decidir conforme as exigências do bem comum. O juiz que segue a linha do automatismo entende que a lei já abrange internamente a questão do impacto socioeconômico. Não caberia ao juiz interpretar subjetivamente as consequências extraprocessuais, pois elas já foram discutidas pelos parlamentares durante o processo legislativo. O automatismo tem

Este juiz mineiro enquadra Schuartz como aplicador do automatismo judicial e entende que o magistrado tem uma ampla margem decisória e este ao deparar-se com um caso concreto amplo, automaticamente teria a capacidade de ver as consequências extraprocessuais que sua decisão geraria, o que nos lembra o juiz Hércules de Dworkin.

Afirma, ainda, que o juiz em sua atuação de interpretar o direito positivo leva em conta as consequências sociais e econômicas, fazendo juízo de proporcionalidade e “o juiz consequencialista visa adequar as normas aos fins sociais e às exigências do bem comum, buscando uma sociedade mais livre, justa e solidária”.³⁴⁸

Essa visão consequencialista é atraente ao Poder Judiciário como teoria filosófica aplicável na prática forense para estancar o crescente número de demandas judiciais, mas não é certo que ela trará segurança jurídica ao sistema e nem realizará princípios constitucionais que são a base do processo civil.

Uma atuação estatal é verificada na instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com a justificativa que a solução do incidente não gera efeitos somente naquela demanda específica, mas consequências em toda a sociedade, uma vez que resolve impositivamente todas as outras causas com a mesma questão de direito, sob o pretexto de que a solução conjunta gerará as melhores consequências para a sociedade e em última análise o desafogamento do Poder Judiciário que terá tempo para reflexão nas causas mais impactantes e que supostamente gerem um resultado útil à sociedade.

3.2 A falta de controle judicial da representatividade adequada

A representatividade adequada é estudada no direito comparado, principalmente no direito norte-americano e alemão, como um pré-requisito para classificar uma demanda com potencial para lesar interesses individuais

por escopo garantir a superioridade do ordenamento jurídico, maximizando a segurança jurídica. PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial – uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. Minas Gerais: 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2WcXkR5>. Acesso em 25 abr 2018.

³⁴⁸ PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial – uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. Minas Gerais: 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2WcXkR5>. Acesso em 25 abr 2018.

homogêneos e atingir outros litigantes que estejam pleiteando o mesmo direito em demandas diversas.

Marcos de Araújo Cavalcanti nos mostra que no direito norte-americano há um controle judicial da adequação da representatividade para analisar se as partes têm capacidade representativa e se os advogados conseguem realizar a melhor e adequada defesa dos interesses das classes e o Poder Judiciário faz o controle para certificar aquela demanda como uma ação coletiva

Assim, uma vez admitida a representatividade adequada, seja ela no polo passivo ou ativo da demanda, presume-se que todos os integrantes da classe estão devidamente representados, de modo que a vontade manifestada pela parte representativa será a vontade de todos os integrantes do grupo, como se fosse uma espécie de *longa manus* da classe.³⁴⁹

O autor entende que “o controle judicial da representatividade adequada é necessário para fiscalizar se a parte representativa pode efetuar a mais adequada defesa dos interesses do grupo”³⁵⁰ e atingir pelos efeitos da decisão e da coisa julgada até mesmo os ausentes daquela categoria litigante, exceto se este tiver exercido o direito de exclusão (*opt-out*).³⁵¹ Por isso

[...] quando o controle judicial é positivo, ou seja, na hipótese de haver decisão a favor da adequação da representatividade, é comum a expressão de que os integrantes ausentes da classe tiveram “*their own day in court*”.³⁵²

³⁴⁹ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 31.

³⁵⁰ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 31.

³⁵¹ Nesse sentido: A proteção dos interesses pluriindividuais encontra-se dividida em dois sistemas de vinculação. O de inclusão, no qual a pessoa interessada precisa manifestar expressamente sua vontade de ser atingida pelos efeitos do pronunciamento judicial coletivo, é também conhecido pela expressão inglesa *opt-in*, diante da necessidade de opção pelo ingresso no grupo atrelado à decisão. O sistema de exclusão, por sua vez, está baseado na exigência da representação adequada e da comunicação prévia aos interessados que, em geral, dentro do prazo fixado pelo órgão judicial, deverão requerer a sua exclusão (*opt-out*) em relação à eficácia dos provimentos proferidos no processo metaindividual. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 186-187.

³⁵² DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 31.

Essa expressão em inglês demonstra que no direito norte-americano, se o controle judicial confirmando que o representante é adequado, há o entendimento que houve a participação de todos os interessados de forma virtual³⁵³ através da atuação da parte representante.³⁵⁴

O Tribunal norte-americano ao realizar o controle judicial da representatividade, deverá observar os seguintes requisitos: a) interesse jurídico das partes na demanda; b) advogados com capacidade técnica ampla; e c) inexistência de conflito dentro *interna corporis* da classe representada.³⁵⁵

E o momento que o Tribunal fará essa análise da representatividade será: a) quando certificar que aquela demanda se enquadra como coletiva, ou seja, na sua propositura; b) quando for necessário corrigir ou substituir o representante; e c) quando, após julgamento da demanda, integrante ausente requerer a invalidade ou ineficácia do julgado.³⁵⁶

³⁵³ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 152.

³⁵⁴ Nesse sentido: A representatividade adequada é pré-requisito intrínseco à concepção das *class actions* modernas, como meio de defesa de direitos coletivos, próprios de uma sociedade de massa. Como visto, os integrantes ausentes dos grupos serão atingidos pelos efeitos da decisão e da coisa julgada material, não podendo mais discuti-la, independentemente do resultado. DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 31-32.

³⁵⁵ Nesse sentido: O controle judicial da representatividade adequada, que se exerce sobre as partes representativas e os advogados da classe representada, deve examinar a presença de três elementos: (a) as partes representativas do grupo devem comprovar que têm *interesse jurídico* na demanda, informando por quais motivos ingressam em juízo com ação judicial na forma de *class action*; ademais, devem demonstrar o comprometimento, a disponibilidade de tempo e financeira, o conhecimento do litígio, a honestidade, a qualidade de caráter, a credibilidade, etc.; (b) a corte deve averiguar, ainda, a *capacidade técnica* dos advogados que patrocinam a demanda, especificamente a qualificação do profissional, especialização na área, a experiência em ações coletivas, a qualidade das peças escritas e submetidas ao tribunal, o relacionamento com a parte, o cumprimento do dever de comunicação e esclarecimento aos membros da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para assumir a demanda de classe, a conduta ética, e a inexistência de conflito de interesses com os do grupo; e (c) o tribunal deve conferir se há alguma espécie de *conflito interno* dentro da classe representada, quando, nessa hipótese, poderá dividir a classe inicialmente representada em subclasses, cada uma com seu próprio interesse em jogo. DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 32.

