XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-132-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

EXEGETISMO JURISPRUDENCIAL: A PROIBIÇÃO DE INTERPRETAR NAS SÚMULAS VINCULANTES E NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) DO NOVO CPC.

JURISPRUDENTIAL EXEGETISM: THE INTERPRETATION PROHIBITION IN THE BINDING PRECEDENTS AND IN THE RESOLUTION INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS (IRDR) OF THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

Felipe Rodrigues Xavier
Lucas Jonas Fernandes

Resumo

O artigo pretende a análise crítica e confrontação de dois institutos peculiares de nosso ordenamento processual, quais sejam as Súmulas Vinculantes, instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/04, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inovação do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/15). Buscando ambos os institutos, como de resto a maioria de nossas últimas reformas processuais, a fomentação da segurança jurídica bem como a diminuição da quantidade e duração dos processos em andamento no Judiciário através da vinculação jurisprudencial das decisões das Cortes Superiores, torna-se mister a análise da adequabilidade de tais institutos ao sistema judicial brasileiro e à Constituição Federal, igualmente os possíveis riscos que estes possam trazer à jurisprudência nacional, como o engessamento e a vinculação geral a partir de decisão em lide única.

Palavras-chave: Direito jurisprudencial, Exegetismo jurisprudencial, Súmulas vinculantes, Incidente de resolução de demandas repetitivas

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims the critical analysis and confrontation of two peculiar institutions of our procedural law, namely the binding precedents, established by Constitutional Amendment No. 45/04, and the Resolution Incident of Repetitive Demands, innovation from the new Brazilian Code of Civil Procedure (Law 13.105/15). Seeking both institutes, as indeed most of our recent procedural reforms, fostering legal certainty and reducing the amount and duration of the processes underway in the judiciary through the judicial binding of the High Courts decisions, it is necessary the analysis of the suitability of such institutes to the Brazilian judiciary system and to the Federal Constitution, also the possible risks that they can bring to national jurisprudence, such as immobilization and the overall binding from decision taken in a single deal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisprudential law, Jurisprudential exegetism, Binding precedents, Resolution incident of repetitive demands

Introdução

As últimas reformas processuais brasileiras, notadamente a Emenda Constitucional nº 45/04 e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC), apostam cada vez mais na vinculação da jurisprudência das Cortes Superiores (principalmente o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ) como forma de unificar a jurisprudência nacional, isto para que sejam solucionados, ou ao menos drasticamente diminuídos, os principais problemas do sistema judiciário brasileiro, quais sejam o risco da insegurança jurídica (também prosaicamente chamado de *justiça lotérica*, ou o risco de decisões divergentes, até mesmo contrárias, para casos semelhantes) e a enorme quantidade de processos posto à carga do Judiciário, problema este agravado pela multiplicação de recursos cabíveis, a duração temporal de tais processos (o que aumenta os custos humanos, técnicos e financeiros do processo) e a resolução de conflitos de massa, muitos dos quais, em nome da efetividade, celeridade e logicidade processuais, seriam melhores geridos e resolvidos pelo Judiciário em apenas uma demanda e não com centenas e centenas de lides atomizadas (o que, por sua vez, exemplificando o caráter cíclico destas problemáticas, poderia resultar em insegurança jurídica e mais multiplicação de processos).

Esta *vinculação jurisprudencial* encontra sua forma mais definida em dois institutos peculiares a nosso ordenamento processual-constitucional, de modo que não há parentesco próximo no direito alienígena: as súmulas vinculantes, instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/04, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) constante do novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC, Lei 13.105/15) e apto a viger a partir de 2016. Observe-se que os dois institutos vêm no bojo de modificações legislativas importantes quanto ao processo brasileiro, tanto é assim que a referida Emenda recebe o nome de "Reforma de Judiciário" e o NCPC, é despiciendo dizer, reformula (ou pretende reformular) todo o processo civil brasileiro.

Dada à magnitude das transformações propostas por estes institutos, deve-se inquirir sobre sua adequabilidade ao sistema judicial brasileiro, o que engloba, além das construções típicas de *civil law* a qual o direito pátrio filialmente pertence, a própria condição da jurisprudência como fonte de direito, suas relações para com as outras fontes (principalmente a lei) e o modo como ela se constroi, o modo como se criam e se seguem precedentes judiciais.

No mais, e como não poderia deixar de ser na atual quadra histórica, a adequação constitucional[1] destes institutos ao Estado Democrático de Direito.

Isto pois as súmulas vinculantes e o incidente de resolução de demandas repetitivas apostam, em último grau, em assegurar alto poder discricionário ao Judiciário (ao STF no primeiro caso, e aos tribunais - o que exclui os juízes de primeiro grau -, no segundo) combinado à vinculação por meio de lei de suas decisões. A uniformização jurisprudencial dá-se, portanto, *de baixo para cima* em dois graus: primeiramente, a força vinculatória da jurisprudência das Cortes Superiores advém unicamente de determinação normativa-legislativa, ou seja, lei expressa; em segundo lugar, esta jurisprudência vincula definitivamente todos os graus inferiores de jurisdição.

Desta constatação surgem duas problemáticas e o nervo central do artigo.

As constatações são as de que as súmulas vinculantes bem como o incidente de resolução de demandas repetitivas, ao dotarem as decisões judiciais com força normativa comparável a da lei, assumem para o Judiciário um poder de legislar abstratamente (em maior ou menor grau) a partir de decisão concreta de lide e isto através (e esta é a segunda constatação), da objetivação de teses de determinado caso concreto para todos os demais que se afigurem semelhantes, *sem se atentar para a diferenciação fática que possa haver entre os casos*, isto pois, como é o caso do incidente, separa-se questões de fato e questões de direito, onde as primeiras são descartadas.

Portanto, o nervo central do artigo passa a ser a análise e crítica destes institutos em vistas à Constituição e a nosso sistema judicial com o acréscimo da questão hermenêutica. Com a uniformização da jurisprudência há o risco de engessamento da mesma, pois quando as súmulas vinculantes e o incidente de resolução de demandas repetitivas assumem conjuntamente uma porção maior ou menor de abstração e generalidade antes próprias da lei e adquirem vinculação forçada estes institutos estão em vias de tornar-se proibidos de interpretação, porque esta já fora realizada pelas Cortes Superiores e apenas por elas modificável[2].

---

[1] Embora, é claro, as súmulas vinculantes estejam no *corpus* constitucional e, portanto, sejam ao menos formalmente constitucionais, a questão sobre sua constitucionalidade material é bastante polêmica. Trata-se de uma das questões a serem abordadas no espaço próprio destinado a elas.

2 A Min. Ellen Gracie, por ocasião da aprovação da Súmula Vinculante nº 14, declarou-se favorável pela impossibilidade de interpretação da mesma. Infere-se que para a ex-Ministra do Supremo, uma Súmula Vinculante seria o mais perfeita possível quanto mais fosse impossível de interpretar, ou seja, "clara [...] para ser aplicada sem maior tergiversação. Leia-se, in verbis: "Por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou na tarde desta segunda-feira (2) súmula vinculante que garante a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo. O texto a 14ª Súmula

Neste cenário de poucas possibilidades de revisionamento da mesma questão jurídica e visto que o NCPC amplia a vinculação jurisprudencial já em parte dispostas nos arts. 543-B e 543-C do atual código, uma das poucas possibilidades de modificação do entendimento jurisprudencial seria a *lei*. Isto demonstra a especialidade do sistema judicial a estar se desenhando em nosso país na atualidade: não mais a jurisprudência que atualizará a lei, mas a lei que atualizará a jurisprudência.

