

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **ACESSO À JUSTIÇA I**

**JUVÊNIO BORGES SILVA**

**JOSÉ QUERINO TAVARES NETO**

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

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

---

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Querino Tavares Neto; Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-137-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso. 3. Justiça. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### ACESSO À JUSTIÇA I

---

#### **Apresentação**

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça I durante o II Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado pela segunda vez nessa modalidade, no período de 02 a 08 de dezembro de 2020. Esta nova modalidade, decorrente da excepcionalidade do momento de pandemia que afetou o mundo e, por via de consequência, o Brasil, ficará marcado indelevelmente na história do CONPEDI e da pós-graduação brasileira como uma experiência de superação e criatividade em face desta contingência.

O Congresso teve como base a temática inicial “DIREITO, PANDEMIA E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL: NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS”, fortemente influenciado pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início do ano.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 21 (vinte e um) artigos vinculados à temática do acesso à Justiça.

Os textos foram divididos em três blocos buscando reunir afinidades maiores, sendo que a maioria dos artigos contemplou o tema do acesso à justiça, pandemia e utilização de meios digitais e virtuais de acesso à justiça, bem como o tema de direitos das coletividades. Ao final das apresentações de cada bloco foi aberto um tempo de 20 minutos para discussão dos artigos apresentados.

O primeiro bloco foi composto dos seguintes textos: (1) A CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS COLETIVOS OU DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL: CAMINHOS PROCESSUAIS POSSÍVEIS ATUAIS E SOLUÇÃO LEGISLATIVA; (2) A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL; (3) A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: A INJUSTIÇA FRENTE AQUELES QUE AGUARDAM NA FILA DO SUS; (4) A PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS ATRAVÉS DOS NOVOS MEIOS VIRTUAIS DE COMUNICAÇÃO: NOVAS PERSPECTIVAS E DESAFIOS; (5) ACESSO À JUSTIÇA E O

SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL; (6) ACESSO À JUSTIÇA E POVOS INDÍGENAS; (7) ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID19: UMA SOLUÇÃO CONSENSUAL E TECNOLÓGICA PARA OS CONFLITOS TRABALHISTAS.

O segundo bloco bloco foi composto de seis textos: (8) ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA: É POSSÍVEL CONCILIAR?; (9) ACESSO À JUSTIÇA POR INTERMÉDIO DA JUSTIÇA ITINERANTE NA ERA DIGITAL; (10) AS DIFICULDADES INSTITUCIONAIS ENFRENTADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA E OS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA AGRAVADOS PELA PANDEMIA; (11) ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS; (12) DIREITO DO TRABALHO E AS CRISES DO SISTEMA DO CAPITAL: ENTRE AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS, A EFETIVIDADE DE DIREITOS E O ACESSO À JUSTIÇA; (13) EXCLUSÃO DIGITAL: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO QUE AMEAÇA O ACESSO À JUSTIÇA VIA NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO;

Finalmente, o terceiro bloco trouxe seis textos: (14) INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: CONTRADITÓRIO E PROCESSO JUSTO; (15) INEXIGIBILIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DIANTE DOS REFLEXOS DO COVID-19 E NOVA REALIDADE ECONÔMICA PÓS-PANDEMIA; (16) JUSTIÇA COMPASSIVA: CARDÁPIO DE MÉTODOS DIALÓGICOS PARA SOLUÇÃO DAS DISPUTAS; (17) JUSTIÇA GRATUITA NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES; (18) MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS CONFLITOS RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL; (19) O PODER JUDICIÁRIO E A LEI Nº 9.099/1995 EM TEMPOS DE PANDEMIA; (20) PROPOSTA DE MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ESTADO DE GOIÁS.

A grande amplitude dos debates e das questões objeto de discussão no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Pela segunda vez reunidos pelo CONPEDI num Congresso em ambiente virtual, pesquisadores de todo o Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Gostaríamos que a leitura desses trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado e discussão sobre o tema.

Desta forma, é com orgulho que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – UNAERP

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCGOIÁS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Acesso à Justiça I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Cidadania e Acesso à Justiça ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: CONTRADITÓRIO E PROCESSO JUSTO

### REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENT: CONTRADICTORY AND FAIR LAWSUIT

Laís Silva Zimiani <sup>1</sup>

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira <sup>2</sup>

#### Resumo

O Código de Processo Civil brasileiro estabeleceu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, para o julgamento de questões repetitivas exclusivamente de direito, quando houver risco de violação à isonomia e à segurança jurídica. O princípio do contraditório deve ser garantido a todos os litigantes, e não só àqueles que participam do processo piloto, com o fim de concretizar o processo justo e o acesso à ordem jurídica justa. A pesquisa, seu objeto, e a problematização, foram pautados pela perspectiva do círculo hermenêutico e da zetética, considerando o método indutivo, a revisão bibliográfica e a análise legislativa sobre o tema.