³⁵⁶ Nesse sentido: A representatividade adequada pode ser aferida pela corte em três momentos específicos: (a) no momento da *propositura da demanda*, quando o magistrado decidirá pelo prosseguimento (certificação ou *class certification*) da demanda na forma de *class action*; (b) *durante o curso do processo*, hipótese em que a falta de representatividade poderá ser corrigida, com o reforço ou a substituição da parte representativa; e (c) *após o trâmite da demanda coletiva*, quando algum integrante ausente do grupo pode requerer a decretação da invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action*. Nessa última hipótese, ou seja, quando a corte verificar a falta de representatividade adequada após o julgamento da demanda, não ocorrerá a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada material aos demais integrantes ausentes do grupo. Uma nova ação terá que ser proposta por ou contra esses integrantes ausentes, muito embora a decisão proferida nessa nova ação, provavelmente, venha a ter resultado idêntico ao da primeira

O Poder Judiciário norte-americano entende que a representação deva ser adequada e não que seja uma excelente representação, o que evita a representação dos interesses somente por grandes corporações especializadas.

Marcos Cavalcanti aponta os objetivos do controle judicial da representatividade adequada

Pode-se dizer, em suma, que os objetivos da regra são: (a) evitar ou minimizar a possibilidade de conluio entre as partes; (b) assegurar uma conduta robusta da parte representativa e do advogado do grupo na defesa dos direitos coletivos; e (c) garantir que se levem ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros do grupo. Na verdade, o pré-requisito da representatividade adequada está intrinsecamente relacionado com a cláusula constitucional do *devido processo legal*, principalmente como forma de proteção dos interesses dos membros ausentes do grupo.³⁵⁷

A certificação de uma demanda como coletiva será realizada com o cumprimento dos três requisitos específicos, com a apreciação pelo Tribunal nos momentos acima elencados.

A não certificação ocorrerá quando ausente a representatividade adequada e se “a qualquer momento, durante o processamento da demanda, for verificado que as partes representativas não têm condições de efetuar a adequada defesa dos direitos coletivos, a ação coletiva deve ser decertificada”³⁵⁸ e a decisão final proferida não atingirá os ausentes.

O controle do magistrado sobre a representatividade e a manutenção da característica de coletiva é constante no direito norte-americano, tanto que é possível “mesmo após o julgamento final de uma ação de classe, as decisões judiciais podem ser atacadas sob o argumento de que a representatividade dos interesses de classe foi inadequada”.³⁵⁹

demanda, por força da eficácia normativa dos precedentes no sistema do *common law*. A parte representativa não depende de qualquer autorização dos demais membros do grupo para ajuizar demanda na forma coletiva, ficando subordinado, apenas, ao controle judicial no que diz respeito à adequação da representatividade. DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 33.

³⁵⁷ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 33-34.

³⁵⁸ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 34.

³⁵⁹ O autor complementa seu raciocínio enfatizando que: Essa técnica processual do direito norte-americano não viola a cláusula do devido processo legal. Ao contrário! Mauro Capelletti, há bastante

A ideia da ação coletiva é que a atuação pessoal em juízo de cada parte será substituída pela atuação do representante e este vai ser citado, ouvido e fará a defesa. Por isso, “a parte representativa precisa ter condições de efetuar a mais leal e adequada defesa dos direitos em jogo, levando ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros do grupo”³⁶⁰ e isto será diuturnamente controlado pela corte judicial norte-americana.

No direito alemão, há a aferição prévia da representatividade adequada da associação em um controle administrativo realizado por órgãos alemães, “verificando os atos constitutivos da entidade associativa, bem como a existência de recursos humanos, materiais e financeiros aptos a permitir a adequada tutela jurisdicional desses direitos”.³⁶¹ Atestada a higidez da associação, esta será cadastrada perante a administração pública alemã como autorizada a atuar em favor da coletividade.

O controle judicial da representatividade adequada adotado na Alemanha foi devidamente positivado, a Lei do Mercado de Capitais (*KapMug*) exige que o “Tribunal de segunda instância (OLG), no momento da escolha do autor-principal para o procedimento-modelo (*musterverfahren*), verifique se o candidato tem representatividade adequada para defender os interesses das partes”³⁶² integrantes do litígio de massa.

Nota-se que o ordenamento jurídico alemão previu o controle judicial da representatividade no procedimento-modelo para o autor e o *musterverfahren* foi inspirador do nosso IRDR e neste não foi previsto o controle judicial da adequação da representatividade.

tempo, já defendia que até mesmo os princípios constitucionais mais consagrados devem ser repensados, tendo em vista as transformações das sociedades contemporâneas e, conseqüentemente, do direito material. DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 34.

³⁶⁰ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 35.

³⁶¹ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 38.

³⁶² DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 38.

Parte da doutrina, encabeçada por Nelson Nery Júnior,³⁶³ entende que o controle judicial da representatividade adequada seria incompatível em países de *civil law* ou de tradição romano-germânica e que estaríamos importando uma técnica do sistema *common law* que serviria somente para aquele modelo.

Ousamos discordar de Nelson Nery Jr e nos filiamos ao posicionamento de Marcos de Araújo Cavalcanti que caminha em sentido contrário com a explicação para a compatibilidade

Portanto, não existe qualquer inconstitucionalidade e/ou incompatibilidade da técnica processual do controle judicial da representação adequada com os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Ao oposto, inconstitucional e incompatível é a decisão de improcedência com eficácia *erga omnes* proferida em ação coletiva conduzida *sem adequada representatividade* dos interesses do grupo, por violação ao princípio constitucional do contraditório.³⁶⁴

Ademais, o art. 138 do NCPC fez a previsão expressa de participação do *amicus curiae*³⁶⁵ e análise de sua representatividade adequada

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a

³⁶³ A crítica do processualista Nelson Nery Jr. vai no seguinte sentido: Todos esses anteprojetos querem transformar a legislação brasileira numa cópia fiel do Processo Coletivo norte-americano, que serve para aquele país, não serve para o Brasil. Essa é a minha crítica maior. Outro exemplo, nos Estados Unidos, é o Juiz que decide quem pode mover a ação coletiva. Há uma legitimação *ad causam ope Judicis*, quer dizer, por obra do Juiz. Ele é quem vai decidir quem pode mover a ação. No caso de uma associação civil americana, é o Juiz que controla a representatividade adequada dela para dizer quando ela tem legitimação ou não para entrar com uma ação coletiva. Abandonamos esse modelo, porque achamos que ele seria espúrio para a sociedade brasileira. Não é uma regra que condiz com a nossa tradição romano-germânica e com a nossa cultura. Apesar disso, essa ideia consta de todos esses anteprojetos, que estão importando, sem nenhuma ressalva, a situação do Processo Coletivo norte-americano. NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? In: De Jure – revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 7. jul/dez 2006. P. 155.

³⁶⁴ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 38.

³⁶⁵ Nesse sentido: À semelhança do que ocorre nas ações objetivas de controle de constitucionalidade, afigura-se cabível a intervenção do *amicus curiae* no incidente de resolução de demandas repetitivas. O *amicus curiae*, tido como auxiliar do juízo, pode ser uma entidade privada ou pública, que desempenha atividades relacionadas com o tema a ser examinado pelo tribunal. Sua atuação tem a finalidade de apresentar argumentos, dados ou elementos que contribuam para a prolação de uma melhor decisão, permitindo ao tribunal examinar, adequadamente, todas as nuances da questão, ponderando vários pontos de vista. O *amicus curiae* tem interesse institucional de contribuir com a decisão a ser proferida pelo tribunal, seja porque sua atividade está relacionada com o assunto a ser examinado, seja porque desenvolve estudos sobre o tema. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 193, mar/2011, p. 262.

participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Isso demonstra que o controle judicial da adequação da representatividade é possível no nosso ordenamento³⁶⁶ e compatível com países que adotam o *civil law*, pois o Poder Judiciário pode exercer o controle ao verificar o preenchimento do requisito pelo interessado em tornar-se *amicus curiae*.

