

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

INCIDENT OF DEMAND RESOLUTION REPETITIVE: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE OPTICS CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Sérgio Tibiriçá Amaral*

Carolina Menck de Oliveira Cegarra**

Bianca Thamiris Mizusaki***

RESUMO

No presente artigo, iremos abordar sobre um instituto processual criado pelo novo Código de Processo Civil, denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido pela sigla IRDR, cuja finalidade é fixar tese jurídica a ser seguida pelos Magistrados, sobre questão material ou processual que se encontra presente em diversas ações que tratam, de algum modo, do mesmo objeto sobre o qual a tese jurídica foi fixada, bem como abordar se essa conduta de padronização jurisprudencial sobre demandas repetitivas poderia ser considerada precedentes, considerando o modelo adotado pela *common law*.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas; Precedentes; Eficácia vinculativa; Igualdade; Segurança jurídica.

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia De Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público – SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (FDPP) da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br.

** Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE Bauru – Centro Universitário de Bauru – SP. Professora de Direito Constitucional na Faculdade Eduvale de Avaré – SP. Advogada militante nas searas de Direito Público e do Trabalho. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – SP. E-mail: carolmenck_@hotmail.com.

*** Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE Bauru – Centro Universitário de Bauru – SP. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Advogada atuante no escritório de Advocacia Mizusaki na Cidade de Presidente Bernardes – SP. E-mail: biancamizusaki@hotmail.com.

ABSTRACT

This study will address a procedural institute brought by the New Code of Civil Procedure, known as Incident of Resolution of Repetitive Demands, or IRDR, whose purpose is to secure a legal thesis to be followed by the Magistrates, about material or procedural matter, which are present in several lawsuits that deal with, somehow, the same object on which the legal thesis was fixed, as well as address if this law standardization conduct about the repetitive demands could be considered as precedent, considering the model adopted by the common law.

Key-Words: Incident of Resolution of Repetitive Demands; Precedents; Binding Effect; Equality; Legal security.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo abordar um instituto processual novo em nosso ordenamento jurídico, trazido com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido sob a sigla IRDR.

Não se pretende com o devido estudo esgotar o tema, até mesmo porque, por ser uma inovação processual, seus passos e suas concretizações estão surgindo de modo tímido ao longo desses dois anos de aplicação de nosso novo *codex* processual.

Não obstante, o presente texto se preocupou em trazer os motivos que levaram o legislador ordinário à criação do IRDR, eis que é sabido que, no cenário jurídico atual do nosso país, muitas demandas surgem a cada dia, abarrotando o Poder Judiciário, e, muitas vezes, com os mesmos objetos jurídicos, seja de direito material ou de direito processual, o que acabaria por configurar a existência das demandas repetitivas, conforme denominado pela doutrina.

Entretanto, também cuidou de narrar acerca da criação de precedentes no Brasil, eis que o sistema adotado por nós é o *Civil Law*, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico é formado por conjunto de regras, codificadas, ao qual devemos observância, ao contrário do sistema *common law*, grande aplicador de precedentes, eis que, não se utilizando da norma codificada, analisa seus casos concretos por meio de tradições e costumes.

Assim, com a preocupação de nos prepararmos para o novo e entender este novo instituto à nossa disposição, foi elaborado estudo sobre a legitimidade, procedimento, julgamento do IRDR e, se poderíamos chegar à conclusão de que suas decisões podem ser consideradas precedentes, conforme adotado pelo sistema *common law*.

A REGRA DO PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE: NOÇÕES PROPEDEÚTICAS ACERCA DO COMMON LAW, CIVIL LAW E STARE DECISIS

É sabido que o legislador processual civil expressa grande apreço aos entendimentos reiterados dos tribunais com finalidade diretiva em casos futuros.

Cuida-se de um novo olhar que supera a corrente filosófica positivista a ser observada pelos magistrados quando da tomada de decisão e que, assim, deixa de enfrentar o veredito a partir de um olhar puramente endoprocessual. O que se busca, por meio da prestação jurisdicional contemporânea, é realizar a interpretação da lei que será aplicada ao caso concreto de maneira prospectiva, possibilitando a conversão da decisão em regra geral, ou seja, uma direção a ser seguida e respeitada pelos demais tribunais, o que seria algo próprio da percepção do precedente judicial.

E, para um melhor entendimento, parte-se da busca histórica dos precedentes judiciais dentro dos dois principais sistemas jurídicos ocidentais, quais sejam: o *Common Law* e o *Civil Law*.