**Palavras-chave:** Incidente de resolução de demandas repetitivas, Contraditório, Processo justo, Acesso à ordem jurídica justa, Hermenêutica

#### Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Civil Procedure Code established the incident of resolution of repetitive demands, for the judgment of repetitive questions exclusively of law, when there is a risk of violation of equality and legal security. The contradictory principle must be guaranteed to all litigants, and not only to those who participate in the pilot process, in order to implement the fair lawsuit and access to the fair legal order. Research, its object, and problematization, were guided by the perspective of the hermeneutic circle and zetetics, considering the inductive method, the bibliographic review and the legislative analysis about the theme.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Incident demands repetitive resolution, Contradictory, Fair lawsuit, Access to the fair legal order, Hermeneutics

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense Especialista em Direito Digital pela Damásio Educacional Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP Advogada. laiszimiani@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP Mestre em Direito pela UEL Docente permanente do Mestrado em Direito e Cidadania da UNIPAR Advogada. jussara@bflaw.adv.br

## 1 INTRODUÇÃO

A norma processual civil vigente visa a concretização das tutelas adequadas e efetivas aos jurisdicionados, prevendo expressamente, no âmbito ordinário, os princípios processuais previstos na Constituição Federal Brasileira, com o fim de garantir a observância da base do Estado Democrático de Direito, na busca pela justiça em cada caso concreto.

Os artigos 976 ao 985 do Código de Processo Civil de 2015 estabelecem um microsistema para julgamento de questões repetitivas exclusivamente de direito idealizado para atingir vários processos que encontram-se em situação idêntica de direito, com o fim precípuo de uniformizar a jurisprudência e garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados.

O dever legal de oportunizar a todos os jurisdicionados um processo justo baseado nos valores e princípios processuais, engloba a necessidade da relação entre os sujeitos processuais ser plenamente interacional e dialética tanto pelos julgadores, quanto pelas partes, com a real e concreta garantia de influência dos sujeitos processuais na formação da convicção do juiz para a prestação da tutela jurisdicional adequada.

Pela análise da legislação processual civil, relacionada ao IRDR, a sistemática brasileira foi inspirada na legislação alienígena para o desenvolvimento do procedimento, sem atentar, contudo, para as diferenças gritantes entre os sistemas, objetivos e garantias neles previstos, que em pouco se assemelham ao funcionamento da legislação brasileira.

A pesquisa, seu objeto, e a problematização, são pautados na investigação legal e doutrinária, acerca da legitimidade do Incidente de Demandas Repetitivas previsto no Código de Processo Civil de 2015, considerando a necessidade do Poder Judiciário oportunizar a viabilidade de um processo justo, garantia fundamental do Estado Constitucional, com base no devido processo legal e na garantia do contraditório efetivo, além das diversas garantias constitucionais, que propiciem ao jurisdicionado o pleno acesso à ordem jurídica justa.

Sob o aspecto hermenêutico, a questão é analisada pelo enfoque do círculo hermenêutico, considerados os conceitos estabelecidos por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, assim como pela perspectiva zetética, pela ótica de Theodor Viehweg no sentido de aferir se a base normativa principiológica do ordenamento jurídico brasileiro confere legitimidade ao IRDR, da forma como previsto no CPC/2015.

A investigação é norteadada pela identificação de conceitos e funções dos princípios fundamentais do processo civil, bem como pela necessidade de garantia do processo justo e acesso à ordem jurídica justa, por meio da obrigatoriedade legal da garantia ao efetivo

contraditório processual, em seus aspectos de participação e influência dos jurisdicionados nos processos em que podem ser afetados.

## **2 ANÁLISE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

O artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015 prevê o cabimento da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, de forma simultânea: a) “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*” e; b) “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”.

A legislação processual civil de 2015 criou, portanto, um mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que pode ser instaurado perante os tribunais de segunda instância (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, enunciado 343), assim como no STF e STJ, mas apenas nos casos de competência originária ou através de recursos ordinários (CÂMARA, 2020, p. 484-485).

A Exposição de Motivos do CPC/2015 (BRASIL, 2010, p. 27) consigna que por existirem posicionamentos incompatíveis nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, os jurisdicionados que estejam em situações idênticas acabam se submetendo a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos, afirmando expressamente que a previsão do IRDR inaugura poderoso instituto para garantia da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Nessa linha, o IRDR, por meio do julgamento de um caso piloto, destina-se a estabelecer um precedente dotado de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos recebam (dentro dos limites da competência territorial do tribunal) soluções idênticas, sem esbarrar nos entraves típicos do processo coletivo (CÂMARA, 2020, p. 485).

Para Nery (2018, p. 2201), a natureza jurídica do incidente é de mecanismo de uniformização da jurisprudência do tribunal em que for instaurado e decidido, não podendo vincular nenhum outro órgão do Poder Judiciário, que não o próprio tribunal que decide o incidente e, somente assim, interpretando o dispositivo 976 do CPC conforme a CF, é que se poderá evitar sua inconstitucionalidade.

Sobre a escolha do processo piloto, deve-se frisar que o procedimento não pressupõe uma escolha fundamentada do processo que servirá como paradigma. Os legitimados para a instauração do incidente estão envolvidos com determinada causa e, pelo que dispõe o CPC,



não há perspectiva de que um outro processo seja escolhido para fazer o papel do piloto (NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 2204).