A presença da representatividade adequada e seu controle pelo Poder Judiciário é essencial para atestar se as partes e seus advogados são adequados para defender direitos da coletividade em juízo e com isso concretizar os princípios do devido processo legal³⁶⁷ e do contraditório.³⁶⁸

Marcos Cavalcanti informa que “o entendimento majoritário no Brasil não aceita a tese do controle judicial da representatividade adequada”³⁶⁹ e que o novo CPC não traz a previsão do controle judicial “como pressuposto fundamental para

³⁶⁶ Nesse sentido: Com relação às ações coletivas que tutelam os direitos individuais homogêneos, a legislação processual brasileira atribui eficácia *erga omnes* apenas às decisões de *procedência*. Por isso, alguns estudiosos entendem não ser necessário o referido controle da representação adequada nessas demandas. Na hipótese de *improcedência* dos pedidos, os membros ausentes do processo coletivo não ficam prejudicados e podem ingressar com suas ações individuais ou dar continuidade a elas. Hipoteticamente, caso a legislação não previsse a possibilidade de o magistrado controlar judicialmente a representação e, ao mesmo tempo, atribuisse eficácia *erga omnes* à decisão coletiva de *improcedência*, o princípio constitucional do contraditório estaria violado. Já com relação às ações coletivas que procuram tutelar os direitos difusos ou coletivos (*stricto sensu*), o microsistema processual estabelece, respectivamente, que a coisa julgada tem eficácia *erga omnes ou ultra partes pro et contra*, salvo quando for caso de improcedência por *insuficiência de provas*. Daí a importância de se efetivar, principalmente nesses casos, o controle judicial da representatividade adequada. Admitir que uma decisão de improcedência proferida em ação coletiva inadequadamente conduzida faça coisa julgada *erga omnes ou ultra partes* viola o princípio do contraditório de todos os membros da coletividade. A simples autorização legislativa no rol dos legitimados não basta para considerar o representante como adequado para a defesa dos interesses da coletividade. Isso não elimina ou reduz a possibilidade de atuação incompetente, negligente ou com má-fé no processo coletivo. DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 39-40.

³⁶⁷ No que tange ao princípio do devido processo legal, o autor Antônio Gidi, ao elaborar o seu anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, não entende o motivo do controle judicial da representatividade adequada não estar positivada no nosso ordenamento e determina que o juiz deve realizar, mesmo sem previsão legal autorizativa para isso, o controle da representatividade para concretizar o princípio do devido processo legal. GIDI, Antonio. Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 81.

³⁶⁸ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 153.

³⁶⁹ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 41.

a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo”.³⁷⁰

O instituto do IRDR “restringiu a possibilidade de participação dos litigantes na discussão das questões submetidas aos tribunais e às Cortes Supremas”,³⁷¹ o que pode caracterizar uma violação do direito ao contraditório³⁷² por inexistência de “controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo”.³⁷³

Neste ponto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero fazem um alerta

[...] o problema do incidente de resolução de demandas repetitivas está na falsa suposição de que a sua decisão é um mero precedente que, assim, poderia ser aplicado a todos os litigantes sem qualquer violação de direitos fundamentais processuais. Ocorre que resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica e, sobretudo, apenas tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes casos futuros que possam ser resolvidos pela mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi*.³⁷⁴³⁷⁵

A conclusão dos três autores está expressamente estabelecida no art. 985, incisos I e II, todos do CPC, ao fixar que a decisão de mérito gerará efeitos e vinculará todos os processos individuais e coletivos que estão pendentes e os

³⁷⁰ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 41.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 600.

³⁷² Nesse sentido: Sublinha-se, embora, repita-se, não se deve esquecer das demais garantias, sendo o princípio do contraditório o instrumento jurídico-processual através do qual se permite estruturar uma procedimentalidade de construção participada e de fiscalização da decisão jurídica. O contraditório permite a problematização das alegações e argumentos jurídicos, reconstruindo-se, então, endoprocessualmente, o caso concreto a ser decidido. Isso é possível quando se compreende a correlação do contraditório com a fundamentação das decisões judiciais, vez que o provimento há de considerar os argumentos e alegações jurídicas trazidas para o ter procedimental. Caso contrário, há que se reconhecer a nulidade de tal provimento, devido a sua irregularidade, por inobservar as normas processuais-constitucionais, gerando, portanto, prejuízo às partes. PINHEIRO, Guilherme César. Uma análise-crítica à “sentença de plano” a partir da hermenêutica decisional no processo democrático. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 331.

³⁷³ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In: Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 607.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: Revista Argumentum, v. 17, jan/dez 2016, p. 53.

futuros, inclusive os ajuizados nos Juizados Especiais, independentemente do resultado ter sido favorável ou desfavorável, ou seja, há vinculação pró e contra o litigante.

Nesse sentido, Marcos Cavalcanti alerta que

Assim, não somente a decisão favorável, mas também a desfavorável, alcança com força vinculante todos os processos repetitivos. Essa determinação do NCPC viola flagrantemente a cláusula do devido processo legal e do princípio do contraditório.³⁷⁶

O controle judicial da legítima representatividade do grupo e de seu interesse é a forma mais adequada de preservar os princípios do contraditório³⁷⁷ e do devido processo legal quando houver uma decisão desfavorável no IRDR, pois esta decisão “tem eficácia vinculante sobre todos os processos repetitivos”.³⁷⁸

Essa falta de controle sobre os supostos representantes de grupos também é prejudicial ao não garantir que a questão de direito que será apreciada no incidente contemple a mais qualificada controvérsia e por consequência deixe de fora várias teses jurídicas que poderiam ser analisadas conjuntamente para uma decisão completa.

A reflexão é importante, porque o novo CPC previu no art. 976 que atingidos os dois requisitos dos incisos I e II, será possível a instauração do incidente e não haverá um controle se os representantes são os mais adequados e se houve o atingimento de todas as teses possíveis ao caso.³⁷⁹

³⁷⁶ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 43.

³⁷⁷ Em sentido contrário: O exercício do contraditório é disponibilizado para os interessados com processos já ajuizados e também para os titulares de direitos que tenham conhecimento em razão da divulgação da existência do IRDR. Sendo assim, não se pode afirmar a existência de violação ao contraditório. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 241.

³⁷⁸ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 43.