Sendo, portanto, o objetivo principal do artigo a adequabilidade das súmulas vinculantes e do incidente de resolução de demandas repetitivas para com o sistema judicial brasileiro e a Constituição Federal, bem como a análise do possível risco de puro exegetismo que oferece, ou seja a proibição de interpretar, e sendo objetivos específicos o estudo e análise destes institutos, o traçado de um panorama geral sobre as principais tendências teórico-legislativas que vêm fomentando o processo constitucional brasileiro e também as tentativas experimentadas como solução para os principais problemas judiciais do país, o artigo, dividido em dois grandes eixos temáticos referentes aos institutos em questão e que contêm a crítica concernente, utiliza-se dos métodos dedutivo, o monográfico (análise dos sobreditos institutos) e o método histórico (a posição das súmulas vinculantes e do incidente de resolução de demandas repetitivas frente à Constituição: o enfrentamento dos atuais problemas de insegurança jurídica e multiplicação de processos e sua capacidade para colmatá-los constitucionalmente).

1. As Súmulas Vinculantes

1.1. Breves traços a respeito das Súmulas Vinculantes

Vinculante diz o seguinte: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". A questão foi levada ao Plenário a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por meio de processo chamado Proposta de Súmula Vinculante (PSV), instituído no STF no ano passado. Essa foi a primeira PSV julgada pela Corte. Dos 11 ministros, somente Joaquim Barbosa e Ellen Gracie foram contra a edição da súmula. Para os dois, a matéria não deve ser tratada em súmula vinculante. A maioria dos ministros, no entanto, afirmou que o verbete trata de tema relativo a direitos fundamentais, analisado diversas vezes pelo Plenário. Eles lembraram que a Corte tem jurisprudência assentada no sentido de permitir que os advogados tenham acesso aos autos de processos. "A súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais", afirmou Celso de Mello. [...] Ellen Gracie concordou com o entendimento dos demais ministros quanto ao direito dos advogados de ter acesso aos autos dos processos, mas afirmou que uma súmula sobre o tema dependeria da interpretação de autoridades policiais. "A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação." [...]". PLENÁRIO edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasília, 02.02.09. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal.cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>. Acesso em: 12.08.15. Grifo nosso.

Destarte, a homérica confusão hermenêutica ocasionada com o advento da Emenda Constitucional 45/2004 tem princípio na incapacidade de boa parcela da doutrina e jurisprudência em diferenciar texto normativo de norma legal, de modo que uma Súmula Vinculante somente poderia ser considerada com eficácia de lei sob a condição de ser interpretada extensivamente segundo cada caso concreto em que será aplicada. Desta forma, não há aplicação imediata como pretendem os entusiastas das súmulas: trata-se de mero furo na cadeia lógico-hermenêutica, capaz de gerar disparidades abismais em processos basicamente similares. Assim, não há enunciado que seja claro o suficiente para dispensar qualquer interpretação. Isto é, aplicar uma súmula de maneira mecânica consiste em uma falha processual gravíssima e no total descaso com o ideal de Justiça.

Antes, todavia, de adentrarmos profundamente na crítica, cabe a nós estabelecer um conceito definido e compreensível de súmula vinculante, de acordo com o qual iremos nos pautar durante o restante da pesquisa. Segundo Nelson Nery Júnior súmula consiste em um "conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência dominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados."[3] Já a súmula dita vinculante é aquela, de acordo com o Senado, que possui força de lei, devendo ser seguida por todos os tribunais.[4]

Em suma,

> "é um mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada. Com a decisão do STF, a súmula vinculante adquire força de lei e cria um vínculo jurídico, não podendo mais, portanto, ser contrariada."[5]

A súmula vinculante, por conseguinte, espera englobar em si a solução para todos os casos que apresentem um grau de semelhança seguro com o caso original. Ou melhor, não há espelhamento no caso original, uma vez que a própria súmula torna-se equiparada à lei possuindo em seu próprio núcleo a interpretação que deverá ser realizada caso esteja o juiz seguro de se tratar de caso em que deverá incidir tal regra sumular.

Entretanto, tal pretensão é utópica e pueril, remontando à época em que os legisladores enfrentavam a problemática de como sintetizar todas as relações humanas possíveis em um ordenamento jurídico hermético. Provou-se, bem se sabe, esforço inútil. Ronald Dworkin, neste diapasão, considera a tentativa de se encontrar um procedimento apriorístico, kantiano, que nos

---

[3] JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109

[4]Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/sumula-vinculante>. Acesso em 14/08/2015

[5] Idem.

possibilite encontrar uma decisão adequada para casos constitucionais uma tentativa vã, já que "não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes".[6]

A norma será diferente ainda que o texto normativo seja o mesmo, para cada caso concreto, de acordo com a interpretação realizada na solução daquela determinada lide. E quando dizemos norma nos referimos ao sentido do ser do ente (texto).[7] Deste modo, verifica-se a defasagem do pensamento jurídico nacional em relação as novas correntes jusfilosóficas, ignorando a realização do direito em cada caso concreto "e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas".[8]

Portanto, aqueles que hasteiam a bandeira do tratamento isonômico garantido a casos idênticos através das súmulas vinculantes se esquecem que, nos dizeres de Castanheira Neves:

> "o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo".[9]

O imaginário jurídico brasileiro flerta com a crença ilusória de que a promulgação da Emenda Constitucional 45 representaria, sobretudo no que tange as súmulas vinculante, uma aproximação entre o *civil law* e o *common law*, a saber: uma "commonlização" do direito de tradição romana. A respeito, em entrevista concedida ao portal virtual Conjur, Nelson Nery Júnior afirma que a ideia de um avanço do direito brasileiro rumo ao *common law* "é um mito. O Common Law trabalha com precedentes. A gente não tem essa fórmula aqui no Brasil. Um precedente só será encarado como tal no futuro."[10]

Isto é, em suma, quem determina se há precedente é o magistrado de um momento futuro, diante de um caso concreto, não o juiz que expede a súmula em um momento presente. Negligenciar estes fatos e acreditar cegamente em uma invasão do *common law* na esfera do *civil law* é ir em direção contrária a toda tradição jurídica exposta por Patrick Glenn em sua obra *Legal Traditions of the World*.

Neste estudo Glenn explica que a tradição jurídica humana

> "consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente

---

[6] DWORKIN, Ronald apud STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 52.
[7] Ibidem, p. 53.
[8] Ibidem, p. 54 et seq.
[9] NEVES, Castanheira apud STRECK; ABBOUD, op. cit., p. 68 et seq.
[10] Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nery-junior-professor-advogado-parecerista. Acesso em 27/01/2015.

> condicionados, a respeito da natureza do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural".[11]

Para uma maior compreensão do problema, por conseguinte, cabe-nos analisar brevemente a tradição jurídicas dos institutos do *common law* e do *civil law*, de modo a desmistificar a ideia de que as Súmulas Vinculantes trariam como consequência a "commonlização" do direito brasileiro.

1.2. *Common law* e *civil law*

Precipuamente, cabe-nos delimitar o objeto de estudo, a fim de se evitar obscuridades teóricas que prejudiquem a compreensão do problema. Trataremos, pois, de estabelecer uma breve exposição das distinções entre o direito francês e alemão (civil law), do direito inglês e norte-americano (common law). Desde o século XIV, após o fortalecimento do Parlamento parisiense bem como do tribunal inglês de Londres, França e Inglaterra adotaram formas de se fazer e compreender o direito distintas.

O direito francês adotou o procedimento escrito. Já o direito inglês adotou a tradição oral.

> "A solução dos casos era destinada aos juízes profissionais no caso do civil law; já o inglês, em juristas e justiças de paz leigos. O processo inglês fundamentava-se na acusação e negação pelas partes oponentes, com a solução da controvérsia sendo competência do júri. O francês, por sua vez, lançava mão do interrogatório judicial das partes e das testemunhas sob juramento. No que se refere ao direito material, o direito francês é mais sistemático, romanizado e codificado que o inglês, mais particularista, prático e orientado para resolução dos casos. Por consequência, o direito francês incluía os conceitos de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito público".[12]

Importante distinção existe, entre os países das duas tradições jurídicas, na posição do Parlamento e do Judiciário em relação à realização do direito. Influenciado pelo princípio da independência dos juízes, que se fortaleceu seu bojo, e pela era dourada do direito dos juízes[13], no qual se entendia que a criação do direito deveria ser efetuada pelo Judiciário, de sorte que as

---

[11] GLENN, Patrick apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 28.
[12] STRECK; ABBOUD op. cit., p. 28.
[13] Ibidem, p. 30.

regras advindas do *common law* garantiriam sua superioridade frente à lei do Parlamento, relegando um lugar secundário na elaboração do direito para este.[14]

O *civil law*, diferentemente, possui seu berço no direito canônico romano e no direito medieval alemão, nestas fontes adquirindo suas formas de elaboração legislativa, garantindo ao Legislativo destaque neste procedimento. Assim, a lei emanada por processo legislativo possui posição precípua em relação a todas as demais fontes do direito.