É possível verificar, nesse contexto, que apenas os sujeitos processuais envolvidos no processo piloto é que poderão participar e influenciar efetivamente a convicção judicial naqueles autos. Os litigantes envolvidos nos processos pendentes sequer poderão optar pela sua exclusão do incidente (*opt-out*).

Importante constar que o art. 977 do CPC permite que o pedido de instauração do incidente a ser dirigido para o tribunal, seja realizado pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, por petição ou; ainda, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. O procedimento ainda prevê a possibilidade de intervenção por *amicus curiae*. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

O artigo 985 do CPC dispõe que 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 jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região*” e, ainda, aos casos futuros que versem sobre questão de direito idêntica e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, exceto em caso de revisão, conforme art. 986.

Em se tratando de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida à expressa decisão do órgão julgador incumbido do incidente. É óbvio que a resolução única da questão incidente nos casos repetitivos nada mais é do que uma decisão que produz coisa julgada sobre a questão que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes. Significa que se está diante de coisa julgada que se estende a terceiros (MARINONI, 2015, p. 403).

Considerando que a tese jurídica incidirá em todos os processos que versarem sobre questão idêntica de direito, deve-se atentar para o que estabelece o art. 986 do CPC em relação à revisão da tese jurídica firmada no incidente, vez que será feita perante o mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III, do CPC.

Significa que a revisão da tese jurídica firmada em IRDR apenas poderá ser realizada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, o que denota que as partes dos processos pendentes, que foram atingidas por decisão desfavorável em IRDR, não poderão intentar a revisão da tese.

Para Nery (2018, p. 2217), não se trata de recurso contra a decisão que firmou a tese jurídica, mas de revisão, de reinterpretação dos argumentos apresentados, ou ainda, em função de mudança do contexto econômico, político ou social que permita uma nova análise da questão. Assim, a revisão poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que demonstrada e esclarecida sua necessidade.

Conforme estabelece o art. 987 do CPC, do julgamento do mérito do IRDR caberá recurso extraordinário ou especial, sendo que o recurso terá efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Frise-se que caso o mérito do recurso seja analisado, a tese jurídica adotada pelo STF ou STJ será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito.

Conforme explica Martins (2020, p. 36-37), a Exposição de Motivos do CPC/2015 reconhece expressamente que o *Musterverfahren* (procedimento alemão) inspirou a criação do IRDR, com o objetivo do Judiciário brasileiro reunir na instância de primeiro grau, os processos que versem sobre idêntica matéria de direito para que sejam decididos em conjunto.

O *Musterverfahren* é uma modalidade de julgamento de casos repetitivos que segue o sistema do processo-modelo, ou seja, há uma cisão de competência em que o colegiado fixa a tese para a questão comum a um grupo de casos e devolve o feito ao juiz competente a fim de que este aplique a tese e decida eventuais questões-periféricas. O procedimento tem a função de oferecer uma tese comum para um número significativo de demandas coletivas que versem sobre o mesmo quadro fático ou jurídico (MARTINS, 2020, p. 37).

Em crítica ao sistema alemão, Stürner (2011, p. 365) pontua que os acórdãos-modelo dos tribunais superiores para uma série de casos semelhantes é uma instituição com uma expectativa de sucesso muito incerta. Acertadamente, o autor avalia que a observância dos acórdãos dos tribunais superiores depende sempre do conhecimento e do raciocínio dos juízes, o que gera ceticismo em relação às perspectivas de êxito desse sistema. Inclusive, pontua que processos-modelo têm um efeito muitas vezes retardante, e os casos individuais diferenciam-se frequentemente do modelo. Conclui, o jurista alemão, que a racionalidade pragmática dos magistrados pode conduzir a resultados otimizados.

No sistema alemão (*Musterverfahren*) é escolhido um processo piloto, onde são decididos aspectos gerais e comuns a outros casos já existentes, prosseguindo os outros processos quanto às características particulares, apenas em causas do mercado de capitais e com prazo de validade (já que a lei deixa de vigorar em 01.11.2020 [*KapMug* § 28]), o que indica ser expediente excepcional e episódico (NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 2202).

Verifica-se que, ainda que a Exposição de Motivos do CPC/2015 faça comparação do IRDR com o sistema alemão do *Musterverfahren* (BRASIL, p. 30), as sistemáticas possuem diferenças substanciais que devem ser levadas em consideração, como: a) a ampla aplicação sobre diversas disciplinas do direito brasileiro, enquanto o direito alemão se refere especificamente ao mercado de capitais; b) aplicação da tese sobre idêntica questão unicamente de direito no CPC/15, conforme art. 976 e, o *Musterverfahren* possibilita sua aplicação em questões jurídicas e fáticas.

Cabral (2007, p. 132-133), sobre o objeto da cognição judicial no procedimento-modelo alemão, explica que “pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual.” Essa previsão evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. O autor conclui que “se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão”, o que não no direito alemão, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.