³⁷⁹ Nesse sentido: De acordo com o NCPC, qualquer causa repetitiva, desde que pendente no tribunal, poderá dar ensejo à instauração do IRDR. Não se exige uma análise cuidadosa acerca da existência de homogeneidade entre as questões envolvidas no processo pendente no tribunal e nos demais processos repetitivos. Logo, chegando ao tribunal a primeira causa repetitiva, qualquer legitimado pode, de imediato, requerer a instauração do incidente processual, mesmo que essa demanda não seja a que melhor representa a controvérsia. Pior: a ideia de julgamento abstrato do IRDR permite aplicar a tese jurídica às causas futuras, referentes a litigantes que não tiveram qualquer possibilidade de participação e influência no julgamento coletivo. DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente

Leonardo Greco faz uma crítica sobre a atuação de nossos tribunais sobre os julgamentos de demandas modelo

[...] mesmo quanto aos casos pretéritos, os tribunais superiores em nosso país têm manifestado uma nefasta má vontade em examinar a correção da aplicação dos seus julgamentos-piloto aos casos concretos pelos tribunais inferiores, como se, a partir dessas decisões de caráter geral, não mais lhes coubesse a responsabilidade de velar pela correta aplicação da Constituição e das leis.³⁸⁰

Essa conjuntura de fatores e a omissão do Poder Judiciário em empregar a melhor técnica possível em seus julgamentos, afeta de diversas formas o direito fundamental ao contraditório. Em nossa atualidade, a melhor doutrina entende que

O direito fundamental ao contraditório não se constitui apenas do direito de informação e de reação, sendo entendido de maneira abrangente para garantir às partes a possibilidade de participarem no desenvolvimento e no resultado do processo. Esse direito deve ser exercido da forma mais paritária possível, assegurando-se ao litigante a possibilidade de influir de modo ativo e efetivo na formação dos pronunciamentos jurisdicionais. É, em suma, o direito de influência que a parte pode exercer perante o juízo com a finalidade de obter uma decisão que lhe seja favorável.³⁸¹

Emitir uma decisão e aplicá-la verticalmente a todos os litigantes sem a realização de um controle da representatividade e do efetivo contraditório,³⁸² fere o direito fundamental insculpido na CF/88 e não efetiva direitos almejados pelas partes.

Clayton Maranhão e Frederico Gomes esclarecem que

de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 44.

³⁸⁰ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coordenadores). Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 26.

³⁸¹ DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 35.

³⁸² O jurista Leonardo Carneiro da Cunha nos traz uma dimensão atual do contraditório: O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 356.

É justamente a observância ao contraditório que justifica a adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao devido processo legal. No entanto, no IRDR é proferida decisão sem a oitiva de todos aqueles que serão afetados e sem que seja possível o exercício posterior do contraditório, razão pela qual é necessário dar uma interpretação capaz de salvar a constitucionalidade do incidente.³⁸³

Os mesmos autores concluem que

[...] a simples exclusão desses terceiros do procedimento tende a maculá-lo de evidente inconstitucionalidade, por violação flagrante ao devido processo legal e ao contraditório, uma vez que a decisão ali firmada sobre a questão de direito será aplicável imediatamente aos seus processos.³⁸⁴

O contraditório é direito fundamental que protege os direitos das minorias no momento que é determinado o seu legítimo direito de se manifestar,³⁸⁵ mesmo contra a vontade da maioria e nisso está o seu trunfo.

3.3 Aplicação em demandas envolvendo a Fazenda Pública

É imperioso analisar a atuação de um dos maiores litigantes em juízo, fundamentalmente se o Incidente será benéfico às partes envolvidas no litígio e se haverá a redução da sobrecarga do Poder Judiciário.

A primeira discussão envolvendo a Fazenda Pública é se esta deve obediência ao efeito vinculante firmado na decisão do IRDR, se há vinculação direta da Administração ou se seria uma vinculação indireta.

Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti fixaram posicionamento que “o efeito vinculante da decisão do IRDR é matéria que deve estar expressamente prevista na Constituição da República”³⁸⁶ por entenderem que o incidente tem a mesma carga de eficácia da súmula vinculante, pois ambas atingem e vinculam a Administração Pública quando destinatária direta ou indireta do comando normativo.

³⁸³ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), v. 7, p. 191-223, 2018, p. 207-208.

³⁸⁴ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), v. 7, p. 191-223, 2018, p. 208.

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: Revista Argumentum, v. 17, jan/dez 2016, p. 54-55.

³⁸⁶ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

Explicam didaticamente que

Se a questão jurídica a ser dirimida no incidente for referente a um tributo federal ou municipal, o julgamento não atingirá respectivamente a União e os Municípios? Obviamente que sim. Do contrário, teríamos que sustentar que nas lides em que figurar o Poder Público, a decisão paradigma do incidente vinculará pela metade, tão somente o particular.³⁸⁷

Assim, os dois autores entendem pela obrigatoriedade de previsão constitucional do IRDR para espraiamento do efeito vinculante à Administração, o que garantiria a separação de Poderes constituídos e indevida ingerência de um Poder sobre o outro através de lei ordinária (CPC).

Em sentido contrário, Sofia Temer parte do pressuposto que a decisão no IRDR vincularia diretamente somente o Poder Judiciário, com eficácia vinculativa vertical (quando atingir Tribunais e seus juízos inferiores) e eficácia vinculativa horizontal (quando vincular o próprio Tribunal, o Pleno, órgãos especial e fracionário) e que não haveria vinculação direta da Administração Pública quando essa não fosse parte³⁸⁸ e que por esse motivo seria desnecessária a previsão constitucional para gerar o efeito vinculante.

A autora confronta os dois autores acima com a afirmação que a Administração Pública só sofreria os efeitos vinculantes se fosse destinatária final da norma individualizada firmada na sentença em demanda que foi parte, sujeitando-se nesse caso aos efeitos da sentença e ao manto da coisa julgada. Também afirma que a decisão firmada em IRDR com base no art. 985, §2º do CPC terá mero caráter persuasivo, “sem subordinação direta de tais entes e órgãos à tese fixada”,³⁸⁹ ou seja, a decisão só teria o condão de persuadir a Administração Pública a mudar o seu entendimento sobre o que foi julgado.

A previsão contida no art. 985, §2º do CPC nos informa

³⁸⁷ ABBoud, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

³⁸⁸ Nesse sentido: A decisão do IRDR não vincula diretamente, portanto, a administração pública direta e indireta, mas apenas o próprio Poder Judiciário. Significa dizer que, embora os órgãos da administração fiquem vinculados na medida em que sejam partes de processos judiciais em que haja discussão sobre a matéria decidida pelo IRDR, não haverá vinculação direta aos órgãos da administração direta e indireta à tese jurídica. TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 238.

³⁸⁹ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 239.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

[...]

§2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Da análise do dispositivo legal, a autora entende que a decisão e sua comunicação “pode levar à alteração na conduta dos prestadores de serviço público, por exemplo, ainda que isso decorra de uma questão financeira (pelo cálculo do custo da litigância nesta hipótese) e não da direta obediência à tese”.³⁹⁰ Nesse ponto, temos a audácia de discordar da autora por entendermos inexistir a alteração voluntária de entendimento pela Administração Pública, que só se vê obrigada a mudar de comportamento quando é sucessivamente sucumbente e perde milhões de reais em condenações.

Essa persuasão proposta não é relevante para a Administração atuar diligentemente em busca da prevenção de litígios. A máquina estatal só atua quando coagida, quando obrigada a mudar de posicionamento por força judicial e escora-se na alegação de defesa do interesse público para seguir o posicionamento escolhido, por mais que várias condenações afirmem o contrário.

As procuradorias federal, estadual e municipal resistem ao aperfeiçoamento de entendimento e recorrem às Cortes Superiores até a última possibilidade para evitar uma eventual responsabilização pessoal do agente público por omissão na atuação profissional.

O art. 985, §2º do CPC é um comando que determina que a Administração Pública observe a tese firmada no IRDR e não somente dos conflitos em que for parte. Por isso, entendemos que assiste razão a Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti quando entendem pelo assemelhamento do incidente e da súmula vinculante.