Por conseguinte, não há de se considerar que as Súmulas Vinculantes, decisões judiciais que tomam caráter de lei, trarão consigo uma commonlização do direito brasileiro, já que inúmeras diferenças entre a natureza, o conteúdo e o modo de raciocinar conceitos, como, por exemplo o de propriedade, bem como discrepâncias no procedimento e no entendimento do que é direito impossibilitam uma aproximação "forçada" entre as duas grandes tradições jurídicas humanas.

O principal argumento utilizado por quem defende esta tese da aproximação entre as duas tradições ocasionada pelas Súmulas Vinculantes é o de que o efeito vinculante seria um equivalente ao *binding power of judicial precedent*, bem como a súmula ao *stare decisis et non quieta movere*, ou apenas *Stare Decisis*, ambos institutos norte-americanos, de maneira que as Súmulas Vinculantes representariam a introdução do sistema do *precedent* no direito brasileiro.[15]

Estes, contudo, não se confundem. Os precedentes são formados, no contexto do *common law*, com o fito de resolução de casos concretos, eventualmente podendo influenciar decisões futuras. As Súmulas Vinculantes, no entanto, constituem-se em enunciados abstratos, generalizados, com pretensão e até mesmo linguagem legislativa, editados objetivando a solução de casos vindouros. Não há, pois, qualquer relação com o precedente.

O que há é uma pretensão metafísica dos juristas que buscam aprisionar os fatos, de antemão, em conceitos. Pretensão esta antiga e, diga-se de passagem, platônica. Ademais, esta

> "pretensão deixa raízes no século XIX, no positivismo exegético e na sua versão germânica: o pandectismo. No fundo, portanto, quando se faz uma súmula ou uma 'ementa', busca-se sequestrar todas as possíveis contingências que venham a irritar 'o sistema". Quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico. E por que é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação."[16]

[14] CAENEGEM apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 31.
[15] Ibidem, p. 33.
[16] Ibidem, 34.

Há o risco, ainda, da confusão entre *stare decision* e precedente judicial. O primeiro consiste em "mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais"[17]. O traço fundamental na doutrina do *stare decision* é a sistematização das decisões, que distinguiu a elaboração (*holding*) do caso em si, que viria a ser o procedente e teria efeito vinculante, do *dictum*, isto é, da argumentação utilizada pela corte, que não possuía efeito vinculante.

Já a doutrina do precedente se fomentou no período final do século XVII, tendo como fulcro o método filosófico experimental de Robert Boyle, que, combatendo as ideias de Hobbes, veio a influenciar a filosofia do jurista Matthew Hale, "para a qual a validade dos princípios legais, tais como os princípios das ciências naturais, depende da repetição e da verificação e validade dos membros da comunidade."[18] Isto é, de um precedente.

A teoria dos precedentes coloca as decisões judiciais como fonte imediata do Direito, vinculando as cortes em casos análogos. Papel vital dos magistrados, por conseguinte, é a determinação de quais são as razões jurídicas essenciais para o deslinde das causas passadas.

Ou seja, em relação à doutrina dos precedentes, as decisões se constituem como a prova da existência de regras e princípios e, consequentemente, de sua recepção pelo judiciário. O juiz, portanto, é obrigado a des-velar (para lembrar Heidegger) o direito na análise de cada caso e, destarte, declará-lo.

Portanto, estabelecemos as principais discrepâncias existentes entre os sistemas do *common law* e do *civil law* e traçamos um breve perfil conceitual diferenciando o precedente, que é mais antigo e menos específico quanto ao *ratio decidendi*, do *stare decisis*, que apresenta maior grau de complexidade na separação entre *holding* e *dictum*.

2.2 As Súmulas Vinculantes e o *stare decisis*: semelhantes?

Atingimos, pois, o ponto fulcral da primeira parte deste artigo. De agora em diante analisaremos se as súmulas com efeito vinculante emitidas pelo Supremo Tribunal Federal possuem a mesma natureza jurídica e as mesmas características fundamentais que a *stare decisis*, isto é, a doutrina que divide as decisões em uma parte argumentativo-jurídica fundamental sem a qual o caso não pode ser resolvido, denominada *holding* (com efeito vinculante), e outra parte prescindível para o caso, possivelmente com sutis traços de argumentação jurídica, chamada *dictum* (sem efeito vinculante).

[17] Ibidem, 40.
[18] Ibidem, 41.

Como já dito: não há clareza suficiente para dispensar qualquer tipo de interpretação. E dizemos isto com base em Heidegger e em Wittgenstein II, pois a norma não possui encerrada em si mesma – entificada -seu próprio significado, de modo que este tenha que ser descoberto pelo juiz. O que há, na atividade jurídica, é a *produção/atribuição* de sentido à norma diante de determinada problematização. Mas este sentido está adstrito à toda tradição histórico-social do direito.

Esta é uma consideração inicial que contém pesadas críticas às Súmulas Vinculantes, sobretudo no que concerne à automatização da produção do direito, com a solução de milhares de casos análogos por subsunção e sem a devida análise da situação concreta. Temos, por conseguinte, uma mecanização do direito com fito à celeridade em detrimento da interpretação hermenêutica.

Mas, a despeito do utilitarismo, as Súmulas Vinculantes assemelham-se ao precedente judicial, ao *stare decisis* e nos aproximam irremediavelmente em direção a um "meio termo entre *common law* e *civil law*"? Acreditamos que não.

Tal pretensão ignora todo o fundo histórico, toda tradição-jurídica e toda formação de conceitos e compreensão de fazer direito de ambas as correntes. De fato, trocas e aprendizados, incorporação de institutos e adaptação de ideias são fatores comuns entre os dois sistemas, uma vez que não estão isolados, mas contidos no *Dasein*, sendo que estas trocas não são capazes de fomentar uma mediação aristotélica entre o *common law* e o *civil law* capaz de fundir suas características fundamentais.

As súmulas, em realidade, são uma espécie de criação de enunciados normativos, realizada pelo Supremo Tribunal Federal sem o devido processo no Legislativo. Contudo, as súmulas, assim como o texto puro da legislação, não contêm a norma, como já inferido anteriormente, mas, como prescrição legal, deverão ser interpretadas ocasionando a possibilidade do surgimento de novas normas através da análise dos casos concretos. "O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída) ".[19]

Ou seja, há uma definição *a priori* por parte do STF do limite do sentido do texto, impondo inclusive qual seria o sentido deste limite, engessando o viés hermenêutico-interpretativo de se realizar o direito, com consequente mecanização do direito e uniformização depreciativa da Justiça, que não valoriza a isonomia, mas dificulta o acesso à justiça.

Assim,

[19] Ibidem, 60.

> "na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização da súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigiam exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, porque agora eles são 'fáceis', bastando, então, a subsunção"[20]

No entanto, devemos analisar a súmula sob o caleidoscópio hermenêutico, considerando-a enquanto texto, que, contudo, encerra em sua própria "pré-compreensão" o fato de ser um produto advindo de outros textos e, por este motivo, possuir a força decisiva para resolver não somente um caso em análise, mas todos os casos análogos futuros. Para que, portanto, uma súmula vinculante possa ser utilizada sem representar uma ameaça à constitucionalidade é necessário que os Tribunais a interpretem de modo hermenêutico, com atenção à tradição histórico-jurídica para a resolução do caso. Fugir da interpretação não trará benefícios para o Brasil e a pretensa redução de processos e celeridade custar-nos-ão caro.