Outra notável diferença é que, no *Musterverfahren*, o juízo de admissibilidade do procedimento-modelo possui natureza vinculada, ao passo que na legislação brasileira, ainda que haja um norte para um juízo positivo de admissibilidade, tal decisão situa-se no âmbito da discricionariedade dos tribunais, o que denota se tratar de decisão política a cargo dos tribunais, sendo nítido que a intenção do legislador foi a de justamente atribuir esta discricionariedade ao Poder Judiciário (RODRIGUES, 2011, p. 917).

O sistema brasileiro do IRDR não prevê a possibilidade da parte, no processo repetitivo, retirar-se do julgamento coletivo e optar pelo julgamento individual. Por outro lado, o direito alemão prevê expressamente esse direito.

[A] *KapMug* autoriza que o autor da demanda repetitiva exerça, sem consentimento do réu, no prazo de um mês contado da desistência da demanda individual, como forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão-modelo (sistema de *opt-out*). Além disso, a *KapMug* permite que as partes representativas formalizem um acordo, de forma que os termos ali decididos atinjam todos os processos. Nesse caso, permite-se o direito de o indivíduo optar por não aderir ao acordo (*opt-out*) (CAVALCANTI, 2015, p. 24).

Assim, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 instituiu o mecanismo do IRDR com a pretensão de dar soluções iguais à processos com a matéria de direito idênticas,

visando promover uma uniformização jurisprudencial, por meio de decisões íntegras e coerentes, bem como garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Contudo, a doutrina aponta as principais inconstitucionalidades das quais padece o instituto do IRDR criado pelo CPC/2015, conforme elucida Nery (2018, p. 2201): a) ofensa à independência funcional dos juízes e separação funcional dos poderes; b) ofensa ao contraditório (CF 5º LV) porque, por exemplo, não há previsão para que o interessado possa optar por excluir-se do incidente (*opt-out*); c) ofensa ao sistema constitucional dos juizados especiais, porque prevê vinculação dos juizados especiais da decisão proferida em IRDR (CPC 985 I), sendo que não há vínculo de subordinação entre juizado especial e TRF ou TJ.

Apesar da Exposição de Motivos do CPC/2015 (BRASIL, 2010, p. 30) referir expressamente a inspiração do IRDR com o *Musterverfahren*, constata-se diferenças substanciais, especialmente, em relação à falta de previsão expressa na legislação brasileira sobre a possibilidade de participação e influência das partes dos processos que foram suspensos e em relação à ausência de liberdade das partes optarem pelo julgamento coletivo ou individual de seus processos.

## **2.1 O princípio do contraditório no Incidente de Demandas Repetitivas**

Os artigos 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015 consagram expressamente a garantia ao efetivo contraditório, assim como a paridade de armas em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, além do direito de participação e influência na formação da convicção do juiz.

Conforme lição de Luiz Manoel Gomes Junior e Jussara Borges Ferreira (2018, p. 41), a hermenêutica processual do CPC/2015 é permeada pelo fundamento constitucional, isto é, implica na compreensão do fato concreto orientado por princípios processuais constitucionais, com destaque para a centralidade dos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório. Os autores explicam que o CPC/2015 “pautou seus cânones hermenêuticos voltados para criar condições ao juízo decisório, apto a resolver problemas de forma mais rente à realidade da causa, e ainda consoante os objetivos fundamentais colimados na referida Exposição de Motivos”.

Conforme lição tradicional de Liebman (1966, p. 607), o contraditório trata-se de “garantia fundamental da justiça e regra essencial do processo”, o que significa que os jurisdicionados não só possuem a oportunidade de se manifestarem, mas como devem ter

assegurado o direito de influência antes da decisão judicial, de modo a “apresentar sua defesa de modo pleno e sem qualquer limitação arbitrária”.

Segundo Trocker (1974a, p. 370), mediante uma análise teleológico-sistemática, a melhor parte da doutrina da jurisprudência alemã vinculou a exigência do *rechtliches Gehör* (direito de ser ouvido) ao princípio da participação. Cappelletti (1982, p. 211) afirma que o “contraditório significa direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo: o contraditório é, em suma, a garantia da possibilidade de participação dos interessados”.

O concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório. Basta pensar que essa colaboração só pode ser realmente eficaz se vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão (OLIVEIRA, 1998, p. 15).

O contraditório, assim, é guindado a elemento normativo estrutural da participação (COMOGLIO, 1988, p. 2). Com isso, todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) têm a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação (TROCKER, 1988, p. 35-95, 74-85).

Levando-se a efeito as exigências normativas da garantia do contraditório, é importante observar que regulamentar o IRDR, o Código de Processo Civil de 2015 não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes. Ao contrário, a previsão é que o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal, nos termos do art. 977, CPC/2015.

De acordo com Marinoni (2015, p. 87), dar ao juiz ou ao relator poder para instaurar incidente de resolução de demanda repetitiva, é o mesmo que dar ao Estado o poder de sobrepor a otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório. Inclusive, deve-se frisar que a legislação é clara ao estabelecer que o poder atribuído às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos vários litigantes presentes nos casos que pendem.

O art. 506 do CPC estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Portanto, a decisão proferida no IRDR não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou, caso contrário, haverá evidente afronta aos arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, inciso IV, CPC/2015.

