



Marcus Junqueira

# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

85

## *THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE GROUP LITIGATION ORDER*

Flávio Barbosa Quinaud Pedron  
Conceição Lourdes Xavier  
Fábio Silva Azevedo

### **RESUMO**

Destacam os mecanismos criados no novo CPC que objetivam a solução de demandas seriadas, norteadas pela busca da celeridade processual no julgamento de ações repetitivas. Analisam as implicações do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em dois prismas: quanto à aplicação das garantias constitucionais processuais que integram o devido processo constitucional e ao modelo de construção decisória.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Novo Código de Processo Civil; Direito Processual Civil; Teoria do Direito; incidente de resolução de demandas repetitivas; devido processo constitucional; Lei n. 13.105/2015; Ronald Dworkin.

### **ABSTRACT**

*The authors highlight some mechanisms laid down by the new Civil Procedure Code aiming at the speedy settlement of mass litigation. They examine the implications of the group litigation order under two scopes: regarding both the application of constitutional procedural guarantees comprising due process and the decision-making framework.*

### **PALAVRAS-CHAVE**

*New Civil Procedure Code; Civil Procedure Law; Legal Theory; group litigation order; due process; Law 13,105/2015; Ronald Dworkin.*

## 1 INTRODUÇÃO: A PREOCUPANTE BUSCA PELA CELERIDADE

Com o advento da Constituição da República Brasileira, em 1988, ocorreu o movimento de acesso “à justiça”, que se tornou símbolo da expressa garantia do cidadão na busca de um órgão estatal, em especial, a atividade judicial na proteção de seus direitos individuais. Instaurou-se um novo paradigma de Estado no Brasil, acarretando uma reorganização na estrutura social e a inversão do papel do cidadão, que, no Estado Social, encontrava-se na posição de “cliente” do Estado, passou a ser um sujeito ativo na ordem processual, sendo o Poder Judiciário chamado a atuar sobre todo e qualquer conflito, dando atenção a cada demanda individual.

O movimento garantista da plena busca pela tutela jurisdicional que possibilitou uma massificação de demandas para o Judiciário não trouxe de outro lado avanços legislativos em matéria processual para que elas fossem analisadas na mesma proporção que chegavam novos processos. O resultado não poderia ser outro, senão um acúmulo de demandas que se arrastam nos tribunais por um longo período, até a efetiva solução, dando origem ao fenômeno denominado de “crise do Judiciário”.

Uma das imediatas causas, além da falta de infraestrutura do Poder Judiciário, é a incompatibilidade da legislação processual com as modernas garantias constitucionais. O Código de Processo Civil de 1973, até então vigente, foi editado no auge do Estado Social, absorvendo seus reflexos e até hoje mantém-se a cultura de que todos os conflitos devem ser resolvidos pelo Estado, de forma individual, a partir da análise de caso a caso.

Como primeira tentativa legislativa, houve a edição da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, que incluiu, no ordenamento brasileiro, diversos mecanismos com a promessa de implementar a celeridade na solução de conflitos pelo Judiciário brasileiro. A referida emenda não atingiu os objetivos almejados, uma vez que, ao modificar dispositivos específicos, o fez sem a devida preocupação em preservar a coerência com o restante do ordenamento jurídico.

86

### **[...] o Novo Código de Processo Civil apresenta ao ordenamento processual civil brasileiro um novo instrumento visando implantar a celeridade no julgamento de ações repetitivas [...]**

Corporificando os ideais de celeridade no julgamento das demandas, a fim de possibilitar uma razoável duração na tramitação dos processos, houve a discussão do Projeto de Lei (PL) 8.046/2010, que objetivou a reforma do Código de Processo Civil, o que é hoje o Novo CPC, Lei 13.105/2015, passando de uma reforma pontual como a realizada pela EC 45/2004, para uma reforma macroestrutural de todo o ordenamento processual civil brasileiro.

A grande aposta do legislador para implementar a celeridade foi a instituição do mecanismo denominado de “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR). É sobre tal mecanismo que se assenta o objeto de pesquisa deste trabalho, ou seja, analisar as implicações dessa busca por celeridade ante as garantias constitucionais processuais, bem como os desafios para a aplicação da integridade do direito na construção das decisões pelos magistrados.

## 2 A ORIGEM DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A morosidade da solução de uma demanda judicial decorrente do acesso ao Judiciário são correlatas à causa motora de um problema funcional do Poder Judiciário, que passou a receber inúmeras demandas decorrentes do estímulo ao acesso à justiça, sem que tenha ocorrido, com a mesma proporção, propostas efetivas de reforma do Judiciário, para suportar e prestar a devida resposta em tempo hábil (COSTA, 2012). *O Brasil, assim como outros países, tem experienciado um processo de litígios judiciais. Observa-se que um dos grandes méritos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi trazer o acesso à justiça à realidade dos jurisdicionados brasileiros. Entretanto, este ganho não “saiu barato”. O amplo acesso ao judiciário, sem maiores restrições do ponto de vista do abuso do direito processual, acabou gerando a banalização do processo judicial* (MANDELLI, 2013, p. 41).

Com o objetivo de oferecer uma resposta jurisdicional de forma efetiva e desafogar os tribunais de inúmeras e crescentes demandas judiciais, o Novo Código de Processo Civil apresenta ao ordenamento processual civil brasileiro um novo instrumento visando implantar a celeridade no julgamento de ações repetitivas, como se infere da exposição de motivos do anteprojeto. Trata-se do Incidente de Demandas Repetitivas, previsto nos arts. 976 a 987 do NCPC.