O precedente judicial do *common law* não possui tal pretensão, sendo uma construção histórica cuja força encontra-se essencialmente em sua tradição, assim como o *stare decisis*. Todo o procedimento encontra-se incutido na consciência destas comunidades, de modo que sua evolução se realizou de modo natural e peculiar, sendo sobretudo inócua (para não dizer temerosa) a tentativa de reproduzir idênticas características de tal sistema em um país de tradição romano-germânica como o Brasil.

A súmula vinculante, diferentemente, não é vinculada ao caso histórico que a originou, transformando-se em um enunciado genérico e abstrato, de sorte que os fundamentos ocasionadores de sua elaboração não são levados em conta no momento da aplicação, como já afirmado, por subsunção, de modo que se frustra a continuidade histórico-jurídica esperada em um país que adota o *stare decisis*, ou até mesmo o *civil law*.

A súmula assemelha-se mais, de fato, com o denominado assento português, uma vez que ambos se desvinculam dos casos responsáveis por sua origem, transmutando-se em lei. No caso brasileiro, por tempo indeterminado e com abrangência e sentido pré-determinados pelo STF.

[20] Ibidem, 61.

No entanto, de acordo com Dworkin, a força gravitacional do precedente não é capaz de ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente reside em sua força de promulgação, isto é, enquanto peça legislativa.[21]

Para Dworkin, o *precedent gravitational force* não pode ser explicado através de uma referência à linguagem de julgamento. Mas ela reside na ideia de que a justiça exige uma constante aplicação dos direitos. O jusfilósofo resume este contínuo fazer-se do direito através da interpretação na máxima aristotélica: "treating like cases alike". Isto é, o dever hermenêutico do magistrado para com a resolução dos casos concretos consiste na interpretação específica da norma para cada caso, sempre dentro dos limites da Constituição.

> "Assim, o precedente constitui-se como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução por precedente, e, sim, de coisa julgada. Isto é, os precedentes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores. O regime de precedentes representa o direito observando a si próprio"[22]

Por conseguinte, os precedentes possuem características mui mais nobres para o sistema do *common law*, que as súmulas vinculantes possuem ou virão a possuir. Os precedentes no *stare decisis*

> "são por um lado, invocados como *starting points* do *legal reasoning* isto é, como *topoi* no sentido da casuística retórica, e impõem-se, por outro lado, como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da *ratio iuris* – são, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta"[23]

Ou seja, há a existência do precedente no sistema do *common law* porque é impossível examinar minuciosamente a *ratio decidendi* sem que esta seja confrontada com o precedente judicial que se refere ao caso concreto a ser decidido.

No sistema brasileiro, em síntese, a súmula vinculante, assim como o assento português, estará representada através de um "enunciado canônico" com força de lei. Por sua vez no *stare decisis* são comuns ocasiões nas quais há discussões e controvérsias a respeito de quais seriam exatamente as partes das decisões que poderão ser consideradas como precedentes, adquirindo força normativa vinculativa, e aquelas que são mero *dictum*. Deste modo, o *stare decisis* exige

[21] DWORKIN, Ronald apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 69.
[22] Ibidem, 69.
[23] NEVES, Castanheira apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 69-70.

um intenso contraditório e uma adequada fundamentação para que o precedente tenha sua aplicação garantida.

Neste diapasão, vale lembrar que o precedente teve surgimento como "uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e, num segundo momento, sua *ratio essendi* passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais."[24]

Assim, as principais funções do precedente seriam:

> "1) o precedente configura-se como a principal modalidade argumentativa na perspectiva constitucional; 2) é o principal preceito jurídico que possibilita a solução das controvérsias jurídicas pelas cortes; 3) o precedente funciona como efeito vinculante persuasivo que possibilita a aplicação isonômica e coerente do direito; 4) o precedente judicial tem como função a facilitação do diálogo nacional/ constitucional sobre o significado da e alcance da própria Constituição Federal; 5) o precedente forma e confere clareza para a estrutura constitucional, vale dizer, o precedente torna claras as regras do jogo que os litigantes precisam saber para se prevenir acerca das decisões de índole constitucional; 6) o precedente possui função primordial para a formação histórica da nação e da sociedade; 7) o precedente é visto como a forma de o Judiciário educar a população a respeito do que é e do que significa a Constituição; 8) além da formação histórica, a cadeia de precedentes funciona como instrumento para a formação da própria identidade nacional; 9) por fim, deve-se destacar a função dos precedentes como mecanismos para a assegurar a implementação e concretização dos valores constitucionais."[25]

Ou seja, frisando o supracitado, o *stare decisis* é fruto de um devir histórico-jurídico sendo uma tradição dos países do *common law*. Não houve imposição constitucional ou legislativa deste modelo nestes países, mas uma natural evolução de seus institutos arcaicos através de um processo peculiar, basicamente voltado ao costume e à oralidade. Está, por conseguinte, contido na consciência comum destes povos. Neste contexto, a fidelidade ao precedente é, segundo Laurence Tribe, parte fundamental da concepção em que se assenta o Judiciário, qual seja: fonte impessoal, imparcial e racional de julgamentos. Para tanto, a Corte Suprema atua de maneira contra majoritária, protegendo os direitos individuais fundamentais, atuação esta que Georges Abboud aponta como imprescindível de ser aplicada no que concerne ao STF. "Assim, a Corte Suprema é a principal instituição contramajoritária encarregada de proteger os direitos individuais de excessos da democracia".[26]

Não pudemos observar, no entanto, quaisquer destas funções emanando da súmula vinculante, sendo esta meramente uma lei promulgada pelo judiciário "de acordo com sua consciência". De fato, a função mais evidente das súmulas vinculantes é descongestionar o

---

[24] Ibidem, 75.
[25] GERHARDT, Michael J. apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 76
[26] TRIBE, Laurance apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 77.

Judiciário de processos repetidos e garantir a uniformidade das decisões (fato este que é impossível como já afirmou Dworkin).

Contra as súmulas, ainda, milita o fato de que estas podem ser revogadas, diferentemente, por exemplo, das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, que, devido à estabilidade da coisa julgada, não podem ser alteradas ou revogadas.

Esta característica vem novamente reforçar o caráter de lei das súmulas vinculantes que podem ser revogadas ou revisadas mediante ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, §2º, da CF) ou pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício (art. 5º da Lei 11.417/2006). Isto quer dizer que a súmula vinculante não pode ser vista como um mero ato jurisdicional relacionado com a imutabilidade da coisa julgada, mas como uma ferramenta jurídica com poder de lei e, portanto, revogabilidade, de modo que a natureza legislativa é por deveras evidente para ser negada, tornando inócuo o argumento daqueles que defendem a similitude entre precedente e súmula vinculante.

Assim sendo, "*o 'precedente' não cabe na súmula*". Isto quer dizer que é "impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*)"[27]. No entanto, tal prática, como visto anteriormente, no que se refere à confusão recorrente entre texto e norma, é costumeira no Brasil e causa uma diminuição da participação da doutrina na realização da interpretação jurídica.

Do ponto de vista hermenêutico, portanto, caso queiramos atribuir algum valor realmente positivo ao uso das súmulas vinculantes, devemos nos atentar para que o poder vinculante destas súmulas seja diretamente proporcional ao poder de suas fundamentações e *ratio decidendi* em um sistema orientado por uma "*justeza hermenêuticas tributária da razão prática*, num *continuum* de procedência atestado mediante pautas de equanimidade".[28]

Outra questão importante neste contexto é a relativa à atribuição de efeito vinculante aos motivos da decisão, fato normalmente defendido por aqueles que confundem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O efeito vinculante, como preceitua o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, vincula os particulares, o que não ocorre com o efeito *erga omnes*.[29]

De fato, quando da sistematização dos efeitos do denominado controle de constitucionalidade, importante distinção foi realizada entre a eficácia *erga omnes* e o efeito

[27] STRECK; ABBOUD op. cit., p. 84
[28] Ibidem, p. 85.
[29] Ibidem, p. 100.

vinculante, qual seja: apenas o efeito vinculante pertence exclusivamente ao controle abstrato de constitucionalidade, de sorte que os particulares são vinculados. No direito alemão, no qual a atribuição de efeito vinculante também passa pelo crivo do controle abstrato de constitucionalidade, esta se dá por meio de legislação.