Leonardo Carneiro da Cunha nos traz mais uma informação valiosa sobre a tese firmada pelo Tribunal ao mencionar que “a sentença que se apoie na tese

³⁹⁰ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 239.

jurídica firmada pelo tribunal no julgamento do incidente não estará sujeita ao reexame necessário, ainda que proferida contra a Fazenda Pública”.³⁹¹

Na prática forense, os Tribunais Estaduais e Regionais têm adotado o posicionamento da vinculatividade, desconsiderando a eventual inconstitucionalidade pela não previsão do efeito na CF/88. Os Tribunais recebem o pedido de instauração, processam o incidente e comunicam as Fazendas interessadas sobre a suspensão.

Pelo posicionamento adotado pelo Tribunal, a Fazenda Pública deverá se interessar pelo tema e atuar positivamente na defesa do interesse público que estiver em jogo. E qual procuradoria já estruturou um órgão para cuidar das matérias envolvendo o IRDR? O pequeno município com 8.000 habitantes e sem procuradoria municipal estruturada terá capacidade de enfrentar uma demanda desse porte? Por óbvio que não e não há a exata compreensão dos prejuízos que poderão advir da omissão em atuar em todos os incidentes que envolverem temas afetos ao ente federado.

O órgão fracionário do Tribunal responsável pelo processamento e julgamento do incidente não está preocupado em identificar o adequado representante fazendário para defender a tese da administração, o que demonstra que a intenção do Poder Judiciário estadual ou regional é reduzir o número de demandas envolvendo interesse público, independentemente se a coletividade será prejudicada, desde que o volume de trabalho dos magistrados seja reduzido.

Nos dias atuais, em que as 27 unidades da federação e os 5.564 municípios enfrentam graves problemas financeiros, o incidente julgado sem qualquer preocupação com a coletividade que está naquele pequeno município do interior do Estado e que depende dos recursos advindos de uma questão jurídica que foi julgada de forma raze pelo Poder Judiciário, poderá levar à falência diversas localidades e causar prejuízos econômicos e sociais incalculáveis.

O comportamento fazendário frente as suspensões processuais de incidentes ajuizados por outros interessados deverá ser pró-ativo, com a busca pela integração na lide e defesa do interesse público. A formação de consórcio ou força-tarefa entre as procuradorias para a defesa do interesse público é uma ação que

³⁹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 193, mar/2011, p. 268.

pode otimizar resultados para todos os entes e minimizar o dispêndio de recursos públicos para a defesa em juízo.

O reflexo da falta de atuação do ente estatal na defesa de seus direitos antes do julgamento do IRDR poderá acarretar o julgamento sem apreciação de todas as teses jurídicas que poderiam ser debatidas se o ente integrasse a lide e demonstrasse a necessidade da manutenção ou alteração de um entendimento firmado pelo Tribunal.

3.4 IRDR e Negação de direitos

A reflexão sobre violações de direitos através do IRDR é essencial para apontar se as violações aos direitos serão maiores que os benefícios trazidos pelo incidente.

A doutrina critica fortemente uma suposta economia processual. Essa economia seria para as partes com a redução do tempo de tramitação de um processo e redução dos altos custos para movimentar uma demanda ou seria uma economia à estrutura do Poder Judiciário? Se for uma economia processual da função estatal, estaremos fazendo análise econômica pura do direito e esquecendo a principal função do Poder Judiciário que é julgar³⁹² e julgar bem para afastar a insegurança jurídica.³⁹³

O direito de ação também é atingido, pois o IRDR não traz previsão de um litigante afastar-se do julgamento coletivo e pleitear o prosseguimento³⁹⁴ da sua demanda individual ou desistir de sua demanda para não ser atingido pelo resultado do incidente.

³⁹² SCHINKE, Vanessa Dorneles. O judiciário autoritário na democracia: a memória e o regime autoritário. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. jan/abr 2017. v. 22. n. 2, p. 113-131. Disponível em: <http://bit.ly/2WcaTAg>. Acesso em: 14 mar 2018.

³⁹³ O professor Antonio do Passo Cabral faz um alerta de como deverá ser a atuação do tribunal ao mencionar a segurança jurídica como segurança-continuidade e o princípio da proteção da confiança: com efeito, quanto mais abrangente for a conclusão do tribunal, podendo atingir uma gama maior de sujeitos e processos, tanto maior poderá ser a confiança gerada, e até pela ampla divulgação e conhecimento a respeito da decisão. CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: Revista de Processo. v. 221, jul/2013, p. 17.

³⁹⁴ Nesse sentido: Em terrenos processuais mais democráticos, a *KapMug* permite que os litigantes individuais peçam desistência da demanda (uma forma de *opt-out*), para não serem atingidos pela decisão. No NCPC, não consta essa possibilidade. A vinculação é absoluta, cega ao fato e cronofóbica. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

A decisão no incidente favorável ou desfavorável gerará o efeito vinculante para todos os processos, individuais ou coletivos, em tramitação com idêntica questão de direito e não foi previsto no novo CPC o sistema do *opt-in*, onde o interessado expressamente manifesta a intenção de ser atingida pelos efeitos do pronunciamento judicial no incidente (analisado no item 3.2, nota de rodapé 333).

Do mesmo modo, não foi previsto o sistema do *opt-out* ou direito de autoexclusão, com a comunicação prévia aos interessados, dentro de um prazo fixado pelo órgão judicial, possibilitando ao litigante prosseguir com sua demanda individual.³⁹⁵

Ao não adotar nenhum dos dois sistemas para o IRDR, impede ao litigante que prossiga com sua demanda individual, atingindo frontalmente o direito constitucional de ação e deixando os litigantes à merce de um incidente que contemple todas as teses possíveis, seja conduzido por partes que legitimem a representatividade adequada para levar a bom termo a demanda e de julgadores interessados em realizar o melhor julgamento possível.

O CPC só traz a previsão do *distinguishing* que permite à

[...] parte interessada comprove que seu caso é distinto da situação jurídica comum sob análise no IRDR. Para tanto, deve demonstrar, fundamentalmente, que seu processo versa sobre situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não abarcada pelo objeto do IRDR.³⁹⁶

³⁹⁵ Nesse sentido: Em vez de determinar a suspensão das ações idênticas em tramitação, deveria a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas determinar a notificação, seja aos autores de ações já existentes, seja aos interessados que ainda não tivessem ingressado em juízo, para que todos eles exercessem ou não o seu direito de exclusão. Não exercido tal direito por indivíduo autor de ação idêntica em curso, suspender-se-ia esta até a sentença final no incidente de resolução de demandas repetitivas, que àquela aplicar-se-ia em favor ou em desfavor do demandante. Caso contrário, vindo a exercer seu direito de exclusão, poderia o autor individual prosseguir com sua ação, sem prejuízo de vir a ela ser aplicado o precedente oriundo do incidente de resolução de demandas repetitivas, porém não de forma vinculante, nada impedindo, também, neste caso, que o juiz da ação individual julgasse esta antes do resultado final no incidente ou mesmo contrariamente a este, embora esta última hipótese seja de todo desaconselhável por colocar em descrédito o próprio Estado de Direito. Incentivos poderiam ser criados para aqueles indivíduos que, já tendo ajuizado ações próprias, deixassem de exercer o seu direito de exclusão (como, por exemplo, isenção de custas ou redução proporcional de eventuais honorários devidos à parte contrária. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 252.