O *Common Law* é de origem anglo-saxônica, fundada em costumes (Direito Consuetudinário) como principal fonte na apreciação e interpretação do caso concreto, cuja decisão proferida poderá configurar um precedente (*stare decisis*) nos julgamentos futuros.

Para André Nogueira (2016), a origem da força dos precedentes remonta à família de tradição anglo-saxônica do Direito (*stare decisis* do direito inglês ou a *holding* do direito estadunidense), ambos com forte conotação interpretativa do direito consuetudinário e que prestigiam a *ratio decidendi*, ou seja, precedentes construídos a partir de tradições seculares e com papel de destaque na formação da consciência social, cultural e histórica para os países que adotam esse sistema.

Por outro lado, a *Civil Law* vai em contrapartida. De tradição romano-germânica, este sistema prestigia a formação da experiência jurídica pela via da lei como fonte primária e ferramenta apta na solução dos casos concretos e posterior tomada de decisão. Nos países que adotam o *Civil Law*, como é o caso do Brasil, o sistema jurídico se organiza por meio do direito escrito e codificado, em que a lei (*lato sensu*) é a fonte principal, que deve ser observada pelo magistrado quando da prolação de uma decisão, o que significa dizer que, no sistema da *Civil Law*, não se reconhece na figura do magistrado a possibilidade de ser o criador da Ciência Jurídica diante de um ato decisório.

Conforme acima mencionado, o sistema jurídico brasileiro é baseado na estrutura cognitiva das premissas da tradição do *Civil Law*, em que o objeto cognoscível é a lei em seu sentido mais aberto, com ou sem maior consideração do seu aspecto principiológico. Na concepção romanesca, a premissa ou ponto de partida não se sedimenta na prática cotidiana e na análise das razões ventiladas para decidir o caso concreto, pelo contrário, pensa-se na norma que mais se

amolda para depois buscar um caso análogo, e aí, então, a partir da técnica subsuntiva lógico-dedutiva, decide-se a lide posta à apreciação jurisdicional.

Nesse contexto, o caso concreto anteriormente julgado assume papel secundário de motivação da decisão judicial e, em regra, mero discurso de retórica padronizada e estereotipada das decisões, consistindo em ponto de chegada, explica André Nogueira (2016), quando trata da dinâmica da tomada de decisão na visão civilista.

Na lição de Elpídio Donizetti (2016, p. 1300), o sistema judiciário brasileiro pós-Constituição Federal não é nem de longe legalista, porque a escolha da lei como parâmetro de apreciação do direito pressupõe a observância do arcabouço principiológico constitucional. E, assim, estando a lei em desconformidade com o princípio lá contido, o magistrado está autorizado a afastar a legislação. Da mesma forma, havendo um precedente com força obrigatória (por exemplo, uma decisão de recurso repetitivo), exigirá do magistrado o dever de abstrair-se da lei na qual eventualmente tenha o precedente se embasado e aplicar tão somente o julgamento do Tribunal.

Na visão de Donizetti (2016), a permissão do magistrado para afastar a lei sob a justificativa de incompatibilidade com as normas principiológicas constitucionais seria nada mais do que, uma tentativa de relativizar o alinhamento do sistema jurídico brasileiro com o *Common Law*, ou seja, um reflexo dos precedentes judiciais trazidos pelo novo Código de Processo Civil.

Complementando tal raciocínio, conclui Câmara (2017, p. 367) que o ordenamento jurídico pátrio, tradicionalmente romanesco, prestigia a construção de um sistema de formação de decisões judiciais costumeiras com base em precedentes, desde que adaptados às características de um ordenamento civilista. Para o autor, em referência, a necessidade de adaptação decorre da tendência contemporânea de que as decisões judiciais devem estar atreladas aos precedentes pelo ordenamento jurídico para manutenção da segurança jurídica, ou seja, permanece sendo obrigatória a observância pura da lei.

Ressalta-se que, por meio dessa tendência processual, desponta uma questão basilar a ser enfrentada e discutida pelos operadores do Direito, qual seja: se o ato normativo possui várias interpretações, dado o caráter humanístico do direito, não parece satisfatório assegurar aos magistrados a mínima segurança jurídica que se espera num Estado Democrático de Direito? É o que se vislumbra com a adoção da norma processualista pela aplicação de precedentes, utilizado pelo *Common Law*, que casos idênticos possuam soluções idênticas, a despeito da experiência jurídica pela via da lei *lato sensu* dos brasileiros.

Significa dizer que, em tempos hodiernos, o precedente judicial também necessita ser observado, não figurando somente a lei como protagonista do raciocínio decisório.