Cabe a análise do *collateral estoppel*, instituto previsto pelo direito estadunidense, que poderia ser equiparado à coisa julgada no *civil law*. Nesse sistema, existe a pretensão de se preservar a autoridade da decisão, mesmo porque, conforme elucida Marinoni (2015, p. 84) a possibilidade de rediscutir questão que está no dispositivo da decisão implica em fragilizar sua autoridade.

Contudo, o instituto dispõe sobre a atenuação da proibição da discussão de questão decidida, vez que o *collateral estoppel* não se aplica quando o vencido no processo em que a decisão foi proferida não teve “*full and fair opportunity to be heard*” (“completa e justa oportunidade de ser ouvido” - tradução livre), conforme *Rachal v. Hill*, 435 F2d 59, 5th Cir., 1970.

Do problema e da discussão levada a efeito no direito estadunidense, retiram-se consequências muito importantes para o direito brasileiro, especialmente para a sobrevivência do incidente de resolução de demandas repetitivas: i) o *collateral estoppel* proíbe a rediscussão de questão já decidida; ii) o *non-mutual collateral estoppel* permite que terceiro invoque a proibição de discussão de questão já decidida desde que a questão posta no novo processo seja idêntica, tenha sido julgada mediante sentença final de mérito, e que aquele que se pretende proibir de voltar a discutir tenha adequadamente participado do primeiro processo; iii) os terceiros, quando a decisão não os beneficia, sempre conservem o direito de propor as suas ações sem qualquer limitação de discussão (MARINONI, 2019, p. 31).

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2010, p. 31) prevê o louvável objetivo de uniformizar a jurisprudência por meio do IRDR, por meio de decisões íntegras e coerentes, para garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados. Contudo, considerando a inexistência de previsão expressa das mesmas garantias previstas no direito alemão e no direito estadunidense, como poderia o sistema brasileiro do IRDR não violar frontalmente o princípio do contraditório (direito de ser ouvido e de influenciar)?

A participação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela. Assim, resta possibilitada a aplicação de tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 71).

No Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de posituação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar (MARINONI, 2015, p. 84).

O princípio do contraditório é corolário do Estado de Direito, e exige a paridade de armas (*parità delle armi*) no transcorrer da relação processual, pois sem a igualdade de

oportunidades não existe possibilidade de exposição das razões. O direito de influir, antes da decisão judicial, pressupõe a garantia dos meios necessários para a parte se manifestar no processo (ARAÚJO, 2016, p. 108).

Portanto, pela análise da norma constitucional e processual civil atual, constata-se omissão e neutralidade do legislador em relação ao direito de discutir e influenciar dos jurisdicionados. Para que o procedimento do IRDR (que pretende garantir a segurança jurídica e a conceder a tutela adequada dos direitos) tenha plena legitimidade constitucional, e seja instrumento que consagre o Estado Democrático de Direito, não seria indispensável a previsão expressa das formas de participação - e influência -, por meio do contraditório efetivo na legislação processual?

Sem a participação, elemento inerente ao princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar, por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo liga-se a uma possibilidade real - e não meramente formal - de participação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 540).

Deve-se estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão judicial, garantindo-se debates e, ao mesmo tempo, processos mais rápidos. Impõe-se, no moderno Estado Democrático de Direito, a releitura do contraditório “como garantia de influência [das partes] no desenvolvimento e resultado do processo” (TROCKER, 1974b, p. 371; COMOGLIO, 1970, p. 118).

Conforme pontua Marinoni (2015, p. 89-90), uma alternativa para a correção da inconstitucionalidade “está na convocação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos para intervirem na defesa dos direitos dos litigantes cuja questão é posta à discussão”, porém sem excluir a possibilidade de o Ministério Público também intervir para tutelar os direitos, tenha um legitimado já ingressado no processo ou não (conforme ocorre na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor).

Os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Pelas mesmas razões, a falta de intervenção de qualquer legitimado implica, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos do grupo. Note-se que, a não ser assim, não apenas o direito de participar dos litigantes individuais continuará a ser violado, como o incidente estará retirando do Ministério Público o seu poder-dever de tutelar os direitos individuais homogêneos.

A norma processual civil vigente foi elaborada com o fim de resolver litígios de forma adequada e mais próxima à realidade da causa e para consecução dos objetivos fundamentais colimados em sua Exposição de Motivos, devendo-se perquirir se o procedimento do IRDR, da forma atualmente prevista, não ofende frontalmente a garantia fundamental da justiça e regra essencial de um processo, em conformidade com os direitos e garantias constitucionais.

### **3 IRDR: POSSIBILIDADE DE GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO?**

O Código de Processo Civil de 2015 previu expressamente em seu texto a necessidade do contraditório efetivo em todas as fases processuais, inclusive em matéria que deva ser decidida de ofício pelo juiz, verificando-se a essencialidade da observância do princípio como forma de legitimar a atuação estatal por meio do Judiciário.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2010, p. 25) consigna que a legislação processual “tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo”, por atender as necessidades sociais, de forma menos complexa e, que além de objetivar a produção de um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo e, portanto, na sua realização, devem ser observados os *standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law*.