No direito alemão, outrossim, "a vinculação aos motivos determinantes não alcança os particulares nem o próprio Tribunal Constitucional, e o efeito vinculante em relação à *ratio decidendi*, mesmo na Alemanha, tem sofrido severas críticas".[30]

Além disto, Nelson Nery Júnior ensina que "o *efeito vinculante* das decisões do STF, somente tem sentido se e quando tratar-se de decisão firme, isto é, com força de coisa julgada". Isto pois a

> "dissociação que parte da doutrina e da jurisprudência pretendem fazer, entre eficácia *erga omnes* da coisa julgada, a coisa julgada mesma e o efeito vinculante, por óbvio não tem o alcance pretendido pelos defensores dessa tese: o que não transitou em julgado, em suma, não tem aptidão para nada vincular."[31]

Em relação ao efeito vinculante, ainda, a coisa julgada com efeito *erga omnes* realizaria o mesmo escopo, qual seja, garantir estabilidade às motivações das decisões dos tribunais superiores, advindas da interpretação da lei, de maneira mais eficiente e com menores riscos à hermenêutica jurídica.

Isto tudo quer dizer, em síntese, que a súmula vinculante constitui um instituto *sui generis*, cuja compreensão e aplicação errôneas podem trazer graves prejuízos para a integridade da Justiça, e que, portanto, atribuir efeito vinculante à motivação das decisões do Supremo Tribunal Federal constitui apenas uma oportunidade de piorar a situação. Não somente a pretensa unidade e isonomia das decisões mostrar-se-ia frustrada, como a arbitrariedade proveniente do princípio da livre consciência e chancelada pelo novo Código de Processo Civil não será propriamente combatida. A súmula, pois, traz consigo duas distintas ameaças ao Judiciário: o engessamento e a mecanização das decisões. Passemos, contudo, à análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

2.1. Disposições e Objetivos

[30] ABBOUD, Georges apud STRECK; ABBOUD op. cit., p. 101.
[31] JÚNIOR, Nelson Nery prefácio in ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 18.

Diversamente do Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva, instituto que procurava atingir objetivos semelhantes e que, apesar de constante da redação final do NCPC, recebeu veto da Presidenta da República ao seguir parecer da AGU (contando com apoio expresso da OAB e do Ministério Público), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está completamente aprovado e presente no NCPC, dispondo-se ao longo de doze artigos (arts. 976 e ss.).

> Assim como a técnica de julgamento por amostragem voltada aos tribunais superiores, o que impulsionou o Projeto a tentar instituir no ordenamento jurídico a figura do incidente é a tentativa de dar estabilidade e uniformizar a jurisprudência também em segundo grau de jurisdição, além de dar maior celeridade à atividade judicante como um todo, uma vez que a adoação da técnica que cria um procedimento para a formação de uma decisão paradigma que decida questões de direito que se repetem em inúmeros processos individuais repetitivas sem dúvida alguma tem potencial para desafogar o Poder Judiciário.[32]

O art. 976 diz ser cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, *ao mesmo tempo*, repetição de processos que tenham controvérsia sobre a mesma questão *"unicamente de direito"* (excluindo, naturalmente, as questões de fato: tal questão será retomada a seguir) e risco à segurança jurídica, ou seja, risco de julgamentos diversos para idênticas questões de direito. O incidente, conforme o art. 977, pode ser instaurado pelo juiz (*ex officio*) ou pelas partes, Ministério Público e Defensoria Pública por petição (não se exigindo custas processuais segundo o §5º do art. 976) endereçada ao "órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal" (art. 978).

O art. 979, ao preocupar-se com a publicidade, diz ser devida a ampla divulgação da instauração e julgamento do incidente em análise, mas somente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Como veremos em ordenamentos que possuem mecanismo semelhante a este, a forma da divulgação assume relevo em todos eles e a brasileira pode ser considerada não muito satisfatória em comparação com a alemã, por exemplo.

Quanto ao prazo do incidente, este é de um ano (art. 979) e terá preferência sobre os demais processos, exceção feita aos que envolvam réu preso e aos pedidos de *Habeas Corpus*. Passado este prazo, cessa a suspensão dos processos, a não ser por decisão fundamentada do

---

[32] COELHO, Guilherme Gaspari. **A adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição e a técnica de julgamento por amostragem**. 2012. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2012-05-30T09:06:47Z-12310/Publico/Guilherme%20Gaspari%20Coelho.pdf.>. Acesso em: 15.07.15. p. 178.

relator em sentido contrário. Além da suspensão dos processos, o relator, quando da admissão do incidente pelo tribunal, pode requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 dias, e a intimação do Ministério Público para que, querendo, manifeste-se no mesmo prazo.

Por sua vez, o art. 985 dispõe sobre a extensão dos efeitos das teses jurídicas vencedoras no julgamento do incidente em relação aos demais processos que restaram suspensos:

> 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.

A revisão a qual alude o artigo será de competência do mesmo tribunal julgador do incidente, e poderá sê-lo, quanto à instauração, *ex officio* ou via petição dos legitimados Ministério Público ou Defensoria Pública. São cabíveis os recursos especial e extraordinário em relação ao julgamento do incidente; recursos tais que possuem efeito suspensivo e, no caso do extraordinário, já é presumida a repercussão geral da questão constitucional.

Importante ressaltar também que

> O IRDR somente pode ser suscitado perante *Tribunal de Justiça* ou *Tribunal Regional Federal*. Não há, por exemplo, a possibilidade de instaurá-lo diretamente no STJ. Julgado o incidente, 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 competência do respectivo tribunal. Por exemplo, a decisão proferida no julgamento de mérito de IDRD instaurado no *TRF da 1º Região* terá eficácia vinculante sobre todas as causas repetitivas que tramitam na justiça federal dos entes federativos englobados pela referida região, quais sejam: o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.[33]

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) pode ser considerado a inovação mais importante do NCPC. É uma espécie de paradigma, uma espécie de modelo a partir do qual pode pesquisar-se e compreender os rumos que o processo civil brasileiro está tomando nestas primeiras décadas do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal em 1988, processo este que passa a ter lidar com um contexto social-

[33] ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 391.

político permeado de conflitos transindividuais que envolvem os direitos de segunda e terceira gerações (ou dimensões) e, não raramente, os conflitos de massa[34].

De fato, o IRDR traz expressamente as principais apostas de nossas últimas reformas processuais para a solução (ou ao menos diminuição) de nossos problemas judiciais que começam a surgir numa sociedade (embora tardia) de massas: insegurança jurídica, multiplicação de processos, multiplicação de recursos, necessidade de mais recursos técnicos, humanos e financeiros no Poder Judiciário, etc.

Assim, o objetivo primordial deste incidente é conferir um *julgamento único, padronizado e coletivo* a tantos outros processos que possuam origem fática comum O IRDR objetiva, portanto, a manutenção da segurança jurídica e a diminuição de processos a cargo do Judiciário com o mínimo de dispêndio de recursos possíveis, pois a mesma decisão (decisão esta resultado de apenas um julgamento) é estendida a todos os processos semelhantes.

Diante disto, torna-se impostergável verificar a partir de agora se, para além das possibilidade de atingimento (parcial ou total) de seus desideratos, o IRDR não atropela, para tanto, a própria Constituição Federal, alguns de seus direitos e garantias, e a tradição do sistema judicial brasileiro.