Por ser um mecanismo que está sendo implantado de forma inovadora no sistema judiciário brasileiro e de forma “adaptada” dos modelos já existentes no mundo, faz-se necessária a análise sobre a implicação direta desse mecanismo de soluções coletivas em fase das garantias constitucionais do Estado democrático de Direito, principalmente, se está em consonância com as propostas de um modelo constitucional de processo. Assim, para que se possa demonstrar os acertos e conflitos desse mecanismo, necessário também se faz o estudo de suas origens e de como está previsto o seu funcionamento no novo código.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) apresenta-se como meio de valorização dos precedentes jurisprudenciais e como forma de reduzir o número de demandas no Judiciário (COSTA, 2012). Por ora, apreende-se que o incidente consiste na reunião de processos fundados em idêntica questão de direito. Em outras palavras, os processos que, identificados em seu objeto de discussão, possuírem a mesma questão de direito serão suspensos, e um desses processos, como causa piloto, será encaminhado ao tribunal para julgamento da tese comum, na qual a decisão deste terá aplicação para todo o conjunto de demandas suspensas (COSTA, 2012, p. 45).

A decisão da causa piloto terá o amplo efeito vinculante. Consoante a exposição de motivos do anteprojeto, o IRDR terá aplicação para solucionar, de forma coletiva, demandas com identidade de questões de direito, visando implementar a celeridade processual, uniformizar as decisões e evitar decisões conflitantes, buscando a almejada segurança jurídica.

A fonte de inspiração legislativa para o IRDR advém do modelo existente no ordenamento jurídico alemão para a solução de demandas repetitivas em primeiro grau, *no direito alemão a figura se chama Musterverfahren gera decisão que serve de modelo (= Muster) para 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. (RALF, 2008, p. 178 apud MANDELLI, 2013, p. 32).

O mecanismo de IRDR do ordenamento alemão concretizou-se no final da década de 90, também para solucionar inúmeras demandas propostas perante o Tribunal de Frankfurt, no qual funciona a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, lei instituidora do procedimento-modelo para o mercado de capitais. (MANDELLI, 2013, p. 34).

Partiu do seguinte caso: *Em 1999 e 2000, ao lançar suas ações na Bolsa de Frankfurt, o prospecto da DeutschTelekon omitiu uma série de informações relevantes, o que ocasionou um acentuado declínio de seu valor nominal nos meses subsequentes. Em virtude disso, de agosto de 2001 à primavera de 2003, foram propostas treze mil ações perante o Tribunal de Frankfurt (sede da bolsa) para a busca de reparação de prejuízos, o que ocasionou uma total paralisação da seção de direito comercial. Diante disso, em 2004, foram propostos dois recursos constitucionais diretamente ao Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) alegando-se a violação ao direito de duração razoável do processo. Esse, respondeu ao recurso afirmando que, no caso concreto, a demora era tolerável, mas já aludiu a possibilidade de utilização do processo-modelo. Para responder a esse caso e também devolver a confiança ao investidor individual depois dos escândalos acionários, em 2005 veio a lume a Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMug). Com ela, objetivou o legislador "resolver de modo idêntico e vinculante, seja sobre o perfil fático ou jurídico, uma questão controversa surgida em causas paralelas através de uma decisão modelo remetida ao Tribunal de Apelação"* (ROSSONI, 2014).

O legislador brasileiro deixou claro que buscou inspiração nesse modelo ao destacar expressamente na exposição de motivos do anteprojeto: *com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta [...]* (BRASIL, 2013).

Mas foi apenas inspiração. O mecanismo do IRDR presente no NCPC possui uma nuance bem distinta do modelo inspirador. No *Musterverfahren*, (processo padrão, caso de teste), a decisão do tribunal exige a identidade do objeto tanto nas questões de fato, quanto de direito, além de que, no primeiro requisito, tal identidade basta apenas quanto a alguns pontos concretos, que devem ser previamente indicados pela parte interessada e fixados pelo juízo. (CABRAL, 2007, p. 132 apud MANDELLI, 2013, p. 37). Na proposta do IRDR brasileiro, a identidade do objeto fica limitada no que se refere às mesmas questões de direito, ao passo que as questões de fato não estão incluídas como requisitos autorizadores aptos a instaurar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como ocorre no *Musterverfahren* Alemão.

### **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) apresenta-se como meio de valorização dos precedentes jurisprudenciais e como forma de reduzir o número de demandas no Judiciário [...]**

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues (2011) elenca, além dessas, quatro outras importantes diferenças da resolução de demandas repetitivas entre o modelo brasileiro e o alemão, quais sejam: (i) *quanto à especificidade do tema*, o *Musterverfahren* se restringe, em suas hipóteses de cabimento, apenas a demandas repetitivas, cujo objeto verse sobre questões de mercados de capitais, conquanto que o IRDR brasileiro não apresenta essa limitação temática, estando, portanto, sujeito ao incidente qualquer assunto que vier a ser debatido no Judiciário; (ii) *outro ponto de distinção refere-se ao tempo de vigência*, que, no modelo alemão, teve, a partir de 1/11/2005, prazo definido em 5 anos (no incidente brasileiro não existe referida limitação de duração, o legislador se limitou a utilizar a expressão indefinida: *até disposição de lei em contrário*); (iii) *o requisito formal de admissão*, que se refere ao número mínimo de demandas para instauração do incidente, também não é o mesmo; na legislação alemã há a previsão de um quantitativo mínimo de 10 demandas/caso idênticos, já o IRDR nacional não traz esse requisito quantitativo, mas apenas o requisito

*qualitativo (possibilidade de multiplicação de demandas com risco de decisões conflitantes)*, e aponta que: *na verdade, o requisito qualitativo do incidente brasileiro é um pouco mitigado, eis que o Projeto parece conferir uma boa dose de discricionariedade ao Judiciário, conforme enuncia o seu art. 898, § 1º: Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.* (RODRIGUES, 2011, p. 102).

Por fim, destaca-se uma importante diferença existente entre os dois modelos e que coloca o modelo do *Musterverfahren* em vantagem quanto ao asseguramento das garantias constitucionais processuais e que embasam o modelo constitucional de processo, que é a (iv) *amplitude do contraditório*, pois a *legislação alemã prevê*

*expressamente que haverá um lapso temporal mínimo de 4 (quatro) semanas entre a divulgação da pauta e o julgamento do caso-modelo. Ademais, o Musterverfahren traz diversos dispositivos onde se verifica a preocupação em tornar a mais pública possível a identificação da controvérsia. De seu turno, o Projeto brasileiro não cuida em nenhum momento desses temas* (RODRIGUES, 2011, p. 102).