A cultura de respeito ao precedente judicial no Brasil, leciona Marília Siqueira (2015, p. 817-818), veio sendo consolidada ao longo dos anos, o que, inevitavelmente, implicou na sua positivação pelo novo Código de Processo Civil. Fala-se em consolidação, pois o uso de precedentes jurisdicionais não constitui uma novidade da última década. Afirma-se, portanto, que houve uma intensificação ou ao menos uma aplicação consciente do que se chamará mais à frente de norma jurisprudencial. Assim, torna-se possível afirmar que o CPC/2015, ainda que de forma simbólica, transpõe princípios constitucionais em suas normas fundamentais e, mais do que isso, impõe um dever de uniformização da jurisprudência, acabando por gerar efeitos que irradiam para todo o sistema jurídico.

Outro ponto relevante que deve ser mencionado acerca dos precedentes é que sua composição decorre da *ratio decidendi* (razão de decidir), ou seja, tão somente os fundamentos que embasaram a decisão poderão ser evocados no futuro, delimitando e engessando nova argumentação processual.

Sobre o assunto, Fredie Didier Jr. et al. (2013, p. 388) lecionam que os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa (*obter dictum*) não podem ser utilizados com força vinculativa, por não terem sido determinantes para a decisão.

Contudo, a aplicação dos precedentes ainda não é aceita em sua integralidade no sistema jurídico brasileiro, acarretando divergências na doutrina, na jurisprudência e entre os operadores do direito. Isso se justifica pela ausência da teoria costumeira (ou seja, a aplicação dos costumes e tradições) no sistema regido pela *Civil Law*.

A convivência com o *stare decisis*, tal como se apresenta no Código de Processo Civil vigente, representa uma teoria relativamente nova, na qual o precedente obrigatório corresponde à norma criada por meio de uma decisão magistral, e que deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos inferiores, como se compulsória fosse a sua observância, como ocorre nos casos de recursos repetitivos julgados pelas Cortes Superiores.

Entrementes, adverte Donizetti (2016, p. 1.304) que, no sistema brasileiro, é adotado o *stare decisis*, porém de modo tímido e mitigado, apresentando-se com outra roupagem, eis que se desvincula da ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito observando determinado precedente firmado em momento anterior.

Ainda, consigne-se que os precedentes judiciais não devem ser aplicados pelos magistrados de maneira aleatória, pois devem ser creditadas todas as peculiaridades de cada caso concreto, e a *ratio decidendi* da decisão-modelo ser confrontada com o caso que será julgado.

Essa conduta de aplicar o precedente analisando o caso tido como modelo, quando da análise do caso concreto, é denominada *distinguishing*, que, segundo Tucci (2004, p. 174), é o procedimento pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. De tal feita que,

caso a matéria de fato e os precedentes judiciais não guardem semelhanças, o magistrado poderá afastar a utilização do mecanismo, o que leva à conclusão de que o julgador fará a individualização do direito pleiteado.

Elementos do precedente judicial

Para um melhor entendimento do sistema dos precedentes judiciais, é importante analisar os seus elementos constitutivos denominados pela doutrina, respectivamente, *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Na conceituação de Siqueira (2015, p. 824-284), a *ratio decidendi* é a tese jurídica utilizada pelo órgão julgador para solucionar o caso concreto, constituída por uma norma geral e abstrata e, por isso, poderá ser aplicada na decisão de outras demandas judiciais fundadas em situações semelhantes. É exatamente a esta parte do precedente judicial que se confere eficácia vinculante, por ser determinante na solução dos casos futuros. Em contrapartida, o *obiter dictum* é o elemento não essencial do precedente, constituindo-se de argumentos acessórios constantes na motivação, ou seja, aqueles que não influenciam e tampouco sustentam a decisão judicial, posto não se referirem ao objeto da demanda (causa de pedir e pedido).

Essa diferenciação é importante, uma vez que, no sistema do *Common Law*, a cada caso submetido a julgamento, o magistrado deve pesquisar a existência de prévio pronunciamento judicial sobre o tema, e, quando da constatação da existência de outro caso semelhante, deve realizar um processo de decomposição do precedente.

A conduta do magistrado em identificar a *ratio decidendi* do precedente judicial se amoldaria no caso em julgamento, ou seja, este é suficientemente igual ao precedente alegado, o que demandaria uma resposta judiciária idêntica, denominada *distinguishing* (afastamento de uma regra jurisprudencial).

Por sua vez, a conduta de diferenciação, que seria a decomposição do precedente, nas palavras de Camargo (2012, p. 559), tem o objetivo de separar a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*, no direito inglês, ou a *holding* do direito estadunidense) das considerações periféricas (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula (*binding precedent*) o julgamento dos processos posteriores.