2.2. Referências no Direito Comparado

2.2.1. O Musterverfahren do Direito Alemão

O principal modelo para a criação do IRDR é o *Musterverfahren*, instituto do direito continental alemão, como declarado expressamente pela Comissão encarregada do NCPC da

[34] "A era dos processos massificados levou à implantação, no regime atual de processo civil, de medidas que pudessem contornar a avalanche de feitos tanto nas instâncias inferiores como nos tribunais superiores do país. Surgiram, nos últimos anos, para enfrentar esse gravíssimo problema, que prenunciava um verdadeiro impasse geral na prestação de justiça, medidas como a súmula vinculante do STF (EC nº 54/2004) e o regime de repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006; CPC, art. 543-A) [...] Nessa mesma linha de racionalização do tratamento das demandas massificadas, o Projeto cria um incidente, a ser instaurado nos tribunais de segundo grau, a que atribui o *nomen iuris* de "Incidente de resolução de demandas repetitivas" (arts. 895 a 906). Por seu intermédio, os processos identificados como relativos à mesma questão de direito são paralisados e uma causa-piloto é encaminhada ao tribunal a fim de que o julgamento da tese comum seja efetuado com eficácia para todo o conjunto de demandas iguais. Além de evitar o inconveniente de decisões conflitantes, o incidente de resolução de demandas repetitivas enseja enorme economia processual, uma vez que dezenas, centenas ou até milhares de demandas iguais poderão ser resolvidas de uma só vez." THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1.v. p. XXXI.

Exposição de Motivos[35]. Trata-se de um procedimento modelo (*muster*), cuja decisão é estendida para os outros processos em que as partes estejam nas mesmas situações.

Adverte-se que há duas importantes limitações na construção legislativa do *Musterverfahren*: primeiramente, ele está previsto em lei reguladora de investimentos no mercado de capitais e consequentemente normatiza apenas este tipo de lide, bastante restrita em quantidade se comparada ao total dos processos postas à carga do Judiciário. Em segundo lugar, trata-se de lei temporária com vigência até 2020 (a lei entrou em vigência em 2005 com validade até 2010, e então fora postergada), o que obviamente indica ter sido ela aprovada para a resolução de questões também temporárias. Esta pequena amplitude do *Musterverfahren* em tempo e em espaço não é mencionada na Exposição de Motivos do NCPC.

As diferenças da matriz alemã em relação ao instituto previsto no NCPC são muitas e importantes. Em primeiro lugar, o modelo alemão não contempla instauração *ex officio*, o que se torna indício de que a reforma processual brasileira em andamento é realmente mais voltada para o Judiciário e seus problemas do que para as partes que necessitam do provimento judicial. Se a instauração do incidente coubesse apenas às partes, como no caso alemão inspirador, então

[35] *In verbis* a parte concernete ao IRDR e ao *Musterverfahren* na Exposição de Motivos do NCPC: "Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de amici curiae. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, interna corporis. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores." COMISSÃO DE JURISTAS instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 04.08.2015. p. 18-19.

são elas que estão em primeiro plano quanto a este instituto, pois a elas é que cabe o juízo de adequação e conveniência para o acionamento do instituto. Não é o que está previsto no NCPC.

Não somente quanto à instauração, mas enquanto que o NCPC nada estabelece quanto à área de abrangência do incidente (apenas diz que será quanto às questões de direito), no *Musterverfahren* são as partes provocadoras do incidente que devem demarcar seus limites fáticos e jurídicos.

> O *Musterverfahren* exige requisitos mais rígidos e objetivos para admitir sua instauração, isso porque, após o primeiro requerimento de instauração do procedimento-modelo, exige-se a formulação de, pelo menos, outros 9 requerimentos, durante um período de 6 meses. Aqui, bastará um requerimento, desde que já exista uma demanda pendente no tribunal.[36]

Pois o *Musterverfahren*, ao contrário do previsto em nossa reforma processual, não faz distinções entre questões de *fato e de direito*, e as assume todas como competentes para suscitar o instituto. Trata-se de outro indício de reforma processual voltada para o Judiciário, pois abstrai-se a realidade ao serem descartados os substratos fáticos que ensejaram a lide. Esta *abstratização* da realidade, outrora matéria circunspecta à legislação (por sua necessidade de ser geral) em confronto com a *materialidade* da Jurisprudência, justamente por esta lidar cotidianamente com os fatos concretos, com as lides concretas, passa a ter também meio pelo qual a Jurisprudência age.

Deste modo, as seguintes considerações de Tércio Sampaio Ferrar Jr. quanto à dogmática jurídica tradicional, ou seja, no campo da legislação, podem também ser aplicadas à jurisprudência que se vem formando com as últimas reformas processuais:

> Esta reflexão não pode ignorar que a Dogmática está ligada a uma dupla abstração; a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal, constitui, ao lado das normas, regras para a sua manipulação. Ora, este é o material da Dogmática, tratando-se, portanto, da elaboração de um material abstrato num grau de abstração ainda maior. *Se isto, de um lado, lhe dá certa mobilidade, certa independência e certa liberdade, como condição do seu próprio trabalho, de outro, paga-se por isso um preço: a abstração e o risco de distanciamento progressivo da própria realidade*.[37]

Assim hoje os papeis se confundem por passar a jurisprudência a partir do segundo grau de jurisdição (e não somente das Cortes Superiores como, por exemplo, no caso das súmulas vinculantes) a ter também o papel normativo criador e assim, a partir de um único julgamento,

---

[36] ABBOUD, op. cit., p. 396.

[37] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 5. Grifo nosso.

legislar abstratamente para os casos presentes sob sua jurisdição e também para os casos futuros (art. 985, inc. I e II do NCPC).

Por fim quanto à parte comparativa, o *Musterverfahren* descentraliza a divulgação do incidente ao disponibilizá-lo eletronicamente para qualquer cidadão. O NCPC não traz disposição específica em relação ao IRDR, mas é bastante provável que este apenas seja visualizável para as partes.

> Acolhido o incidente, este deverá ter ampla publicidade, com cadastro eletrônico e gratuito mantido eletronicamente, constantemente atualizado – o que, aliás, é também idealizado para o modelo brasileiro. Com a devida vênia, o modelo alemão parece mais preocupado com a acessibilidade ao próprio cadastro, ao deixá-lo disponível na internet a qualquer cidadão, enquanto o modelo brasileiro pretende centralizar tal disponibilização através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).O incidente ficará no cadastro pelo prazo de quatro meses. Se, nesse período, houver pelo menos 10 pedidos relativos à mesma questão, será dada uma solução coletiva às demandas. O tribunal escolherá um "líder" entre os autores das ações e um "líder" entre os réus das ações, os quais serão os verdadeiros porta-vozes das causas repetitivas.[38]

Por todo o exposto, percebe-se que o *Musterverfahren* é completamente diferente em suas disposições em relação ao IRDR brasileiro. De fato, e apesar de ter sido a inspiração declarada na Exposição de Motivos do NCPC, esquece-se que o o *Musterverfahren* está disposto em lei específica destinada ao mercado imobiliário e que tal lei é temporária. Portanto, o *Musterverfahren* não é fruto das mesmas pretensões que o IRDR, ou seja, uma fórmula legislativa, uma aposta, para a diminuição dos principais problemas judiciais do país. Trata-se de um instituto bastante limitado em tempo e espaço, de modo que não se torna possível mesmo aproximá-los em seus objetivos.

A sua apresentação como inspiração para o IRDR pode ter servido como espécie de lastro legislativo. O incidente brasileiro, por sua vez, parece ser único no direito comparado, uma construção tipicamente brasileira onde se conjugam um alto conferimento de discricionariedade ao Judiciário e, ao mesmo tempo, a vinculação de suas decisões a partir do

[38] SILVA, Larissa Clare Pochmann. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: tutela coletiva ou padronização do processo? Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/arcticle/view File/285/261>. Acesso em: 03. 06. 15.

segundo grau de instância. Buscam-se a instrumentalidade[39] e a efetividade processuais[40] com a prevalência no Judiciário, e não nas partes, pois são descartados os fatos ensejadores da lide, uniformizando-se, portanto, as causas, os processos e os julgamentos.

2.2.2. O Group Litigation Order (GLO) do Direito Britânico

Outro importante modelo para a solução de casos de massa é o *Group Litigation Order* (GLO), fruto das históricas mudanças ocorridas no Reino Unido no final do século passado quando passa a viger o *Rules of Civil Procedure*, espécie de Código de Processo Civil (portanto sem a temporalidade definida como no instituto alemão), o que causa, à primeira vista, um estranhamento por serem os códigos tradicionalmente ligados às nações de *civil law*. Todavia uma das necessidades que levaram à aprovação do sobredito diploma legal foi justamente a preocupação com a multiplicação de processos de origem comum levados ao Judiciário, ocasionando uma sobrecarga desnecessária a este, visto que poderiam estar sendo tramitados e solucionados judicialmente a partir de um único processo.