Considerando a legislação vigente acerca do IRDR e a ausência de expressa previsão sobre a participação e influência das partes que figuram nos processos pendentes, seria possível a concretização de um processo justo para todos os jurisdicionados afetados pela decisão?

Para Comoglio (1998, p. 899), uma garantia de justiça substancial

*(...) impone di considerare come dovuto (e cioè: come due, debito o dovuto) non già qualunque processo che si limiti ad essere estrinsecamente fair (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul, piano formale, secondo la law of the land), bensì un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione. Da qui traggono origine le postulazioni teoriche, ormai quasi dovunque condivise, per la promulgazione e l'adozione di solenni atti legislativi (nazionali od internazionali) che riconoscano a tutti gli individui, in termini effettivi e senza irrazionali discriminazioni, il diritto fondamentale ad un ordinamento giuridico giusto.*



É possível constatar uma moderna instrumentalidade do processo, que procura preservar não apenas os escopos e perfis técnicos, mas também os aspectos éticos do procedimento judiciário, exigindo-se que as garantias formais do procedimento não sejam vistas como um fim em si mesmas, mas concorram para um resultado decisório coerente com os valores de igualdade substancial e de justiça procedimental (COMOGLIO, 1998, p. 899-900).

Pontua Trocker (2001, p. 386), que justo não é qualquer processo que se limita a ser regulado no plano formal. Em verdade, justo é o processo que se desenvolve com respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos valores divididos pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, no contraditório entre todos os interessados, e em um tempo razoável.

O que parece é que o IRDR, apesar de positivado na atual legislação brasileira, precedido de produção legislativa constitucional, não atende ao critério básico e essencial de observância do contraditório efetivo a todos que podem ser afetados pela decisão do incidente.

O comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual da atualidade (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 27). Assim, a justa composição da lide:

(...) só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal (CF), art. 5º, incs. LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que, de forma prática, se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e, ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes (THEODORO JÚNIOR (2010, p. 66).

Conforme salienta Comoglio (1991, p. 687), o direito fundamental do indivíduo a um processo *equo e giusto* não se cristaliza, nem tampouco se exaure, em garantias isoladas ou singulares, mas se baseia sob uma necessária coordenação das diversas garantias concorrentes.

Assim, considerando que a garantia fundamental ao contraditório, por meio de participação e influência dos jurisdicionados nos processos que pendem, não está

expressamente consagrado no procedimento do IRDR e que, este princípio decorre do devido processo legal, corolário do Estado Democrático de Direito, é no mínimo, questionável a possibilidade da garantia a um processo justo a todos os afetados pela decisão do IRDR.

### **3.1 O direito ao acesso à ordem jurídica justa**

O acesso à justiça está previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira de 1988, mas não implica somente ao acesso aos órgãos judiciários, mas também ao acesso à ordem jurídica justa, que inclui a necessária participação e interação dos sujeitos processuais, para consecução da entrega da prestação jurisdicional adequada.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 68), o acesso à justiça pode ser encarado “como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

O Estado detém o dever de prestar uma tutela jurisdicional adequada ao cidadão, além de proporcionar efetividade nas pretensões dos demandantes, demonstrando aos jurisdicionados que possui condições de oferecer uma resposta adequada, em um espaço de tempo razoável, motivando-os a buscar a solução do conflito por meio do Poder Judiciário (KLIPPEL, 2008, p. 58).

O acesso à justiça está disponível a toda sociedade e, em decorrência disso, é cediço que na contemporaneidade a principal preocupação dos legisladores e estudiosos do direito é o alcance entre o equilíbrio da duração do processo e da eficiência na prestação da tutela jurisdicional. Importante destacar que a expressão “acesso à justiça significa ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos” (MARINONI, 1999, p. 28).

Dessa forma, deve-se entender que o sistema jurídico não só deve ser acessível a todos, mas também deve possuir a incumbência de produzir resultados justos, assim entendidos como substancialmente eficazes. Sobre a ordem jurídica justa, Watanabe (2011, p. 385) assevera que:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

Para Andolina (2005, p. 96) processo justo, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade, se insere nos seguintes direitos:

(a) o direito de acesso à justiça; (b) o direito de defesa; (c) o contraditório e a paridade das armas (processuais) entre as partes; (d) a independência e a imparcialidade do juiz; (e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; (f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.

Desta forma, para que o processo seja justo, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar, não apenas o contraditório, a paridade de armas e o direito de defesa, mas também o acesso à ordem jurídica justa, que contempla a independência e a imparcialidade do juiz, a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais e a garantia de uma duração razoável, que garanta tempestiva e efetiva tutela jurisdicional.

#### **4 PERSPECTIVA HERMENÊUTICA SOBRE O TEMA**

O aspecto hermenêutico da sistemática do IRDR previsto no CPC/2015, sob a ótica aqui analisada, pode ser verificado pelo círculo hermenêutico. A ideia da circularidade da compreensão foi desenvolvida originariamente por Schleiermacher para expressar a relação recíproca entre o singular e o todo, entre o particular e o geral. Um texto é entendido na sua totalidade a partir da compreensão de cada uma das suas partes, que, por sua vez, geram uma nova visão do todo, porém, são só dois momentos de um único acontecer (LOPES, 2000, p. 106).