Dessa forma, verifica-se que, segundo o NCPC, o IRDR pode levar à mitigação do contraditório em detrimento da celeridade, uma vez que essa garantia, como exposto acima, não se limita apenas à participação das partes na construção do provimento final – o que já é um avanço –, mas deve também ser a garantia das partes da identificação dos atos processuais, principalmente as que fixam as controvérsias.

Para aprofundar-se no estudo, passa-se então à análise do funcionamento do IRDP nacional, previsto nos arts. 976 a 987 do NCPC, destacando-se o disposto nos seguintes comandos:

*Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultanea-*

mente: 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. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

**Não há, no NCPC, descrição clara dos critérios para escolha de processo piloto que seja representativo de todas as demais ações. Essa escolha feita pelo tribunal, deve atender ao contraditório e legitimidade representativa [...]**

Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. § 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. § 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo. § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

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; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço con-

cedido, 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.

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.

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. (BRASIL, 2015).

Como se infere da leitura dos dispositivos colacionados, ficam claras a compreensão do funcionamento e a hipótese de cabimento do novo mecanismo para a solução de demandas de forma coletiva que destoa no ordenamento brasileiro. Chama-se atenção para o art. 976, I, que contempla as hipóteses de cabimento do IRDR, apenas quanto a causas cuja identidade no objeto diga respeito a questões de direito, não fazendo qualquer menção às questões de fato, sendo, portanto excluídas de tal análise.

Em resumo, apresentam-se como requisitos para a admissibilidade do IRDR: (i) a identificação da controvérsia, em ações e recursos, versando sobre idêntica questão de direito, com capacidade para gerar relevante multiplicação de demandas, com a possibilidade de causar grave insegurança jurídica e o risco de decisões conflitantes; (ii) A legitimidade para requerer a instauração do IRDR, limitado aos sujeitos processuais elencados no art. 977 do NCPC; (iii) A instrução do requerimento de instauração do incidente com os documentos aptos a demonstrar a necessidade da instauração do incidente. (GAIO JUNIOR, 2013).

No entanto, há que apontar as insurgências e alertas sobre a incompatibilidade desse mecanismo de incidente de resolução de demandas repetitivas, ante algumas garantias constitucionais, questionando inclusive se a inspiração no modelo alemão é a melhor saída para o que pensou o legislador brasileiro.

Outro questionamento que se levanta, e com suporte no meio científico, é se o NCPC, na criação do IRDR, de fato, volta-se para o julgamento, de forma célere, das demandas judiciais massificadas, ou se, na verdade, tem como pano de fundo concentrar o poder decisório cada vez mais nas cortes do Supremo Tribunal Federal (STF) ou Superior Tribunal de Justiça (STJ). Na doutrina pátria, é recorrente a segunda opção, a de que o IRDR dará poder ao STF e STJ de fazer com que todos os juízos, hierarquicamente inferiores, respeitem suas decisões com força vinculativa, prolatadas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, sem colocar fim às demandas repetitivas (MANDELLI, 2013, p. 37-38).

A proposta do incidente de resolução de demandas repetitivas almeja implantar a celeridade e efetividade processual, como consta na exposição de motivos. De certo, poderá de fato incorrer em uma agilidade no julgamento das demandas judiciais repetitivas, quando adotado o julgamento por meio de “teses jurídicas”.

Contudo, em uma análise crítica, a forma como está previsto

o IRDR, no ordenamento jurídico brasileiro, volta-se mais para atender as necessidades do Estado, reduzindo o número de ações que teria que, de forma individual, dar a prestação jurisdicional, caso a caso, do que satisfazer os verdadeiros interesses e garantias constitucionais dos jurisdicionados, pois, aparentemente não há preocupação do Projeto de Novo Código de Processo Civil em tutelar as garantias fundamentais das partes que, inevitavelmente, se verão envolvidas no incidente (RODRIGUES, 2011, p. 105).

### 3 AS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO IRDR: ISONOMIA, CONTRADITÓRIO, ACESSO AO JUDICIÁRIO E CELERIDADE PROCESSUAL

O debate iniciou-se quando, no NCPC, o legislador desvinculou as questões de fato das questões de direito, ao positivar que somente esta última será critério autorizador para a instauração do IRDR, o que implica sérias consequências prejudiciais às garantias da isonomia e do contraditório. Configura-se uma contradição, tendo em vista que a isonomia é fundamento para a aplicação do incidente na busca de uniformização das decisões jurisprudenciais para as mesmas questões de direito, ou seja, situações idênticas receberão a mesma decisão.

Assim, quando o NCPC desvincula as questões de fato das questões de direito, não há como sustentar, com segurança jurídica, uma verdadeira identidade de demandas, visto que as questões de fato contêm peculiaridades e nuances que distinguem as demandas que, nas questões de direito, são similares. Assim, no modelo alemão *Musterverfahren* são consideradas como requisitos de suscitação do incidente tanto as questões de direito, quanto as de fato: [...] *viola-se o mesmo princípio [isonomia] quando, nestas mesmas hipóteses (de situações “semelhan-tes”), aplica-se, sem mais, uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido, e o paradigma, cf. infra): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade* (BAHIA; NUNES, 2010, p. 79).

Além disso, há grave violação da isonomia quando se busca, em uma demanda judicial, dar tratamento decisório semelhante apenas às ações que tenham

idênticas questões de direito. E as ações contendo idênticas questões de fato não deveriam também receber tratamentos decisórios semelhantes? Em estrita aplicação do princípio da isonomia, incorrer-se-ia na observância conjunta da identidade das questões ao lado das questões de direito, e, quando o NCPC prioriza apenas as questões de direito, acaba por violar a garantia da isonomia, ao invés de promover a sua aplicação. Frise-se novamente que a melhor forma de consagrá-lo no ordenamento processual é elevar, como requisito de identificação das demandas repetitivas, a identidade, tanto das questões de direito, quanto das questões de fato, na tentativa de minimizar a violação da referida garantia.