Portanto, a *ratio decidendi* é a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão judicial, e *obiter dicta* (no singular, *obiter dictum*) são as afirmações e argumentações úteis para a compreensão da decisão, mas que não constituem parte vinculante do seu fundamento jurídico.

Na visão de Marinoni (2012, p. 222), a *ratio decidendi* seria a tese jurídica ou interpretação da norma consagrada na decisão, não podendo ser entendida

como parte da fundamentação, mesmo que nela se encontre, enquanto o *obiter dictum* seria aquilo que pode se transformar em *ratio decidendi*.

Entretanto, registre-se que os precedentes não possuem apenas elementos constitutivos, eis que sobre eles pode incidir o que é denominado *overruling*, que é o fenômeno que ocorre quando os precedentes são revogados, desde que a decisão que o faça seja bem fundamentada. Além de afastar a aplicação do precedente no caso concreto, o *overruling* objetiva infirmar a validade da regra paradigmática, como explica Marcela Grillo (2015).

A evolução do precedente judicial vinculante no Brasil

A Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentada pela Lei Federal nº 11.147/2006, ficou conhecida pela inserção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, mas os precedentes judiciais vinculantes já estavam consagrados desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/1993, que concedeu efeito vinculante à decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC. A Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil revogado (art. 481 do CPC/1973) também apontavam para a adoção dos precedentes judiciais em diversos dispositivos.

A relevância da referida emenda 45/2004 repousa na introdução do fenômeno da repercussão geral nas questões submetidas ao Recurso Extraordinário, disposto no art. 102, § 3º, da Constituição Federal, que revolucionou o Poder Judiciário e, sem dúvidas, foi um importante passo na longa evolução processual do Brasil.

A própria EC nº 45/2004, que introduziu no ordenamento jurídico a súmula vinculante, acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF, incluindo, dentre os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Tal inovação surgiu da necessidade de diminuir e de acelerar a marcha dos recursos nos tribunais superiores. Foi um requisito inspirado no sistema do *Common Law*, uma vez que é restrita a chegada de questões particulares, cujo interesse é das partes, na Suprema Corte, o que acaba por deflagrar o início da uniformização das decisões judiciais, que serão realizadas de cima para baixo, no Poder Judiciário e na sistemática jurídica brasileira (TUCCI, 2004, p. 266). Infere-se, portanto, que a adoção dos precedentes judiciais decorreu de imposição legal.

Antes do CPC/2015, todos os casos de decisão com força vinculante *erga omnes* (em sentido estrito) concerniam a instrumentos previstos na Constituição, atinentes ao controle concentrado de constitucionalidade desempenhado pelo STF, cuja decisão prolatada possuía eficácia vinculante, estando presente tanto nas decisões liminares quanto nos pronunciamentos finais de acolhimento ou

improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de descumprimento de preceito fundamental e na súmula vinculante.

Agora, o CPC explicita a necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926), bem como o respeito aos posicionamentos predominantes adotados pelos tribunais (arts. 927 e 489, § 1º, V e VI; art. 985, I e II; art. 1.039 etc.).

Ainda, o novo diploma processual amplia as hipóteses de força vinculante em sentido estrito, ou seja, atribui eficácia não só às decisões proferidas em recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos como também nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência (art. 985, § 1º c/c art. 928; art. 947, § 3º e art. 988, IV), leciona Eduardo Talamini (2016).

OPERACIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

Além das considerações trazidas pelo novo Código de Processo Civil acerca dos precedentes, é possível contemplar no Livro III, Título I, Capítulo VIII, uma inovação denominada “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, mais conhecida como IRDR. A referida inserção no *Codex* encontra-se distribuída em 11 dispositivos (arts. 976 a 987) dedicados à regulamentação dessa nova técnica processual.

O Código de Processo Civil de 2015 inicia, a partir do art. 976, *caput*, a operacionalidade do IRDR ao dispor que é cabível a instauração do IRDR quando houver simultânea repetição de processos com a mesma questão unicamente de direito ou risco à isonomia e à segurança jurídica.

O que nos transmite a ideia de que o legislador, ao criar o instituto do IRDR, objetivou buscar uma solução ao imbróglgio que surge no Poder Judiciário, dadas as inúmeras e reiteradas demandas que versam sobre a mesma questão de direito e, em razão das regras de distribuição e competência, colocam em risco os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica quando da prolação de sentenças, que dão tratamentos distintos, quando não contraditórios, ao mesmo caso, caracterizando a tão vulgarizada loteria judicial.