Heidegger, por meio da sua filosofia hermenêutica, consagra o que pode ser considerado como um terceiro nível do conhecimento humano, que aponta para a estrutura compreensiva do *Ser-aí (Dasein)* (...). É o todo pela parte e a parte pelo todo. Não se compreende a floresta sem a árvore; e não se compreende a árvore sem o conceito de floresta (STRECK, 2020, p. 37)

Para Gadamer (2002, p. 72) a regra hermenêutica, segundo a qual de se deve compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferida pela hermenêutica moderna da arte de falar para a arte de compreender.

Para Grondin (1999, p. 120):

A ideia do “Círculo Hermenêutico”, como ela será chamada mais tarde, obtém talvez sua primeira e ao mesmo tempo universal característica: “A lei básica de toda compreensão e conhecimento é a de encontrar, no particular, o espírito do todo e entender o particular através do todo.” Nesta “lei básica”, a hermenêutica posterior irá encontrar antes um problema universal, questionado, de que modo o todo pode ser obtido a partir do particular e se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular.

A incidência do círculo hermenêutico se constata a partir da análise do particular, que neste caso se trata da avaliação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que trata-se de um instituto que almeja resolver processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, que ofereçam risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A pretensão da legislação processual, foi de conferir a garantia da segurança jurídica aos jurisdicionados, por meio da uniformização de jurisprudência e decisões que sejam íntegras e coerentes.

Porém, constata-se que, apesar de inspirado no direito alemão (*Musterverfahren*), conforme a Exposição de Motivos do CPC/2015, existem diferenças notáveis, especialmente porque o IRDR não prevê a possibilidade da parte envolvida no processo pendente retirar-se do julgamento coletivo e optar pelo julgamento individual, o que é expressamente previsto no direito alemão.

Ainda, o IRDR não prevê a necessidade da presença de ente legitimado à tutela dos direitos dos jurisdicionados presentes nos casos pendentes, estabelecendo apenas que a instauração do incidente seja dirigida ao presidente de tribunal, conforme art. 977, CPC/2015. Diferente também do direito estadunidense (*collateral stoppel*), o IRDR não consagra o contraditório pleno, ou seja, a garantia expressa de que todos os afetados possam exercer seus direitos de participação e influência.

Saindo do contexto particular e partindo-se para o todo, fatalmente, diante da evidente ausência de previsão sobre a participação efetiva das partes que figuram nos processos pendentes, é questionável a possibilidade da concretização de um processo justo e, ainda, do acesso à uma ordem jurídica justa, que exige a consecução dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira e no próprio Código de Processo Civil, particularmente, em relação ao contraditório (participação e influência), paridade de armas e efetivação da tutela jurisdicional adequada.

Retornando-se ao caráter particular, no sentido de complementaridade do círculo hermenêutico, verifica-se que os escopos do IRDR, quais sejam de conferir segurança jurídica

e uniformização da jurisprudência, por meio de decisões íntegras e coerentes, restam comprometidos, diante da inviabilidade da concretização da segurança jurídica sem a observação criteriosa do princípio do contraditório como influência de todos os que podem ser afetados pela decisão proferida em IRDR.

A questão pode ainda ser vislumbrada diante da análise zetética, cujo termo tem origem na palavra grega *zetein*, que significa perquirir. Para Viehweg, o processo de investigação científica pode ser analisado a partir de um modelo que o concebe como esquema de perguntas e respostas (PESSÔA, 2005, p. 26).

Conforme Viehweg (1997, p. 76), “(...) sempre seu caráter hipotético, problemático, tentador e questionável. Servem primordialmente para delimitar o horizonte de questões de um âmbito especializado nesse sentido (...)”.

Conforme, Rocha e Alves (2011, p. 143) no enfoque zetético, a justiça não é a prestação jurisdicional, cuja atuação é corretiva após a lesão ou ameaça a direito, mas sim deve ser entendida como paradigma da virtude da convivência humana que sem uma atitude de preocupação com os outros e sem a vontade de ser equânime, os fins da justiça não podem ser normalmente atingidos.

Em relação ao IRDR, a análise zetética se faz necessária diante da falta de previsão das mesmas garantias do direito alemão (inspiração do sistema brasileiro) e do direito estadunidense, cabendo indagar se o sistema brasileiro poderia funcionar, legitimamente, com o fim de não violar o princípio do contraditório e, conseqüentemente, garantir o direito a um processo justo e o acesso à ordem jurídica justa.

## **5 CONCLUSÃO**

O procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, exige o julgamento de um caso piloto, que estabelecerá um precedente com eficácia vinculante para que, a casos idênticos em matéria de direito, sejam concedidas soluções idênticas.

É possível identificar, no procedimento do IRDR, a ausência de previsão expressa do contraditório, pois não há possibilidade do litigante do processo que pende, optar por excluir-se do incidente (*opt-out*), nem mesmo existe a exigência da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes nos casos pendentes, uma vez que a legislação refere-se, apenas, ao pedido de instauração do incidente, nos termos do art. 977, CPC/2015.