Essa dissociação entre questões de fato e de direito também apresenta implicações maiores no que se refere à garantia do contraditório. Conforme destaca Pochmann da Silva (2011, p. 97-98), o IRDR viola o contraditório em dois principais pontos, quanto (i) à ausência de recorribilidade e (ii) e apresentação de um contraditório ficto.

### *Em um caso que concorrerá pela aplicação de mais de um princípio, que, se aplicados, levariam a razões contraditórias e opostas, há de se optar e aplicar o mais adequado para aquele caso.*

Conforme se infere dos dispositivos inerentes ao incidente, quanto ao primeiro ponto, não há sequer previsão de nenhum procedimento próprio reservado às partes com processo suspenso, destinado à apresentação de defesa a fim de demonstrar que não há identidade de questões de direito em sua demanda. Há essa necessidade, visto que o projeto legitima sujeitos processuais que não as partes para a provocação do incidente diretamente ao presidente do Tribunal, tendo em vista que o contraditório é possibilitado somente após o procedimento do art. 983, com o processo já suspenso, quando o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Consoante o NCPC, as partes terão a oportunidade somente após ser decidida a demanda do IRDR, ao demonstrar ao juízo no qual tramita sua ação de que tese ventilada e decidida no incidente não tem aplicação ao seu caso concreto por não ter identidade de questão.

O segundo ponto que merece atenção é o de que o contraditório existente no IRDR não é o mesmo participativo e eficaz trabalhado nos arts. 5º, 9º e 10 do Código, por se tratar de um contraditório ficto, presumido. Isso porque, após a suspensão da ação individual, com o envio de uma causa piloto para o Tribunal, somente depois do requerimento de juntada de documentos, ou realização de diligências, garante-se às partes manifestação na causa piloto, presumindo que *todos os interessados irão efetivamente se manifestar no processo, o que se propõe é a criação de técnica vinculada aos direitos fundamentais, sem supressão do debate constitucionalizado assegurado às partes. A principal deformidade da técnica em questão, é a imposição da “decisão-modelo”, a processos considerados suspensos, cujo debate não foi oportunizado. Dessa forma, não há ataque à reunião de julgamento padronizado de demandas. Questiona-se, porém, a forma como esse julgamento ocorre, à medida que, no Estado democrático de Direito, a construção do provimento*

*deve ter a participação dos cidadãos por eles afetados* (SILVA, 2011, p. 110).

O mecanismo deve oportunizar a participação das partes em seu pleno contraditório, desde a fase preliminar anterior à suspensão da demanda individual, deixando à disposição das partes daquele processo meio recursal próprio para que possam recorrer da decisão de suspensão da demanda, demonstrando que o objeto da causa, em questão de direito, não é idêntico. Isso evitaria uma suspensão de demandas de forma indevida pelo tribunal, e principalmente, facilitaria o filtro para os tribunais superiores enfrentarem argumentos de que os processos das partes não possuem identidade de questões de direito, uma vez que isso seria relegado a uma espécie recursal própria, contribuindo assim para aumentar os mecanismos da efetivação do contraditório, por meio dos recursos.

Também ligado ao contraditório, se não é compatível separar questões de

fato das questões de direito, incompatível também é mitigar o contraditório em duas partes, como pretende o incidente. O debate sobre as questões de direito, ocorrerá na causa piloto, perante o tribunal, conquanto o debate acerca das questões de fato ocorrerá no juízo em que tramitar a demanda originária das partes que fora suspensa. E o mais grave é que tais debates ocorrerão em momentos processuais e temporais distintos, além de ocorrer, cada qual, com partes também distintas.

Sobre as questões de direito, estas ocorrerão nos tribunais superiores na causa piloto, e nesta discutirão interessados e partes, sendo aqueles todas as pessoas que nela se habilitarem, podendo não ser as mesmas partes da demanda originária suspensa, uma vez que não há obrigatoriedade de que todas as partes que tiverem suas ações suspensas, se habilitem requerimento na causa piloto.

Já sobre as questões de fato, as partes serão as da ação individual. Dessa forma, em um espaço democrático, não se deve empregar para o princípio do contraditório os tratamentos apontados, uma vez que o direito fundamental a essa garantia exige uma reconstrução de forma discursiva e argumentativa dos casos (questões de fato e de direito) que embasam as demandas suspensas.

Aqui reside outra constante preocupação. A escolha da causa piloto. Não há, no NCPC, descrição clara dos critérios para escolha de processo piloto que seja representativo de todas as demais ações. Essa escolha feita pelo tribunal, deve atender ao contraditório e legitimidade representativa, elegendo-se uma ação que detenha amplos argumentos sobre o tema, para evitar que ações pobres em argumentação sejam representativas daquelas com exaustivo tratamento do assunto. *Pela redação do art. 902, caput, §§ 1º e 2º [texto do projeto], partes no incidente são as mesmas do processo original, o que, talvez, acarrete em uma não-adequada representação dos interesses dos demais envolvidos. Da mesma forma, tanto no KapMuG, quanto no GLO, embora com estruturas e funções claramente distintas, o ponto de legitimação da extensão dos efeitos da decisão para os demais casos é justamente a ampla participação dos intervenientes, desde que não contrariando a estratégia do “líder”, no procedimento. Ao que tudo indica, no incidente de resolução de demandas repetitivas, o papel desempenhado por esses será quase inexistente.* (ROSSONI, 2014).

Ademais, ao se analisar também a garantia do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV da CR/88), bem como as garantias consecutórias do devido processo constitucional (art. 5º, LIV, da CR/88), no qual uma pessoa não pode receber os efeitos (de forma concreta) de uma decisão originada em uma ação da qual não fez parte, verifica-se que, se o incidente não a viola de forma direta, gera, pelo menos, uma ameaça de lesão às garantias. Isso por que a decisão proferida no incidente gerará efeito vinculante, que deverá ser observado, para qualquer demanda sobre a identidade de questão de direito, pois, *uma vez encerrado o incidente de resolução de demandas repetitivas, ele terá efeito sobre as demandas que no seu curso, anteriormente e futuramente a ele forem ajuizadas. Com efeito, pode-se concluir que a decisão afeta também aqueles que não participaram do processo, portanto a inconstitucionalidade do instituto por violação ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, inciso XXXV da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).* (MANDELLI, 2013, p. 45).