³⁹⁶ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

Georges Abboud e Marcos Cavalcanti demonstram a tese consequencialista adotada pelo Poder Judiciário e apontam que a vinculação absoluta fere o direito de ação e gera a inconstitucionalidade do instituto

Da mesma forma que uma lei não pode esvaziar o direito à educação, saúde, creche previstos na Constituição pela alegação de que o Poder Público brasileiro não tem condições para fornecê-los adequadamente para toda a população, o NCPC não pode esvaziar o direito de ação do cidadão sob o argumento de que o Judiciário não consegue absorver a quantidade de ações apresentadas. A lei inconstitucional não deixa de conter a inconstitucionalidade porque a realidade infelizmente é inconstitucional.³⁹⁷

E afirmam que quem perde é a democracia

Enquanto não houver uma discussão séria e uma crítica contundente à discricionariedade judicial a partir de uma efetiva teoria da decisão judicial, a chamada jurisprudência lotérica persistirá. Ocorrerá tão somente uma escolha aleatória para a decisão que será vinculante. Vale dizer, dar-se-á efeito vinculante para o julgado do TJ e do TRF, ainda que ele seja discricionário, e possivelmente, possa vir a ser modificado na próxima sessão de julgamento. Novamente, sob pena de sermos repetitivos, pouco ou quase nada se ganha em termos de democracia, se uniformizarmos decisões a partir de julgados discricionários, tão somente porque proveniente de nossos Tribunais.³⁹⁸

Já Sofia Temer entende que a democracia foi exercida no IRDR pela pluralidade argumentativa com a possibilidade de convencimento

A abertura à participação no incidente, então, é uma manifestação de democracia deliberativa, que legitima a decisão judicial, por conseguinte, a atuação do próprio Poder Judiciário. O processo é mais um dos espaços de exercício da democracia na formação de atos estatais, o que é bastante ilustrativo no IRDR. (...) Muito mais do que o *consentimento* de quem quer que seja, o que é relevante para legitimar a decisão é a demonstração de que houve possibilidade de *convencimento* através do exercício do direito de influência, ainda que por sujeitos “não representantes” ou mesmo “não interessados”.³⁹⁹

³⁹⁷ Os autores complementam a sua análise com o alerta: No caso do IRDR, a tese jurídica não serve de ponto de partida, mas de linha de chegada para resolução de casos repetitivos. Constitui verdadeira regra decisória, dispensando as alegações das partes, a fundamentação e a problematização decisional. Por isso, o NCPC tornou desnecessária a interpretação da lei ou do texto constitucional, assim como o exame das alegações das partes para a resolução dos processos repetitivos sobrestados. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

³⁹⁸ ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

³⁹⁹ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 153-155.

O direito ao contraditório⁴⁰⁰ e ampla defesa também são violados pela aplicação do IRDR ao não controlar a representatividade adequada, gerando a consequência da ampla negação de direitos ao não apreciar todas as teses que poderiam ser suscitadas se o adequado representante tivesse atuado.

É esse o entendimento de Clayton Maranhão e Frederico Gomes ao afirmarem que

[...] a falta de previsão de representatividade adequada do litigante que levará a questão macula de inconstitucionalidade o instituto, razão pela qual a única forma de salvá-lo é exigindo a representatividade adequada do litigante que estará presente no caso-piloto.⁴⁰¹

Estas são algumas críticas que demonstram o caráter consequencialista⁴⁰² do instituto e que poderão sacrificar os direitos das minorias ao buscar o enxugamento da pauta de julgamentos e diminuição do número de demandas com o sacrifício de direitos fundamentais construídos e adquiridos ao longo dos anos.

O IRDR surgiu para otimizar a resolução de demandas com questão de direito idêntica para racionalizar a atuação do Poder Judiciário ao conferir tratamento “prioritário, adequado e racional a questões repetitivas verificadas já em foro originário, e constitui instrumento inovador do sistema, dentre outras razões, justamente porque se destina a gerir, decidir os casos repetitivos”⁴⁰³ e gerar

⁴⁰⁰ Nesse sentido: O contraditório não é necessário apenas para a prolação da sentença de mérito. Ele deve ser observado ao longo de todo o procedimento, relativamente a todas as questões, sejam de rito ou de mérito. Ao longo de todo o procedimento há questões a serem enfrentadas. Para examinar e decidir sobre cada uma delas, deve o juiz instaurar o contraditório prévio. (...) Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para passar a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da participação: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 356.

⁴⁰¹ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), v. 7, p. 191-223, 2018, p. 214.

⁴⁰² Nesse sentido: Assim, não deixa de haver um fundamento consequencialista na definição do interesse em concreto. O interesse, nesse sentido, é também um filtro sobre a pertinência (ou mesmo eficiência) da atuação, sob a perspectiva objetiva, ou seja, em termos de resultados práticos. TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 195.

⁴⁰³ LAMY, Eduardo de Avelar; SALOMON, Nadine Pires. Os desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas em face do federalismo brasileiro. In: Revista de Processo. v. 277, mar/2018, p. 354.

precedentes obrigatórios nos Tribunais Estadual e Regional,⁴⁰⁴ com eficácia vinculante em seu espaço jurisdicional. Entretanto, o alerta de Eduardo Avelar Lamy e Nadine Pires Salomon deve ser levado em conta

A possibilidade de fixação de precedentes obrigatórios contraditórios em tribunais regionais nos mais diversos Estados da federação, de que resulta a hipótese ora levantada, precisa ser solucionada pelo sistema, sob pena de o IRDR institucionalizar justamente insegurança jurídica por não garantir a isonomia jurisdicional, que “recomenda que não se decida diferentemente em face de casos iguais”.⁴⁰⁵

Poderíamos entender isso como mais um mecanismo para fortalecer a justiça defensiva?⁴⁰⁶ As consequências são boas para a sociedade ou somente para um poder estatal que não quer enfrentar as situações jurídicas com seriedade?

Artur César de Souza entende que

São diversos os constitucionalistas que consideram que a garantia dos direitos da pessoa humana depende indiscutivelmente da eficácia dos resultados apresentados através do processo. Os próprios meios processuais garantem a eficácia e realização dos direitos fundamentais.⁴⁰⁷

O Poder Judiciário, em sua missão constitucional, deveria enfrentar a questão e suas consequências, mas opta julgar um incidente e aplicá-lo

⁴⁰⁴ Como bem lembra Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa: A principal dificuldade de se assegurar, no direito brasileiro, a observância aos precedentes dos tribunais, ao menos em segunda instância, reside na ausência de um mecanismo que permita expressamente este controle. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. Comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010. In: Revista de Processo. v. 206, abr/2012, p. 255.

⁴⁰⁵ LAMY, Eduardo de Avelar; SALOMON, Nadine Pires. Os desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas em face do federalismo brasileiro. In: Revista de Processo. v. 277, mar/2018, p. 354.