Na lição de Talamini (2016), o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) presta a discussão da questão de direitos homogêneos (próprios e inconfundíveis), por ocasião do julgamento que venha a fixar uma orientação jurídica a ser seguida nos demais casos idênticos, conforme regulado nos arts. 976 a 987 do CPC. Assim, uma vez sedimentada a orientação jurisprudencial sobre a questão reiterativa, é razoável que todos os casos julgados, subsequentemente, sejam decididos de um mesmo modo.

Embora seja recente o instituto processual do IRDR, já temos alguns incidentes em tramitação, sendo os dois primeiros casos um proposto junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido julgado no dia 28 de março de 2017, pela Turma Especial de Direito Privado 2 (feitos nº 2059683-75.2016.8.26.0000, e apelação nº 1025498-2014.8.26.0100), e outro, julgado no dia 31 de março de 2017, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que declarou a suspensão em todo o País das ações que tenham objeto idêntico (questão de direito) ou nas situações em que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sofia Temer (2017, p. 33-34) defende que o IRDR coaduna com a Constituição da República Federativa e é facilmente contextualizado quando analisado, pois a estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho. Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o País. A feição repetitiva dos conflitos tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial. O devido processo legal, pensado para os processos individualizados e únicos, mostrou-se inadequado para as demandas repetitivas.

Nesse sentido, o IRDR surge como procedimento apto para adequar-se às novas exigências do mundo contemporâneo, caracterizado pela massificação de processos que vem sobrecarregando o Poder Judiciário e sacrificando os direitos processuais básicos do jurisdicionado.

Contudo, no entender de Nunes e Bahia (2015, p. 721), o fenômeno do uso do direito jurisprudencial em litígios repetitivos seria apresentado como solução supostamente idônea, eis que estaria se confirmando que as ferramentas antigamente utilizadas não condizem mais com a nova realidade processual, exigindo que vários países regidos pela *civil law* buscassem na *common law* solução para essa problemática, mesmo que o sistema de precedentes não tenha sido criado, originariamente, com essa finalidade.

Assim, é possível verificar dois posicionamentos doutrinários que podem conduzir às concepções antagônicas a respeito do mesmo instituto.

Operacionalização técnica do IRDR

O instituto denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, como já dito, é uma novidade no Direito Brasileiro, que, apesar de divergências doutrinárias na interpretação, trata-se de técnica procedimental padronizada nos moldes do sistema jurídico alemão, que lhe serviu como inspiração.

Como o próprio nome sugere, trata-se de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição por meio do procedimento-modelo ou procedimento-

-padrão, ou seja, um incidente no qual são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares (questões jurídicas de direito material ou processual), não sendo meio hábil para conhecer ou valorar qualquer direito subjetivo contido no processo-modelo.

Na lição de Temer (2017, p. 277), o IRDR é trifásico, pois pode ser segmentado em três fases principais: a fase de instauração e admissão – que compreende os atos preparatórios ao debate, com o reconhecimento do objeto que incidirá a tese jurídica formulada; a fase de afetação e instrução – que compreende a delimitação da sua estrutura, atuação dos legitimados que constam do rol do artigo 977 do CPC, as possibilidades de intervenção e os atos instrutórios; e a fase de julgamento – que compreende a decisão que fixa a tese jurídica e os possíveis recursos que podem ser interpostos contra esse pronunciamento judicial.

Concluídas as etapas, a tese jurídica fixada deverá ser aplicada aos casos repetitivos que tiveram a sua semelhança reconhecida pelo IRDR.

Entretanto, feitas breves considerações acerca das etapas contidas no procedimento do IRDR, faz-se necessário mencionar que o IRDR, mesmo que autorize sua instauração de ofício ou por simples petição, exige o preenchimento de requisitos de admissibilidade, previstos no art. 976 do CPC, que serão analisados pelo órgão colegiado do tribunal competente.

Da mesma maneira segue o Enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC: cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática, explica Bueno (2015, p. 620).

Também se faz digno de nota que a legitimidade para postulação e instauração do incidente será do presidente do tribunal (estadual ou federal), que pode atuar de ofício ou ser provocado por um dos legitimados mencionados no artigo 977 do CPC, quais sejam: as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de simples petição, que deverá ser instruída com documentos que comprovem a existência de inúmeras demandas que versem exclusivamente sobre a mesma questão de direito.