Essa questão torna-se perigosa, a ponto de ameaçar e ruir o próprio princípio da segurança jurídica. É que o comando normativo do art. 985 do NCPC prevê que, uma vez julgado o referido incidente, a decisão nele proferida terá aplicação de forma vinculada às demandas que vierem a versar sobre a mesma questão idêntica de direito. O dispositivo dá o poder de alcance dessa decisão a todos os processos com idêntica questão de direito que estejam suspensas, e inclusive, atingindo as demandas que nem sequer foram propostas à época do incidente, e que só venha a existir após o seu encerramento.

Rossoni (2014) ressalta que *com isso surgirá no direito brasileiro problema há muito enfrentado no Common Law, e até hoje não resolvido, de saber o que é vinculante em um precedente, tanto é latente essa preocupação, que isto não vem a ocorrer no modelo inspirador, importante questão que não fica clara no anteprojeto de Código de Processo Civil é a dos limites subjetivos da vinculação do julgado. O KapMuG, no qual o legislador se inspirou para o projeto, contém regra clara determinando a aplicação da decisão apenas para os casos pendentes, ou seja, é necessária a litispendência.* (ROSSONI, 2014).

A própria e tão almejada celeridade no NCPC, pode ser prejudicada no IRDR. Isso por que, uma vez instaurado o incidente, haverá a suspensão das demandas em idêntica questão de direito, seja qual for a fase processual, não importando se está na fase postulatória, ou na fase decisória. Para atender a tal primado, a observância da fase processual é de extrema importância para não acarretar a morosidade processual, mesmo com a aplicação de um mecanismo que visa à celeridade, ao instaurar o IRDR em um momento que a maioria das demandas em tramitações já esteja em fase decisória, ou mesmo em execução, (SILVA, 2011, p. 110), como ocorre no modelo português de julgamento de ações coletivas, o que é conhecido como agregação de ações.

#### 4 O INCIDENTE NA PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NAS PERSPECTIVAS DA INTEGRIDADE DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Uma questão pontual que se apresenta frente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é o desafio que se colocará aos juízes, quando da prolação da sentença, em realizar uma fundamentação racional nos moldes da leitura que o código propõe, como já abordado em capítulo anterior. É que a decisão prolatada na causa piloto imporá aos juízes a observância e obediência a esse julgado, quando voltar-se ao julgamento da demanda individual até então sobrestada em decorrência do incidente. A esses julgadores, no caso de se aplicar ou afastar a decisão com efeito vinculante originada do incidente, será exigido uma fundamentação decisória que rotineiramente não era a que se praticava nos gabinetes, não raras vezes limitada a indicar um precedente, sem estabelecer uma correta relação daqueles com o caso debatido nos autos pelas partes.

Dessa forma, mesmo que o magistrado da demanda individual tenha que seguir a decisão do tribunal proferida no IRDR, terá que fundamentá-la na correlação dos fatos e provas contidos na demanda individual com a referida decisão, não podendo apenas indicar a sua existência, sob pena, de não se considerar

fundamentado, conforme o inc. V, §1º, do art. 489 do NCPC.

E é partindo do trabalho do magistrado na construção das decisões que a previsão do IRDR implica uma questão relacionada aos fundamentos do Direito. Tal questão aparece quando uma instituição jurídica modifica a forma de dar a prestação jurisdicional e quando aplica decisões previamente tomadas de forma padronizada.

Retornando aqui aos trabalhos de Ronald Dworkin, verificam-se os efeitos dessa modalidade de solução de conflitos sobre o papel do magistrado no espaço jurídico e, principalmente, se há, como pretende o incidente, o alcance da segurança jurídica. O autor americano, ao trabalhar a questão do direito em sua aplicação, delineou como esta deve ocorrer, de forma a combater o alto grau de discricionariedade dos juízes. Para afastar tal discricionariedade, propõe-se que o juiz deve acrescentar ao direito a história de uma instituição, que deve ser observada na prolação de uma decisão, a fim de que se atinja uma integridade no direito.

É com base na integridade que um juiz, ao decidir um caso, sempre deixa espaço para que, posteriormente, outro, ao observar aquele julgado em nova interpretação, acrescente capítulos a ela. Nessa perspectiva, o julgador não fica engessado a um mero repetidor de decisões anteriores, mas se tornará um julgador interpretativo ao colaborar com a história institucional do direito, afastando qualquer ideia de decisões padrões.

Essas linhas reforçam a segurança jurídica na solução de uma demanda, pois o magistrado observaria as decisões já existentes, mas com um espaço para interpretar tais decisões conforme a particularidade do caso concreto, visto que cada caso é um caso, e para cada um existe uma única decisão correta, que pode não ser a correta para outro caso, por mais que semelhante seja.

A exigência da prática da integridade subdivide-se em dois princípios: (i) a integridade na legislação – esta exige daqueles responsáveis por criar o direito na legislação a manutenção desse novo direito, que ora é criado em coerência com os princípios; e o que mais nos importará mais tarde: a (ii) integridade na aplicação judicial – que exige dos juízes saber o que é a lei, aplicando-a de forma coerente com um conjunto de princípios (DWORKIN,

1999, p. 203). Esse princípio, impõe aos responsáveis por decidir, que se enxergue o direito como um todo, deixando de lado a prática de decidir de forma isolada, sem considerar toda a história institucional. Assim, *o segundo princípio* [a integridade na aplicação judicial] [...], *explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.* (DWORKIN, 1999, p. 203).