⁴⁰⁶ Nesse sentido: Grave deformidade causada pela massificação dos litígios é, ainda, a supervalorização da forma como um meio de reduzir as pilhas de autos que se acumulam nos tribunais. Enrijecem-se os requisitos de admissibilidade recursal: um carimbo ilegível, uma folha faltante na formação de um agravo de instrumento, a interposição do recurso antes da publicação da decisão recorrida, são causas suficientes pra fulminar pretensões muitas vezes legítimas. A solução é falha, pois, em vez de reduzir a quantidade dos recursos, acaba-se atingindo apenas a sua qualidade. Saem de cena os recursos que discutem o mérito, entram em cena, praticamente em igual número, recursos para discutir problemas de forma. Perde-se tempo com questões inúteis e não com os reais problemas dos cidadãos. Abandona-se o princípio da simplicidade e do aproveitamento dos atos processuais. Atinge-se, ao fim e ao cabo, a capacidade do Judiciário em alcançar a tutela específica ao jurisdicionado, elemento fundamental e integrante do valor efetividade. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 243.

⁴⁰⁷ SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 223, set/2013, p. 20.

indistintamente sobre todas as demandas,⁴⁰⁸ acreditando que isso gerará um resultado útil à sociedade em curto espaço de tempo e que as consequências jurídicas e econômicas estariam justificadas no instituto.⁴⁰⁹

Com peculiar clareza, Sofia Temer nos diz que

O Estado deve prolatar decisões que tenham potencial de convencer a sociedade, por serem racionais e universalizáveis. Assim, a pluralização do universo de intérpretes é condição de legitimidade da decisão do incidente, que vai se expressar na fundamentação da decisão judicial.⁴¹⁰

Verifica-se com preocupação as decisões de Cortes Superiores calcadas em argumentos econômicos para inviabilizar direitos legítimos das pessoas, como a falsa justificção de quebra do sistema bancário se determinada decisão for proferida em desfavor dos bancos ou a falta de pagamento dos servidores se o tributo inconstitucional não for mantido ou ainda acordos celebrados por órgãos estatais que beneficiam agentes econômicos, como foi o recente acordo firmado entre a AGU e a Febraban para encerrar as demandas dos planos Collor I e II e nada impede que decisões dessa magnitude sejam legitimadas pelo IRDR.

Os dois exemplos acima que demonstram a aplicação nefasta de argumentos econômicos nos ramos do direito tributário e no direito financeiro, poderá ser ampliado com a utilização inadequada do IRDR nos ramos do direito eleitoral, direito de família, direito sucessório, direito administrativo, direito penal e outros ramos que haja multiplicidade de demandas, impossibilitando o acesso do indivíduo ao direito fundamental a uma efetiva prestação jurisdicional.

⁴⁰⁸ Nesse sentido: Importante registrar que não ignoramos a sobrecarga vivenciada pelo Judiciário e o grande número de ações ajuizadas no Brasil. Todavia, esse problema estrutural que acompanha desde sempre o Judiciário brasileiro não pode ser solucionado às custas do texto constitucional, mais precisamente sobre o direito de ação do cidadão. ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

⁴⁰⁹ Nesse sentido: Num momento em que mais e mais se enaltece a importância da jurisprudência no ordenamento jurídico-processual, sua relevância como norte para os comportamentos humanos, bem assim a crescente preocupação com a estabilidade do entendimento consolidado nos tribunais, cabe aos processualistas debruçar-se sobre as mudanças de jurisprudência e sobre os sérios impactos que estas alterações podem infligir nas relações jurídicas, desenvolvendo métodos e técnicas para regulá-las e as controlar. CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: Revista de Processo. v. 221, jul/2013, p. 26.

⁴¹⁰ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 155.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo identificar os efeitos da prestação jurisdicional estabelecida no CPC/15, com a inserção dos precedentes em nosso ordenamento, a necessidade de estabilização das decisões judiciais e a relação entre decisões fundamentadas e processos céleres e a problematização se o precedente trará complexidade ao ato decisório.

Ao mesmo tempo, aprofundar o estudo do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, figura jurídica surgida com a promulgação do CPC/15, identificando a fonte do direito comparado alemão como marco inspirador, o histórico e forma de inserção no nosso ordenamento, os requisitos para sua instauração e os princípios que são concretizados, salientando que a pesquisa não buscou identificar um rol inicial de princípios encartados pelo instituto.

E como cerne principal da pesquisa, estudar a (in)efetividade de direitos através do IRDR, com provocações e reflexões sobre a visão consequencialista nos julgamentos adotados em nossa atualidade, o impacto da falta de controle judicial da representatividade adequada no IRDR que poderá implicar supressão de direitos, o comportamento da Fazenda Pública em relação aos efeitos gerados pelo novo instituto e a negação, violação e supressão de direitos da coletividade e potencial inconstitucionalidade do instituto por violação de princípios constitucionais.

Essas reflexões devem ser respondidas para verificarmos se o IRDR trará isonomia e segurança jurídica às relações, se será capaz de efetivar direitos fundamentais e se prestará ao objetivo delineado na exposição de motivos do CPC ou se será mais um mecanismo para inviabilizar o direito de ação dos indivíduos, utilizado de forma nefasta pelo Poder Judiciário para reduzir o seu trabalho, gerar uma economia para seus órgãos e proteger as oligarquias que dominam o país através de decisões judiciais desfavoráveis ao cidadão que tem pouca ou nenhuma representatividade adequada.

Da forma que foi elaborado o instituto, dar poder ao Judiciário, através do juiz ou relator, para instaurar o IRDR pensando somente nos benefícios que trará para si como estrutura de poder desequilibra novamente a relação entre Estado e indivíduo, ao permitir que aquele sobreponha a sua utilidade na otimização da solução de litígios em face do direitos fundamentais da isonomia, segurança

jurídica, ação, contraditório, efetiva prestação jurisdicional e razoável duração do processo.

A agilidade no trâmite processual pode ser benéfico somente para o Poder Judiciário e este Poder poderá obstar a atuação do jurisdicionado através da improcedência liminar, da extinção do reexame necessário para a Fazenda Pública, legitimação ou super poder da decisão monocrática. Com essas medidas obstativas de atuação das partes, corre-se o risco real de enterrar a nossa jurisprudência, porque o CPC cria uma dificuldade imensa para a revisão da tese jurídica em demanda futura e direitos continuarão sendo negados.

Nota-se que a forma de condução do instituto dependerá da política judicial adotada pelas Cortes Superiores, que poderão adequar as suas deficiências e transformá-lo em um instrumento para efetivação de direitos ou escolher o caminho mais fácil e desconfigurar por completo um instituto que se mostra eficiente no direito comparado e que em uma primeira análise já está sendo indevidamente utilizado para suspender demandas em massa por todo o Brasil de forma indiscriminada por cada Tribunal Estadual e Regional sem qualquer técnica para a tomada da melhor decisão.

Não há fórmula mágica para solucionar os problemas de um país que adota o sistema romano-germânico que não seja o aperfeiçoamento da técnica judicial com seriedade.

Infelizmente, a nossa cultura é acreditar que teremos novos institutos que serão os “salvadores da pátria jurídica” e que determinado instituto solucionará de forma mágica todos os problemas judiciais.

Importar bons institutos do direito comparado, desconfigurá-los na inserção em nosso ordenamento jurídico e não aplicá-los com a técnica adequada não trará o resultado almejado e criará um círculo vicioso de mais e mais recursos para sanar o problema anterior.