Na lição de Bueno (2015, p. 616), a menção feita pelo inciso III do art. 977 do CPC ao Ministério Público e à Defensoria Pública merece ser interpretada amplamente, pois a legitimidade desses órgãos se dá tanto na condição de parte como quando o Ministério Público atua na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria na representação de hipossuficiente.

Uma vez admitido um incidente, o relator deverá suspender todos os processos que versem sobre a matéria jurídica suscitada que tramitam no Estado ou região, sejam elas ações individuais ou coletivas, e pedir informações adicionais ao juízo originário, que deverão ser atendidas em quinze dias. O relator também

deverá intimar o Ministério Público para se manifestar em igual prazo conforme previsão no art. 982 e incisos do CPC.

Iniciada a instrução, as partes interessadas serão ouvidas e poderão juntar documentos que entenderem necessários, em audiência pública previamente agendada pelo relator.

A partir do julgamento, a tese jurídica será aplicada 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 tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. E, se não observada a tese adotada, caberá reclamação (arts. 985 e 986 do CPC).

Acerca da legitimidade de processamento e julgamento do IRDR dada aos tribunais, estaduais ou federais, devemos considerar que suas decisões serão utilizadas como uniformização de jurisprudência para o próprio tribunal, bem como a todos a ele vinculados, além de incidir sobre o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme o § 3º do art. 979 do CPC. Trata-se de exigência plenamente justificável dada a razão última de ser do IRDR, de acordo com o art. 976 do CPC.

Ainda, registre-se que o parágrafo único do art. 978 do CPC dispõe que o órgão colegiado competente, além de julgar o IRDR e fixar a tese jurídica, também conhecerá do recurso, caso instaurado, bem como da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde ele se originou.

Uma das mais importantes exigências contidas no regramento do IRDR é a de que 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 – CNJ, conforme prevê o art. 979 do CPC.

Também é previsto no art. 980 do CPC prazo de um ano para julgamento do incidente, observando-se a preferência nos casos de réu preso e *Habeas Corpus*.

Ainda, em conformidade com o art. 12, § 2º, do CPC/2015, com as alterações trazidas pela Lei 13.256/2016, os tribunais e juízes devem, preferencialmente, obediência à cronologia de conclusão dos autos processuais para a prolação da sentença ou acórdão, mas é excluída de tal comando a decisão proferida em recursos repetitivos ou em IRDR.

O fato de o IRDR não obedecer à ordem de antiguidade no julgamento por juízes e tribunais é exceção legal ao princípio da igualdade no tempo da finalização dos processos.

Para Bueno (2015, p. 619), tal disposição quer, e a exigência é absolutamente pertinente como elemento imanente à construção de uma teoria dos precedentes à brasileira, é a contextualização jurídica e fática da tese jurídica, conforme dispõe o § 1º do art. 927 do CPC e sua expressa remissão ao § 1º do art. 489

do CPC. É esta discussão, não apenas a menção a uma tese jurídica descontextualizada de seus fundamentos e de seus fatos determinantes, que será capaz de formar precedente.

Nesse sentido, Temer (2017, p. 214-215) explica que, a despeito da ausência de consenso total quanto a sua definição, o termo precedente é empregado quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, com certo grau de potencialidade, capaz de firmar como paradigma entendimento que servirá como orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. E, se compreendermos o termo sob essa perspectiva, então é possível enquadrar a decisão do IRDR como precedente pela sua eficácia vinculativa prevista no novo CPC (arts. 926 e 927).

Ressalta-se que, apesar da eficácia vinculativa, o precedente formado no IRDR não deve ser entendido tal como uma súmula vinculante, nos moldes conhecidos para as decisões do STF e STJ, porque a disciplina legal do IRDR trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 não aventa essa possibilidade para os casos repetitivos julgados.

O SISTEMA DE PRECEDENTE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a crise da legalidade acentuada no Século XXI, o Direito deixa de ser visto como um conjunto puro de regras, passando a incorporar também princípios, eis que as normas que compõem o sistema passam a ter conteúdo e direção orientados por valores e pelos princípios, o que acaba por exigir a construção de sentido ao caso concreto. Assim, nesse contexto de decadência do Positivismo, o Direito volta a ser descrito como uma prática social racional, e não mais como uma ordem criada num ato único e necessariamente arbitrário; logo, torna-se insuficiente a aplicação da fonte do Direito consubstanciada nas regras jurídicas produzidas pelo legislador para fundamentar as decisões, afirma Bustamante (2012, p. 116).