### *A decisão da causa piloto é correta para as questões de direito levantadas e discutidas naquele determinado caso, o que não significará ser a mais correta decisão para os demais [...]*

Dai, a exigência de que os responsáveis por decidir observem o direito como um todo. Para Meyer (2008), isso implica o entendimento do direito como um sistema que passe a expressar um “conjunto coerente de princípios”. É entender o direito como uma questão de princípios. Observar esse conjunto coerente de princípios não é só aplicar apenas o direito já decidido no passado, como no convencionalismo, ou apenas decidir em bases futuras como prega o pragmatismo, pois *o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que o seu enfoque assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...], uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado* (DWORKIN, 1999, p. 274).

Assim, para Pedron (2012), também trabalhando Dworkin, as decisões são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado, quanto para o futuro. Nessa linha, afirma Dworkin (1999) que, quando, em uma decisão, o juiz alega que para aquele direito há um princípio, mesmo que esse direito seja criado pela atividade legislativa no passado, não significa que o juiz inclina-se sobre os exatos motivos daquele estadista do passado, mas, sim, toma-o como “uma proposta interpretativa”, ao

se verificar que aquele princípio se ajusta a “alguma parte da prática jurídica que justifica” tal alegação naquele momento, para aquele caso concreto.

Levando a cabo a sua teoria de se conceber o direito e os princípios de forma construtiva e interpretativa, o autor americano formula suas metáforas tais como “juiz Hércules”, romance em cadeia e comunidade de princípios, para demonstrar o funcionamento da busca pela integridade na aplicação judicial do direito. Utiliza-se dessas metáforas para demonstrar a dinâmica dos pontos traçados por

sua teoria (PEDRON, 2012, p. 66).

Mas o que seria um “juiz Hércules”? Pedron (2013) responde que “Hércules”, na acepção Dworkiana, é um *juiz filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver os casos difíceis, por meio de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso.* Assim, “Hércules” terá de enfrentar um desafio posto para ele, que é *reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio judiciário tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a constituição* (PEDRON, 2012, p. 181).

Isso não impõe ao “juiz Hércules” um dever de mero repetidor das decisões já tomadas, muito pelo contrário, quando se voltar ao passado, deve “buscar filtrar”, em toda a história institucional daquele órgão, os acertos e os erros (PEDRON, 2012, p. 181). Os erros cometidos na história institucional ganham importância a ponto de o trabalho desenvolvido pelo “juiz Hércules” ser denominado de “Teoria dos Erros Institucionais”, o que, ao final resultará na possibilidade de serem tais erros corrigidos e de haver ou não força gravitacional suficiente para influenciar, como precedente, a solução de novos casos. Nas palavras de

Dworkin (1999, p. 186), *Hércules deve igualmente enfrentar um problema diferente e, ao mesmo tempo, mais complexo. Se a história de seu tribunal não for muito complexa, ele descobrirá na prática que a exigência de consciência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a ideia de que, ao aplicar essa exigência, pode desconsiderar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada.*

Nessa teoria dos erros institucionais, Dworkin (1999), sem aprofundamentos, propõe a divisão desse trabalho em duas fases: (i) o juiz deve buscar uma distinção no estudo de uma decisão passada, entre a autoridade daquele evento institucional que corresponde ao poder de produzir consequências da força gravitacional do mesmo evento. Pedron (2012) explica que a identificação de um erro institucional, na teoria dworkiana, ocorre no questionamento da força gravitacional e sua inutilização, sem, contudo, comprometer a autoridade específica; (ii) a segunda fase consiste em buscar uma justificação para o conjunto de leis e decisões aplicados institucionalmente, “na forma de um esquema de princípios”. Desse modo, ao identificar um evento institucional – decisão – como erro, este perde seu poder de gravitação, impedindo sua utilização como precedentes para fundamentar uma nova decisão. A atividade do “juiz Hércules” consiste, assim, em realizar uma investigação interpretativa dos princípios que alicerçaram as decisões no passado e, após identificá-los como uma decisão judicial correta, detentora de grande força gravitacional para embasar novas decisões, deve manter com estes, uma coerência na aplicação judicial.

### ***O IRDR busca efetivar o princípio da celeridade processual, contudo sem a observância dos demais princípios constitucionais processuais, acarretando sérios prejuízos aos jurisdicionados.***

Não se trata apenas de identificar e repetir, mas sim, refletir sobre tais fundamentos da decisão passada, se permanecem ainda em consonância com o direito costumeiro. Justificando que a atividade do juiz Hércules não se limita a essa prática mecânica, Dworkin (2002, p. 191) assevera que [Se o juiz Hércules], *puder demonstrar, por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que um determinado princípio, embora já tenha sido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica, tem agora tão pouca força [gravitacional] que é improvável que continue gerando novas decisões desse tipo - então, nesse caso, o argumento de equidade que sustenta este princípio se verá enfraquecido.*

Nesse contexto, o autor americano utiliza-se de uma segunda metáfora, “o romance em cadeia”, ao comparar um juiz não apenas com os cidadãos de uma comunidade, mas com um crítico responsável por interpretar as variadas dimensões e sentidos possíveis de uma peça ou poema complexo (DWORKIN, 1999, p. 275). Cada juiz agiria como um romancista em um grupo responsável pela construção de um capítulo de uma obra iniciada,

devendo, assim como em um romance, preocupar-se em manter certa lógica desse novo capítulo com toda obra que já fora escrita, sem, contudo, encerrá-los, de forma que outro romancista continue a obra, com um novo capítulo (PEDRON, 2012).

Portanto, *em tal projeto, um grupo de romancista escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade* (DWORKIN, 1999, p. 276).

Assim também é o direito, esse produto coletivo de uma determinada sociedade, não estática, mas em permanente (re) construção (PEDRON, 2013). A partir da compreensão dessa metáfora, os juizes, ao decidirem um caso, devem-se voltar para os julgados do tribunal, e chegar a uma opinião sobre o que os demais juizes, de forma coletiva, decidiram sobre aquele caso semelhante. Ao agir dessa forma, esse juiz atuará como parceiro de um *complexo empreendimento em cadeia, sem desprezar o que tem em mãos e partir de uma nova direção* (DWORKIN, 2005, p. 238). Pode-se com isso, de acordo com as explicitações de Pedron (2012), perceber a postura interpretativa construtiva e o compromisso com integridade do direito que denota Dworkin, no qual a *decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição*, não sendo, portanto, o juiz um mero repetidor, mas, ao mesmo tempo, intérprete e criador da decisão.