Enquanto não houver um enfrentamento das grandes causas e dos grandes causadores da lentidão processual, estaremos dependentes de institutos mal elaborados que só servirão para atender interesses das forças dominantes (econômica, política, social, cultural, jurídica) do nosso país, subjugar as minorias e enfraquecer nossa democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos aos sistema decisório. In Revista de Processo. 2015, p. 221-242. Disponível em: <http://bit.ly/2Ej27e2>. Acesso em: 23 abr 2018.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. In: Revista de Processo. v. 267, mai/2017, p. 459-483.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 237-274.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). Vinte anos de Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, Marcelo Tadeu Freitas de. A natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: Revista de Processo. v. 278, abr/2018, p. 337-361.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. In: Revista de Processo. v. 186, ago/2010, p. 87-107.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de corte suprema brasileiro. In: Revista de Processo. v. 253, mar/2016, p. 347-385.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do

Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (Revogam a lei n. 5.869, de 1973). 2012. Disponível em <http://bit.ly/2FvqtAv>. Acesso em 13 novembro 2018.

BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 9 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2ROZMsn>. Acesso em 27 nov 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 235, de 13 de julho de 2016. Brasília: DJe/CNJ, n. 120, de 14/07/2016, p. 8-14. Disponível em: <http://bit.ly/2HziA0b>. Acesso em 12 dez 2018.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <https://bit.ly/2Ohr64s>. Acesso em 13 novembro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566621, Repercussão Geral, Relatora Min. Ellen Gracie, J. 11/10/2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: Revista de Processo. v. 221, jul/2013, p. 13-48.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: Revista de Processo. v. 147, mai/2007, p. 123-146.

CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. São Paulo: RT, 2011.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 333-362.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das Normas Fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores). Breves comentários ao novo código de processo civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 74-108.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Revista de Processo. v. 249, nov/2015, p. 421-448.

CAVARZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. In: Revista de Processo. v. 231, mai/2014, p. 321-345.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado; LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates [et al]. As conquistas da advocacia no novo CPC. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba: UFPR, 1998, Tese (Doutorado).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 193, mar/2011, p. 255-280.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 209, jul/2012, p. 349-374.

DA ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo código de processo civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 3 (jan-jul. 2016). Disponível em <http://bit.ly/2TpumeW>. Acesso em 9 novembro 2018.

DE ARAÚJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). In: Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015, p. 30-47.

DE MORAES VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo Decisório no STF. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1>. Acesso em 19 agosto de 2017.

DE OLIVEIRA KISZKA, Iraci. Sujeito passivo da obrigação tributária: “massa falida”. Substituição da CDA. Interpretação da súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://bit.ly/2FiJ9mJ>. Acesso em 10 agosto 2018.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal

e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 15ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

ESTIGARA, Adriana. Os vícios inerentes à inscrição em dívida ativa e à certidão de dívida ativa e suas consequências. 2017. Disponível em <http://bit.ly/2JxY1D5>. Acesso em 29 julho de 2017.

FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da majority opinion em um sistema de precedentes. In: Revista de Processo. v. 282, ago/2018, p. 435-451.

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. In: Revista de Processo. v. 265, mar/2017, p. 419-441.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coordenador). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comparado. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2016.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIDI, Antonio. Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coordenadores). Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

GUIESELER JÚNIOR, Luiz Carlos. Do direito fundamental à segurança jurídica e a prescrição intercorrente em matéria tributária. Dissertação (Mestrado). Curitiba: UNIBRASIL, 2014.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; PUGLIESE, William Soares. Uniformidade da jurisprudência, divergência e vinculação do colegiado. In: Clayton Maranhão; BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani; RIBAS, Rogério; e KOZIKOSKI, Sandro

Marcelo (Cordenadores). Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942º do CPC. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 23-36.

LAMY, Eduardo de Avelar; SALOMON, Nadine Pires. Os desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas em face do federalismo brasileiro. In: Revista de Processo. v. 277, mar/2018, p. 347-376.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil examina à luz da group litigation order britânica. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 165-205.

MACIEL, Willyans. Utilitarismo. Infoescola. Disponível em: <https://bit.ly/2Nw6zZA>. Acesso em: 25 abril 2018.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; GOMES, Frederico Augusto. O terceiro afetado e o devido processo de resolução de demandas repetitivas. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), v. 7, p. 191-223, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. In: Revista dos Tribunais, ano 96, volume 858, abr/2007, p. 11-19.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: Revista Argumentum, v. 17, jan/dez 2016, p. 45-64.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. Comentários críticos à exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil: notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos. In: LEAL, André Cordeiro; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; Mosche, Valesca Raizer Borges (Coordenadores). Processo, jurisdição e efetividade da justiça II. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: Revista de Processo. v. 243, mai/2015, p. 283-331.

MENESES LORENZETTO, Bruno; KOZICKI, Katya. Constituindo a constituição: entre paradoxos, razões e resultados. Revista Direito GV, v. 11, p. 623-648, 2015. Disponível em <http://bit.ly/2ujGqV3>. Acesso em 14 julho 2017.

MITIDIÉRO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? In: De Jure – revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 7. jul/dez 2006. p. 147-156.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. 3ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

PINHEIRO, Guilherme César. Uma análise-crítica à “sentença de plano” a partir da hermenêutica decisional no processo democrático. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 315-342.

PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial – uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. Minas Gerais: 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2WcXkR5>. Acesso em 25 abr 2018.

PUGLIESE, William Soares. Princípios da Jurisprudência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PUGLIESE, William Soares. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr/jun 1994. Disponível em: <http://bit.ly/2Cy3gwH>. Acesso em 27 nov 2018.

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2FkK0Do>. Acesso em 3 mai 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 68-69. Disponível em: <https://bit.ly/1iEL0oH>. Acesso em 27 nov 2018.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, Gisele Mascarelli. O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. Disponível em: <http://bit.ly/2Cyonii>. Acesso em: 26 abr 2018.

SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexes sobre a exigência de concurso público (isonomia, eficiência e segurança jurídica). In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). Vinte anos de Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. O judiciário autoritário na democracia: a memória e o regime autoritário. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. jan/abr 2017. v. 22. n. 2, p. 113-131. Disponível em: <http://bit.ly/2WcaTAg>. Acesso em: 14 mar 2018.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2Cwglq9>. Acesso em: 30 abr 2018.

SINGER, Peter. Ética Prática. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUSA, José Augusto Garica de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. In: Revista de Processo. v. 280, jun/2018, p. 95-142.

SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. In: Revista de Processo. v. 196, jun/2011, p. 469-492.

SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. v. 223, set/2013, p. 13-36.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito. Tese (Livre docência). São Paulo: USP, 2008.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. In: Revista de Processo. v. 186, ago/2010, p. 333-352.

TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de demandas repetitivas. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

TESHEINER, José Maria. O direito fundamental à igualdade e a uniformização de jurisprudência. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. jan/jun 2014. v. 15. n. 15, p. 167-173. Disponível em: <http://bit.ly/2ul0J2l>. Acesso em: 14 mar 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. III. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica. São Paulo: RT, 2012.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo musterverfahren “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010. In: Revista de Processo. v. 217, mai/2013, p. 257-308.

VITA, Álvaro. Justiça igualitária e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo. v. 1. 16ª edição reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo código de processo civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. Comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010. In: Revista de Processo. v. 206, abr/2012, p. 243-270.