O *Group Litigation Order* (GLO) nada mais é do que uma classificação específica para este tipo de conflito, os conflitos de massa, para qual é construído um tratamento processual específico:

---

[39] "Falar em *instrumentalidade* do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõe: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos* e *jurídicos*." CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47. Na mesma página, os autores consideram os *aspectos positivo e negativo* da instrumentalidade: o positivo seria a já mencionada efetividade do processo em todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos, atingindo-se, assim, *uma ordem jurídica justa*. Por sua vez, o aspecto negativo encontraria forma mais definida no princípio da instrumentalidade das formas, onde os atos formais do processo só mereceriam ser seguidos à risca, sob pena de invalidação dos atos, quando não significarem entrave para o atingimento daqueles escopos mencionados no aspecto positivo.

[40] O termo "efetivada processual" pode significar: "a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar posições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energia." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 18. Teme-se que as reformas processuais brasileiras tendam cada vez mais para o aspecto técnico desburocratizador da efetividade processual como definida no item "e", pondo-se notável prevalência da questão nos serviços Judiciários.

> Um caso pode receber o tratamento de litígio coletivo – Group Litigation Order (GLO) – sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (GLO issues). O incidente, assim como a previsão do projeto no Direito brasileiro, pode ser provocado de ofício ou a requerimento da parte. Para o pedido de instauração, o advogado deve consultar o Law Society's Multi-Party Action Information Service, verificando se há outros casos com questões comuns ao mérito da demanda.[41]

O *Group Litigation Order* (GLO), como deduzível do próprio título, trata-se de um registro onde devem se inscrever os que desejam que seu processo (suspenso) tenha o mesmo destino da chamada ação-teste, uma espécie de processo paradigmático que é escolhido pelo tribunal britânico como melhor representativo daquela lide comum, seja favorável ou desfavorável.

> O primeiro passo é conseguir fazer uma consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas (Mendes, 2002, p. 58.) Uma vez conseguida a autorização deste órgão, passa-se a identificar os processos que participação do GLO [...] No *web site* da HMCS – *Her Majesty's Courts Services* encontram-se listados os procedimentos de GLO já instaurados, com informações individualizadas sobre os casos, como: número de referência, data da instauração, órgão julgador, tribunal vinculado, advogado ou firma líder, além de um resumo da causa. A decisão vincula todas as partes que estão com seus processos registrados na GLO, inclusive litigantes futuros que solicitarem inclusão no GLO (caso a ação ajuizada tiver fundamento na questão decidida na GLO) salvo disposição em contrário da corte.[42]

Todavia as características do *Group Litigation Order* (GLO) são bastante dessemelhantes em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) do NCPC, apesar de compartilhados os mesmos objetivos.

Em primeiro lugar e na esteira do *Musterverfahren* alemão, não há aqui tentativa de separação entre *questões de fato* e *questões de direito*. O *Group Litigation Order* (GLO) abarca-as todas. O incidente brasileiro, como visto, quer fazer separá-las e aproveita somente as *questões de direito*.

Em segundo lugar, para que a decisão valha para o futuro, ou seja, tenha efeito prospectivo, é necessária decisão expressa da corte neste sentido, o que fará juntamente à

---

[41] MENDES, Aluíso Gonçalves de Castro apud SILVA, op. cit.

[42] LUSTOSA, Luís Geraldo Soares. **Incidente de resolução de causas repetitivas**: perspectivas econômicas implícitas na resolução de demandas repetitivas e de massa no projeto do novo Código de Processo Civil. 2012. 85 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=840>. Acesso em: 03.06.15. p. 45-46.

modulação dos efeitos da decisão na ação-teste. A regra é de que apenas os processos registrados no *group register* sejam vinculados a esta decisão. Como visto, o incidente do NCPC vincula a partir da lei automaticamente os casos futuros que tramitem na jurisdição do tribunal competente (art. 985, inc. I e II).

No mais,

> Verifica-se outra diferença em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro: no direito inglês há a possibilidade de transação. Pensamos que no direito brasileiro, em razão de defendermos o posicionamento de que o incidente formará precedente sobre a forma com a qual a lei deva ser interpretada e aplicada, não poderão as partes transacionar sobre isso.[43]

Portanto, o *Group Litigation Order* (GLO) do direito britânico, assim como o *Musterverfahren* do direito alemão, e apesar de ter sido idealizado para a solução dos mesmos problemas judiciais, difere enormemente do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) do NCPC. Não bastassem as diferenças histórico-culturais e mesmo a adoção de sistemas de direito diversos (*common law* e *civil law*) as próprias construções legislativas dos institutos são completamente diferentes, de fato que a maior semelhança entre eles é mesmo somente os seus objetivos, ou seja, os problemas que procuram (mui diferentemente) enfrentar.

2.3. Crítica ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por todo o exposto, não pode ser considerado um legítimo mecanismo de acesso e tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos no Judiciário. Trata-se de um instituto, como visto, bastante peculiar a nosso ordenamento jurídico e que busca a uniformização jurisprudencial através de uma aposta combinada de discricionariedade dos órgãos judiciais de segunda instância e vinculação de suas decisões. Assim, ele assume uma feição mais desburocratizadora, mais técnica-funcional justamente por seus objetivos declarados, do que propriamente um instituto atento constitucionalmente e que busque, na medida do possível, conjugar segurança jurídica com os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

---

[43] NETO, Luiz Antônio Ferrari. **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** meios de uniformização da jurisprudência no direito processual civil brasileiro. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: < http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2012-10-03T06:56:43Z-12951/Publico/Luiz %20Antonio%20Ferrari%20Neto.pdf>. Acesso em: 13.07.15. p. 163.

Primeiramente, o IRDR é inconstitucional pois seu efeito vinculante deveria ser matéria da Constituição Federal e não instituído por meio de legislação ordinária.

> A vinculação a uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da *independência funcional* dos magistrados e à *separação funcional de poderes.* [...] Questão semelhante foi tratada pelo TSE no julgamento do Resp 9.936/RJ sobre o instituto do *prejulgado* previsto no art. 263 do Código Eleitoral. Nesse caso, o TSE, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do instituto. Para o relator do recurso, Min. Sepúlveda Pertence, o *prejulgado eleitoral* conflita com a Constituição porque "dá ao precedente judicial força de lei, o que viola o princípio da separação funcional de poderes. (...) É tão violenta a força vinculante que o prejulgado pretende, que ele é maior do que a força obrigatória da lei". Em sentido semelhante, o STF, no exame da Representação 946/DF, entendeu que o art. 902, § 1º, da CLT, o qual dava força normativa geral às decisões do TST, não havia sido recepcionado pela Constituição de 1946.[44]

Pois bem, o IRDR afronta os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em três momentos: no NCPC não há mecanismos para que as partes aleguem a desnecessidade de suspensão de seu processo específico, já que juridicamente diverso daquele pinçado para paradigma, tampouco há qualquer possibilidade para que as partes comprovem o descabimento das teses jurídicas consagradas no julgamento do processo paradigma ao seu processo em concreto.

Ou seja, não há espaço para a alegação de diferenciação dos processos. Todos são julgados como se fossem iguais. *Julgamento abstrato, único e coletivo*[45].

No mais, como as teses jurídicas são também estendidas aos casos *futuros*, as partes destes também tem suas garantias ao devido processo legal, contraditório[46] e ampla defesa violados, pois não tiveram como participar do julgamento da própria lide.

---

[44] ABBOUD, op. cit., p. 392.