Ao se adentrar ao tema dos precedentes judiciais vinculantes, salta aos olhos uma valorosa questão: a convivência entre o sistema e alguns dos princípios constitucionais, tais como: da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) e da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Isto porque os princípios se mostram como uma presença constante no universo jurídico, expressando e traduzindo valores inerentes a um determinado tempo histórico de certa sociedade e se vinculam às demais normas do ordenamento jurídico, que, inclusive, devem seguir seus mandamentos, eis que determinam a conduta humana e estatal.

Em sua importante obra sobre o tema, assevera Rothenburg (apud Rocha, 2003, p. 14) que a norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se

à observância do próprio Poder Público do Estado, bem como de todos os que à sua ordem se submetem.

Nesse contexto, o princípio da igualdade merece atenção e será o primeiro aqui analisado. Insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, sua leitura leva à conclusão da necessidade de um processo justo, no qual os litigantes devem ter igual tratamento e oportunidades quando demandarem em Juízo.

Contudo, a igualdade formal insculpida no referido artigo se mostra insuficiente para sanar as paridades existentes na sociedade contemporânea, cada dia mais exigente e complexa, motivo por que a igualdade material visa tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Isto porque, partindo do marco histórico ocorrido entre a primeira e segunda dimensão de Direitos Humanos, percebeu-se a necessidade de intervenção do Estado no direito concernente à coletividade.

Nesse sentido, Lafer (2006, p. 127) suscita que a primeira geração de direitos viu-se igualmente contemplada historicamente pelo legado do socialismo, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, por meio de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *Welfare State*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

Assim, torna-se possível perceber que a insuficiência da igualdade formal na tutela dos direitos do homem na primeira geração acaba por influenciar na igualdade material deflagrada na segunda geração dos Direitos Humanos, em uma constante tentativa de igualar o cidadão.

Ainda sobre a igualdade material, Dinamarco (2008, p. 209) leciona que neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala.

Da leitura dos doutrinadores supramencionados, visualiza-se que a regra do precedente judicial trazida pelo novo Código de Processo Civil impõe uma verdadeira exclusão processual à parte que observa seu direito sendo estabelecido a partir da incidência de casos semelhantes. E, assim, viola a concretização

do princípio da isonomia consistente em proporcionar participação equânime às partes, quando as particularidades de cada caso concreto são analisadas de forma genérica e impessoal.

É necessário haver uma assimilação do Direito de uma forma cada vez mais humana, afastando-se a ideia das decisões em massa no estilo Fordismo¹, nas quais o que realmente importa não é a análise crítica da circunstância, mas, sim, a produção de decisões coletivas. Ora, não há que se falar em igualdade material se os juízes passarem a resolver os conflitos de maneira simples, com a aplicação de precedentes ou a incidência e subsunção ao caso concreto da lei ou do ato normativo.

É certo que a lei e o próprio precedente judicial vinculante não conseguem, por si próprios, prever todas as situações hipotéticas que podem se enquadrar, todavia, caberá sempre aos julgadores a melhor decisão em cada caso concreto.

Além da observância ao princípio da legalidade, o IRDR também poderá ser proposto quando houver risco à segurança jurídica, que é princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico brasileiro, extraído a partir da leitura do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que prevê que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Entretanto, acredita-se que há uma verdadeira insegurança jurídica no que tange à adoção dos precedentes vinculantes, dada a abrupta mudança da orientação jurisprudencial. Tal posicionamento se justifica principalmente porque os litigantes processuais devem consultar a jurisprudência antes da prática dos atos, para que este seja classificado como perfeito.

Para Donizetti (2016, p. 1302), as Cortes de Justiça, por seu turno, ao julgarem a validade de um ato jurídico, por exemplo, deverão verificar a jurisprudência imperante à época. Afinal, *tempus regit actum*, o que significa dizer que, em casos em que o precedente firmado pela tese jurídica não se amolda a um caso em concreto, este não pode ser atingido, mas, sim, analisado individualmente.

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO SISTEMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Como já ventilado nos tópicos acima, não existem doutrinas e artigos acadêmicos que versem sobre o Processo Civil de Exclusão, dado o curto espaço de tempo decorrido desde a promulgação da lei.

Contudo, é imperioso registrar que, durante a pesquisa, foram observadas correntes divergentes sobre os precedentes judiciais, técnica processual puramente

¹ Fordismo é um sistema de produção, criado pelo empresário norte-americano Henry Ford, cuja principal característica é a fabricação em massa de carros.

costumeira (*Common Law*) e hoje consagrada na sistemática processual brasileira, pela promulgação do novo Código de Processo Civil.