Ao lado dessas duas metáforas, está o que Dworkin denomina de “comunidade de princípios”. Esta contribui significativamente, se não é a base, para a teoria da integridade do direito. Tendo em vista que essa comunidade de princípios é aceita como um ideal por todos, mesmo que nesta comunidade existam pessoas que estejam em desacordo com a moral política.

Assim, a comunidade de princípios, *insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal, e não a imagem diferente, apropriadas a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis* (DWORKIN, 1999, p. 254).

A integridade atrelada a uma comunidade de princípios condena e refuta leis conciliatórias, pois elas não atendem a promessa de uma integridade, em que o direito possa ser *escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios* (DWORKIN, 1999, p. 258). Justifica ainda a busca pela integridade do direito, pois os direitos e deveres políticos dessa comunidade não estão ligados apenas a decisões particulares que foram tomadas no passado, por se tratar de decisões “dependentes de um sistema jurídico”, que estas “pressupõem ou endossam” (PEDRON, 2013, p. 77).

Dessa forma, retornando à questão inicial, depois de demonstrado, por meio das teorias apresentadas, que o interesse de Dworkin não é tratar sobre um conflito acirrado de princípios, em



um caso concreto, mas sobre sua teorização, entende-se modernamente o direito como sendo originado de uma questão de princípios. Em um caso que concorrerá pela aplicação de mais de um princípio, que, se aplicados, levariam a razões contraditórias e opostas, há de se optar e aplicar o mais adequado para aquele caso.

Mas, teoricamente, não seria um exacerbado conflito, ao passo que essa aplicação, por meio de uma ponderação, exige do juiz a tomada e produção de uma decisão judicial, a partir do desempenho de um trabalho voltado pela busca da integridade do direito que se objetiva afirmar.

Realizaria na solução desse conflito um trabalho como o do “juiz Hércules”, ao efetuar uma busca interpretativa de todos os eventos institucionais, entendidos como decisão judicial. Ao escolher um princípio e interpretar para produzir a decisão, estaria acrescentando um novo capítulo a um romance em cadeia, possibilitando que outrem continue, e decidiria de acordo com o conjunto de princípios que a sociedade tem como tradição, observando-os como sendo a exteriorização de uma comunidade de princípios.

O modelo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas gera um desafio a tal sistema, pois os juízes ficaram presos, vinculados, limitados a reaplicar uma decisão anteriormente proferida nesse incidente aos casos particulares, sem o poder de interpretar e acrescentar algo a esta decisão, fazendo isso de forma mecânica. Tal realidade demonstra um sistema que presume que o juiz não precisará da atividade interpretativa, pois o mecanismo aparece como instrumento de criação de decisões prontas e acabadas. Isso indica o não atendimento ao primado da segurança jurídica, porque cada caso contém particularidades que o torna distinto dos demais, principalmente no que toca às questões de fato. *Percebe-se que nem em países nos quais é tradicional o uso dos precedentes pode haver sua utilização mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade, mesmo que se busque tal desiderato embasado em uma lógica tacanha da aplicação da igualdade singularidade* (BAHIA; NUNES, 2010, p. 80).

Pelo que propõe o IRDR, haveria dois tipos de juízes: aqueles que interpretariam o direito criando as decisões, que são os julgadores do incidente, e aqueles

que se limitam a aplicar a decisão padrão ora criada às demandas individuais, repetindo as anteriores, tomando o precedente como algo estático e acabado. A estes últimos é reservada a função típica do positivismo clássico, na esteira do convencionalismo – o direito se limita ao que já foi decidido no passado –, quando não lhe era dado espaço para interpretar, mas apenas para aplicar a lei, por que nela continha todo o direito e era baseada na crença de que poderia solucionar qualquer conflito, e nela estaria prevista toda solução para quaisquer situações conflituosas. Tanto é assim que o NCPC possibilita reclamação direta ao tribunal, caso o juiz da demanda individual não aplique a decisão padrão ao caso, nos termos do art. 940 acima mencionado. Tal vertente não se coaduna com o atual modelo constitucional de processo, no qual, para fundamentar e chegar a uma decisão racional e legítima, o julgador deve ter espaço para a atividade interpretativa, principalmente no tocante à análise da adequabilidade da decisão padrão à demanda individual por inteiro ou em apenas em alguns pontos. *Dworkin defende que o juiz, ao decidir um caso, não o considere como um caso isolado, mas inserido em um todo (integridade), num processo construtivo a que o juiz dá continuidade. Isso não significa que o juiz tenha de repetir a mesma decisão passada quando está diante de um caso similar – mesmo sendo os EUA um país de historicamente de common law –, pois que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito é, também autor (por que acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado.* (BAHIA; NUNES, 2010, p. 86).

Uma decisão padronizada não é a melhor forma de se buscar a segurança jurídica no ordenamento jurídico. Como Dworkin demonstrou em sua teoria sobre a única resposta correta, cada caso terá uma única decisão, que, para ele, é a correta. A decisão da causa piloto é correta para as questões de direito levantadas e discutidas naquele determinado caso, o que não significará ser a mais correta decisão para os demais, sobretudo, porque deve haver o debate das questões não só de direito, como também das questões de fato. Não há erro jurídico em tomar uma decisão como precedente, não no sentido como propõe o NCPC, de ser uma decisão

completa e acabada, mas sim, no sentido de constituir um julgado a ser considerado na história institucional dos tribunais para a construção de novas decisões, em que haja a “reconstrução do histórico de aplicação decisória”, sem levar a efeito uma mera repetição de precedentes do passado (BAHIA; NUNES, 2010, p. 80). Os precedentes são linhas norteadoras para direcionar o julgador na construção participada e interpretativa de uma nova decisão, não podendo ser como o propõe a reforma processual, algo definitivo, sem espaço para análise e interpretação das peculiaridades de cada caso.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar a perspectiva da observância da garantia concreta dos princípios que integram a cláusula do devido processo constitucional na instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas, em vez de avanço, tem-se retrocesso quanto às formas e aos mecanismos de asseguramento do devido processo, principalmente no consectário princípio do contraditório. O IRDR busca efetivar o princípio da celeridade processual, contudo sem a observância dos demais princípios constitucionais processuais, acarretando sérios prejuízos aos jurisdicionados. Isso porque os avanços, no que tange às garantias constitucionais previstas no Novo CPC, são relegados a um segundo plano dentro do mecanismo do IRDR, ao primar pela celeridade.