Em todo caso, mesmo sem a previsão específica da possibilidade do exercício do contraditório pelos litigantes das causas pendentes no IRDR, a norma processual civil (art. 506 do CPC/2015) é enfática no sentido de que a decisão faz coisa julgada às partes entre as quais é dada e não pode prejudicar terceiros.

Apesar da sistemática nacional para julgamento de demandas repetitivas se inspirar no *Musterverfahren* (sistema alemão), existem evidentes e inúmeras diferenças, em relação ao procedimento e das causas que podem ser submetidas, inclusive, sobre a possibilidade de participação e influência das partes dos processos que foram suspensos e na liberdade dos jurisdicionados ao *opt-out*, das partes optarem pelo julgamento coletivo ou individual de seus processos.

No mesmo sentido do sistema alemão, o sistema estadunidense (*collateral estoppel*), possui o objetivo de preservar a autoridade da decisão, mas prevê a atenuação da proibição da discussão de questão decidida, por não se aplicar quando o vencido, no processo em que a decisão foi proferida, não teve a possibilidade plena de ser ouvido.

Assim, o procedimento do IRDR, na forma atualmente prevista, ofende frontalmente o contraditório (em suas funções de participação e influência), bem como viola a garantia fundamental ao processo justo e do acesso à ordem jurídica justa. O processo civil deve se desenvolver dentro dos parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade.

Pela perspectiva do círculo hermenêutico, a verificação dos escopos do IRDR, quais sejam a segurança jurídica e uniformização da jurisprudência, ficam comprometidos, pela inobservância do princípio do contraditório como direito de influência de todos os que podem ser afetados pela decisão proferida em IRDR.

Pela perspectiva zetética, constata-se que, mediante o estudo da legislação alienígena, o sistema infraconstitucional brasileiro deveria adotar medidas que possibilitassem a manifestação plena de todos os afetados pela decisão proferida em IRDR, com o fim de não violar o princípio do contraditório e, conseqüentemente, garantir o direito a um processo justo e o acesso à ordem jurídica justa.

A garantia fundamental do contraditório, por meio da participação e influência aos jurisdicionados, decorre do devido processo legal, corolário do Estado Democrático de Direito, não consagrado expressamente pelo procedimento do IRDR, o que inviabiliza a consecução do processo justo e culmina na impossibilidade da garantia da segurança jurídica aos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo Augusto. *Il ‘Giusto Processo’ nell’esperienza italiana e comunitária*. Annali del seminario giuridico, VI: 355-378, 2005.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. Brasília, 8 de junho de 2010. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 10.09.2020.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 10.09.2020.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. **Revista de Processo**. n. 147, p. 123-146, mai. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti in tema di contraddittorio. Studi in memoria di Salvatore Satta*. v. 1. Padova: Cedam, 1982.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991.

\_\_\_\_\_. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova, Cedam, 1970.

\_\_\_\_\_. *Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto)*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LII, n. 3, 1998.

\_\_\_\_\_. *Voce: contraddittorio (principio del)*. In: Enciclopedia giuridica. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, v. 8, p. 2-5, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. II. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Hermenêutica e uniformização da jurisprudência: critérios da coerência e integridade da decisão e Incidente*

de Demandas Repetitivas. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Lex Magister, ano XV, n. 86, p. 39-55, set-out. 2018.

KLIPPEL, Bruno Ávila Guedes. Os meios de impugnação às decisões judiciais e o processo justo. **Revista de Processo**, ano 33, n. 155, jan. 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*. In: La Protezione Giurica del Laboratore: Il Principio del Contraddittorio nel Processo Civile, Penale, Amministrativo, Milão, 1966.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 37, n. 145, jan/mar. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, ano 40, p. 399-419. nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1 [livro eletrônico]. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS, Humberto. *Musterverfahren*: considerações sobre sua dita influência no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. PORTO, José Roberto Mello (Coord). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: panorama e perspectivas. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 15, p. 07-20, 1998.

PESSÔA, Leonel Cesariano. Em torno da distinção entre as perspectivas zetética e dogmática: nota sobre a pesquisa jurídica no Brasil. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 4, p. 23-32, 2005.

ROCHA, José Cláudio. ALVES, Cristiano Cruz Alves. O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa? **Meritum**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 133-161, jan-jun. 2011.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. v. 8, n. 8, p. 905-939, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.



STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil (trad. Márcio Flávio Mafra Leal). São Paulo: **Revista dos Tribunais Online**. v. 193, p. 355-372, mar-2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50 ed. v. I, n. 22. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo-RS. v. 2, n. 1. p. 64-71, 2010.

TROCKER, Nicolò. *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*. **Rivista di Diritto Processuale**, XLIII, p. 35-95, 1988.

\_\_\_\_\_. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001.

\_\_\_\_\_. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974a.

\_\_\_\_\_. **Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano, A. Giuffrè, (Studi di diritto comparato, 12), 1974b.

VIEHWEG, Theodor. **Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica**. In: \_\_\_\_\_. *Tópica y filosofía del derecho*. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 71-85.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio 2011.