Diante de tal realidade, buscam-se nas esparsas teses e dissertações publicadas *on line* vozes que coadunam com o entendimento dos pesquisadores, ora autores, de que a sistemática dos precedentes judiciais, no caso do Brasil, apresenta-se como engessamento das decisões judiciais, quando obrigam os operadores do Direito e os magistrados à observância de julgamento prévio no tribunal sobre o direito discutido em casos semelhantes.

De tal feita que, pela suposta celeridade processual e efetividade, a decisão certa está no precedente, em detrimento dos princípios constitucionais mais relevantes e respeito às garantias fundamentais da pessoa humana.

Assim sendo, os precedentes no nosso sistema são meros instrumentos de aceleração de julgamento, vedação de acesso às Instâncias Superiores, e, pior ainda, configuram formas de supressão do direito de ação do jurisdicionado quando restringem, de maneira reiterada, as garantias processuais mais comuns, como o contraditório e a motivação das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Por meio da criação do Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas, observa-se que, ao entender a sua decisão como precedente judicial, trazido do sistema *common law* para o sistema jurídico brasileiro, visou à diminuição de demandas repetitivas, eis que fixada a tese jurídica, acaba por exigir dos Magistrados, ao menos vinculados ao tribunal que criou a tese, a aplicação do mesmo entendimento para as demandas que demonstrem ter o inconformismo baseado no mesmo objeto, seja de direito material ou processual.

Ainda, foi possível concluir que, levada a tese jurídica fixada em IRDR à apreciação das Cortes Superiores, pela interposição dos recursos especiais e extraordinários, tal tese teria sua eficácia vinculativa, antes considerada regional, ampliada para eficácia vinculativa nacional, na qual todos os tribunais, estaduais ou regionais, devem observância à nova interpretação dada a norma, como ocorria e ocorre quando temos recursos repetitivos ou criação das súmulas vinculantes.

Entretanto, acredita-se que, mesmo que o IRDR tenha sido um instituto criado para dar maior celeridade processual e evitar demandas numerosas com o mesmo objeto, eis que o novo procedimento judicial não verifica direito subjetivo das partes, mas, sim, o direito objetivo (material ou processual), além de evitar riscos aos princípios da igualdade e da segurança jurídica. Acabou-se, em contrapartida, engessando a atuação jurisdicional dos Magistrados, que não terão, na análise do caso concreto, uma ampla atuação, eis que devem obediência ao precedente já formado.

Não obstante, devemos considerar que, mesmo que se entenda que a decisão do IRDR seria um precedente, é sabido que, ao longo dos anos e com o evoluir diário da sociedade, este poderá restar antiquado, o que admite a realização de sua revisão, diferentemente do que ocorre e é admitido no sistema *common law*.

Sendo assim, acredita-se e chega-se à conclusão de que, mesmo que o legislador tenha inserido em nosso sistema algumas técnicas do *common law*, esta não será absoluta, devido às nossas normas codificadas e nossa preocupação em observar princípios, eis que não mais atuamos em busca da aplicação plena do positivismo, mas colocamos à frente de todo conflito a utilização e aplicação da norma em conjunto com o respeito ao princípio da dignidade humana, preocupando-se em proporcionar um resultado processual justo, adequado, em que as partes atuem em paridade de armas e tenham, ao final, a segurança jurídica de um direito efetivado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme como elemento estruturante do sistema jurídico brasileiro*. 2014. 371 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6364/1/Claudia%20Aparecida%20Cimardi.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

DIDIER JR, F.; OLIVEIRA, R.; BRAGA, P. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2015.

GRILLO, Marcela Fontenelle. *A aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling. Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/1119672-marcela-fontenelle-grillo/publicações>>.

HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro: a necessidade da busca pela resposta correta*. 2015. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador/BA: Juspodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 1. ed. em e-book baseado na 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NOGUEIRA, André. A teoria do direito como Integridade e a falácia sistêmica do CPC. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org.). *Garantias fundamentais do processo civil brasileiro: dominação ou efetividade?* Paraná: Redige Produção Editorial, 2016.

NUNES, D.; BAHIA, A. M. F. Precedentes do CPC-15: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo Código de Processo Civil. *RIL*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. p. 63. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf>.

PERETTI, F. V.; RODRIGUES, D. G. O. C. Histórico do *amicus curiae* no direito estrangeiro. Encontro de Iniciação Científica – EIC 2015, *Revista Intertemas*, Presidente Prudente/SP. Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/download/4984/4874>. Acesso em: 21 jul. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias.

TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Migalhas de Peso, março 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pre-supostos>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

Data de recebimento: 12/03/2018

Data de aprovação: 19/06/2018