A celeridade processual é entendida como garantia constitucional, desde que sua efetivação não implique violação ou até mesmo supressão das demais garantias constitucionais. A busca da celeridade como projetada não se coaduna com os pressupostos do modelo constitucional de processo, aproximando-se mais de uma tentativa de implementar apenas um mecanismo que acelere o julgamento das ações, em vez de prezar pela legitimidade das decisões judiciais. Esse mecanismo provoca uma mitigação grosseira do princípio do contraditório em dois pontos que se pode destacar: (i) inexistência de mecanismo recursal para que o jurisdicionado defenda que sua demanda não tem idêntica questão de direito, evitando-se assim a suspensão de forma arbitrária e prejudicial de sua ação; (ii) a proposta do IRDR em trabalhar com um contraditório presumido, ficto, e

sem considerar as questões de fato. Como enfatizado, o NCPC privilegia o que denomina de “celeridade” em detrimento das garantias constitucionais, como o contraditório, incorrendo em sérias ameaças de lesão à segurança jurídica, quando deveria verdadeiramente protegê-la.

Dos trabalhos deixados pelo teórico Ronald Dworkin, sobretudo quanto à busca pela integridade do direito, tem-se que a segurança jurídica e a legitimidade são pressupostos para a análise de todo e qualquer caso de acordo com as suas peculiaridades, pois estas o particularizam, não sendo possível a aplicação de uma decisão padronizada e sem espaço para a atividade interpretativa do julgador, como ocorrerá no IRDR.

Uma decisão padronizada não é a melhor forma de se buscar a segurança jurídica no ordenamento jurídico. Como Dworkin demonstrou em sua teoria sobre a única resposta correta, cada caso terá uma única decisão, que se apresenta como correta. A decisão da causa piloto é correta para as questões – de direito – levantadas e discutidas naquele determinado caso, mas não será necessariamente a mais correta decisão para os demais, sobretudo porque deve haver o debate das questões não só de direito, como também das de fato.

O modelo de padronização decisória reduzirá a atividade interpretativa e construtiva do juiz, ao analisarmos as diretrizes da integridade do direito dworkiana, pois em concreto, ao juiz caberá identificar apenas se trata das mesmas questões de direito e repetir a decisão do tribunal, sem a preocupação de reconstruir de forma interpretativa a prática da aplicação do direito.

Disso, tem-se que a aplicação mecânica do direito, e de forma repetitiva, pode trazer como consequência a estagnação do direito e da jurisprudência. Esse risco é evidente, uma vez que os juízes apenas repetirão a decisão, e, sem a atividade construtiva interpretativa do direito. Não havendo contribuição para o enriquecimento e a evolução da história institucional dos tribunais, uma vez que o incidente encerra a interpretação do direito para aqueles casos idênticos submetidos a julgamento, impossibilitando a continuidade ou a criação de um novo capítulo na história do direito.

Como tentativa de tornar o incidente de resolução de demandas repetitivas adequado ao Estado democrático de Direito, em especial ao modelo constitucional de processo, far-se-ão necessárias reformulações legislativas capazes de garantir o devido processo legal.

Deverão ser criados mecanismos que viabilizem e possibilitem o exercício de um contraditório real e efetivo, como a inserção de dispositivo legal que permita ao jurisdicionado contestar a inclusão de sua demanda no IRDR, além de estabelecer critérios para seleção de causas pilotos, almejando buscar aquela que tenha maior descrição argumentativa da matéria além de um amplo contraditório sobre elas. E, a fim de resguardar a segurança jurídica, tão almejada pela reforma processual, há a necessidade de que o referido incidente contemple, além das questões de direito, a análise das questões de fato, por serem estas indissociáveis, como ocorre no modelo alemão *Musterverfahren*.

#### REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS n. 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os problemas na utilização do “Marco Zero Interpretativo”. In: MAGALHAES, Flaviane Barros;

BOLZAN, Jose Luiz (Coord.). *Reforma do processo civil*: perspectivas Constitucionais. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 75-92.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 8.046/2010*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=80B38493DD2E56E229C367EA73125D42.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80B38493DD2E56E229C367EA73125D42.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em: 2 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 166/2010*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

COSTA, Ana Surany Martins. As luzes e sombras do incidente de resolução de demandas seriadas no novo projeto do Código de Processo Civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 75, p. 45-59, jan./fev. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WF Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC*: breves apontamentos. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-6916.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

MANDELLI, Alexandre Grandi. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, 2013, p. 25-51.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do Positivismo*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther. Rio de Janeiro: Lumem Luris, 2013.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do Group Litigation no Direito brasileiro*: avanço ou retrocesso? Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/50-artigos-dez-2010/7360-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-dogroup-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo Código de Processo Civil e o KapitalanlegerMusterverfahrensgesetz do direito alemão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 8, p. 93-108, jul./dez. 2011.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 93-114, dez. 2011.

Artigo recebido em 5/9/2015.

Artigo aprovado em 8/10/2015.

**Flávio Barbosa Quinaud Pedron** é advogado e professor adjunto do IBMEC e PUC-Minas, em Belo Horizonte-MG.

**Conceição Lourdes Xavier** é advogada em Belo Horizonte-MG.

**Fábio Silva Azevedo** é advogado em Belo Horizonte-MG.