[45] "No fundo, refaz-se, no *campo jurídico*, uma *nova forma de divisão (social) do trabalho* (jurídico): os intérpretes de primeiro nível – que possuem a fala autorizada no campo da dogmática jurídica dominante – fazem o que se poderia chamar de trabalho intelectual, restando para os operadores/aplicadores do direito, uma espécie de trabalho "braçal" de reprodução do sentido instituído e instituinte. Há, nesse processo que (sub)divide o trabalho jurídico-hermenêutico, um poder implícito de nomeação." STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 337. Grifos no original. A dogmática jurídica, novamente, afasta-se da legislação para apresentar-se, com toda a sua crítica, também na jurisprudência.

[46] "Todos aqueles que tiveram alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. [...] Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. [...] Em razão da incidência da garantia constitucional do contraditório, é defeso ao julgador *encurtar, diminuir* (verkurzt) o direito de o litigante exteriorizar a sua manifestação nos autos do processo. Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo." NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**

Quanto à legitimidade, as ações coletivas conferem-na a órgãos mais bem capacitados para os trâmites jurídico-processuais na defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por sua vez, paradigmatiza determinado feito cuja *questão de direito* está sendo objeto de controvérsia em demandas massificadas (havendo também a questão da segurança jurídica, visto ser incompatível com o Estado Democrático de Direito e a racionalidade do senso comum causas idênticas serem decididas diferentemente) e, através dele, estende as teses jurídicas de seu julgamento para todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito tramitantes na área de jurisdição do tribunal (art. 985, inciso I) e também para os casos futuros (art. 985, inciso II).

Trata-se, diga-se de passagem, de mais uma diferença entre o Incidente ora estudado e as ações coletivas. Enquanto que no primeiro há uma espécie de "coisa julgada"[47] nos fundamentos jurídicos utilizados na decisão do processo-paradigma, válidos para os casos semelhantes surgidos antes ou depois, sendo uma ação coletiva que visa a proteger direitos individuais homogêneos julgada procedente, os efeitos da coisa julgada, segundo o art. 103, III, do CDC, serão *erga omnes*.

No entanto, esta *paradigmatização* de determinado feito não é realizada criteriosamente, isto pois qualquer causa repetitiva poderá dar ensejo à instauração do IRDR[48]. Assim, pois, o precedente que se tornará vinculativo pode ser qualquer um representativo da causa que traga a mesma controvérsia quanto a questão de direito (e não fática), e não necessariamente o que melhor a represente, isto porque o juízo de conveniência e de representatividade não é realizado, ficando a cargo de qualquer legitimado suscitar o IRDR tão logo chegue ao tribunal o primeiro processo considerado repetitivo.

Conclusão

Federal: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 210-211.

[47] Ibid., p. 67.

[48] "De acordo com o NCPC, qualquer causa repetitiva, desde que pendente no tribunal, poderá dar ensejo à instauração do IRDR. Não se exige uma análise cuidadosa acerca da existência de homogeinidade entre as questões envolvidas no processo pendente no tribunal e nos demais processos repetitivos. Logo, chegando ao tribunal a primeira causa repetitiva, qualquer legitimado pode, de imediato, requerer a instauração do incidente processual, mesmo que essa demanda não seja a que melhor representa a controvérsia. Pior: a ideia de *julgamento abstrato* do IRDR permite aplicar a tese jurídica às causas futuras, referentes a litigantes que não tiveram qualquer possibilidade de participação e influência no julgamento coletivo." ABBOUD, op. cit., p. 395-396.

Vem se ampliando esta tendência legislativa do judiciário conhecida como ativismo judicial nos últimos anos, juntamente com a adoção da ponderação alexyana, de modo que notamos um amalgama teórico-principiológico realizado em nosso ordenamento, a fim de "solucionar" questões jurídicas complexas de modo quase instantâneo. Há, sem dúvidas, riscos à jurisprudência nacional no que concerne a este procedimento e à introdução de ambos os institutos neste artigo analisados, caso sua respectiva aplicação seja realizada sem o devido respaldo hermenêutico e jusfilosófico, levando-se em conta, sempre, a tradição histórico-jurídica e os fatos concretos do caso em voga. As Súmulas Vinculantes, como pudemos observar, não são similares aos institutos do precedente ou do *stare decisis* dos países do *common law*, sendo uma imposição jurídica e não uma evolução histórica natural. De fato, vale lembrar que, a despeito das críticas realizadas ao ativismo judicial mesmo em países que o possuem em sua tradição histórica, no Brasil a situação é mais grave, uma vez que pretendemos realizar uma espécie de ativismo judicial *sui generis*, servindo como mais um dos "remendos" hermenêuticos sucessivamente realizados.

O risco de engessamento, pois, deve-se à aposta equivocada, a nosso ver, desta combinação entre conferir-se um alto poder discricionário ao Judiciário (ao STF no caso das súmulas vinculantes e aos mais diversos tribunais de segunda instância no caso do IRDR) e simultaneamente dotar de força vinculativa as decisões assim tomadas, de modo que o chamado *direito jurisprudencial* (vulgata brasileira do *common law*, mas que com o genuíno sistema judicial anglo saxão guarda pouquíssima semelhança, sendo amiúde ventilado como justificação para nossas reformas processuais) pode construir-se a partir de um único caso e, abstraindo-se do substrato fático que deu ensejo à lide em questão, tornar-se *razão repristinada* e, portanto, também norma, pois com força de lei e vinculativa como esta.

Por outro lado, o IRDR pode tornar, principalmente nos casos que envolvam direitos coletivos ou individuais homogêneos ou simplesmente qualquer causa repetitiva, uma maquinização das funções jurisdicionais[49] de primeiro grau. As Súmulas Vinculantes, por conseguinte, assim como o IRDR, não consistem em um "mal em si", mas o risco está em sua aplicação de maneira automatizada, por subsunção, desvinculada do ato interpretativo em cada

[49] "A ausência de uma tradição (no sentido de que fala Gadamer) que obrigue os juízes a obedecerem a integridade do direito transforma os juízos de primeiro grau em rito de passagem para o segundo grau e aos tribunais superiores. No seguimento, em face da multiplicação de processos (recursos dos mais variados) e para controlar esse caos, *busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação.* E cresce, consequentemente, a importância das súmulas, que passam a ter a função de corrigir aquilo que o próprio positivismo ocasionou." STRECK, op. cit., p. 424. Grifo no original. Embora, é claro, a passagem refira-se também especificamente às súmulas vinculantes, a tentativa de abstratização de conceitos com pretensão de universalização (tal como a lei), ou seja, a repristinação da razão em conceitos abstratos, é igualmente aposta do IRDR.

caso concreto de forma que aí estará presente, sem dúvidas, o perigo do engessamento do Judiciário.

Referências

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 18.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Guilherme Gaspari. **A adaptação da tutela jurisdicional ao fenômeno da repetição e a técnica de julgamento por amostragem**. 2012. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2012-05-30T09:06:47Z-12310/Publico/Guilherme%20Gaspari%20Coelho.pdf.>. Acesso em: 15.07.15.

COMISSÃO DE JURISTAS instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 04.08.15.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUSTOSA, Luís Geraldo Soares. **Incidente de resolução de causas repetitivas**: perspectivas econômicas implícitas na resolução de demandas repetitivas e de massa no projeto do novo Código de Processo Civil. 2012. 85 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=840>. Acesso em: 03.06.15.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios Fundamentais:** teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Luiz Antônio Ferrari. **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** meios de uniformização da jurisprudência no direito processual civil brasileiro. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2012-10-03T06:56:43Z-12951/Publico/Luiz20Antonio%20Ferrari%20Neto.pdf>. Acesso em: 13.07.15.

PLENÁRIO edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasília, 02.02.09. Disponível em: http://stf.jus.br/portal.cms/verNoticiaDetalha.asp?idConteudo=102548. Acesso em: 12.08.15.

SILVA, Larissa Clare Pochmann. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: tutela coletiva ou padronização do processo? Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/arti ctle/viewFile/285/261>. Acesso em: 03.06.15.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1.v.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VETO ao novo CPC impede celeridade no Judiciário. **AJURIS** (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), Rio Grande do Sul, s.d. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/03/17/veto-ao-novo-cpc-impede-celeridade-judiciario/>. Acesso em: 09. 06. 15.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.