A Teoria da Integridade de Dworkine – O Instituto Processual do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

FELIPE DAYRELL MENDONÇA

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Advogado – Sudecap – Superintendência de Desenvolvimento da Capital; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP) e em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Mestrando em Filosofia Direito pela UFMG.

RAPHAEL SILVA RODRIGUES

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Universidad Argentina John F. Kennedy (UAJFK); Mestre em Direito pela UFMG e Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Professor Universitário em diversos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação Lato Sensu; Membro Colaborador da Comissão de Direito Tributário da OAB/MG; Membro do Conselho Técnico e Editorial do Instituto Mineiro de Estudos Tributários e Previdenciários (IMETPrev); Membro do Conselho Editorial da Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT), Parecerista (Double Blind Peer Review) da RFDT, Parecerista da Revista Misión Jurídica, da Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, Colômbia; Membro Integrante de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos; Autor e Coautor de livros, capítulos de livros e artigos de revistas científicas; Advogado.

THIAGO PENIDO MARTINS

Doutor em Direito Privado pela PUC Minas; Mestre em Direito e Especialista em Direito pela FDMC/MG; Procurador Autárquico do Município de Belo Horizonte/MG; Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itáúna; Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais.

“Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas,

e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Bocira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 138)

RESUMO: O presente artigo trata sobre as alterações promovidas no Novo Código de Processo Civil para que os Tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente à luz da teoria de Ronald Dworkin, do Direito como integridade e da metáfora do romance em cadeia na produção das decisões judiciais. Analisar-se-á a proposta de Dworkin, que trata do Direito como integridade em sua dupla dimensão. A integridade da legislação como mais um obstáculo a ser superado para alcançar a integridade no ordenamento. As decisões proferidas em um sistema jurídico em que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, conforme prevê o art. 926 do NCPC são decisões mais aptas ao controle, à crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Coerência. Integridade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Apresentação do Caso; 2.1 Apresentação do Referencial Teórico; 2.2 Discussão da Solução. 3 Considerações Finais. 4 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O art. 926 do CPC, ao incluir as noções de coerência e integridade como norte para os tribunais seguirem na tarefa de uniformização de sua jurisprudência, acabou por adotar, expressamente, a teoria da integridade do direito do filósofo norte-americano Ronald Dworkin.

O que se procura investigar é se o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, seria com essas noções e teoria compatível.

Para isso, o presente estudo partirá da breve exposição do caso fazendo menção ao modo como as referidas noções foram inseridas no novo diploma processual pátrio e os objetivos que se queriam alcançar com essa inserção. Após, detalhar-se-á a teoria de Dworkin a partir da comparação entre os paradigmas do positivismo e pós-positivismo, abordando-se a teoria da norma jurídica em ambos os contextos, bem como a relação do direito com a moral e a questão da discricionariedade judicial. Finalmente, será feita a análise do instituto propriamente dito do IRDR, a partir de todo o arcabouço teórico desenvolvido no tópico anterior. O tema desse texto, portanto, situa-se dentro do campo da filosofia do direito, notadamente da hermenêutica jurídica, e guarda estreita relação com o direito processual civil pátrio.

2 Apresentação do Caso

A questão a ser tratada no presente trabalho é concernente à compatibilidade ou não do novo instituto processual do IRDR, com as noções de integridade e coerência previstas no art. 926 do CPC.

O referido incidente está disciplinado nos art. 976 e seguintes do CPC e tem por objetivo a estabilização da jurisprudência de modo a se afastar o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II, do CPC) com julgamentos díspares diante de causas idênticas.

O que se propõe com a nova legislação é que, tratando-se de causa em que a controvérsia seja unicamente de direito e houver já grande número de processos judiciais abordando a mesma questão, poder-se-ia instaurar o IRDR de modo a se chegar a um julgamento único da questão controversa, que seria aplicado aos processos já em curso e, também, aos futuros (art. 985 do CPC).

Procedendo-se assim, seria possível estabilizar a jurisprudência. É dizer: todas as causas que versassem sobre a questão de direito decidida em sede de IRDR teriam o mesmo desfecho. A isonomia de tratamento ao jurisdicionado estaria, desse modo, resguardada e não mais se verificaria o fenômeno da “loteria jurisdicional” (MONNERAT, 2016).

Sob a ótica da estabilidade, portanto, pode-se facilmente concluir que o indigitado instituto processual representa um grande passo nesse sentido. Afinal, ao se firmar uma única tese jurídica a ser aplicada a todos os processos judiciais já em trâmite e também aos futuros, impossível seria a ocorrência de julgamentos divergentes para casos idênticos.

Esse, contudo, é apenas um dos objetivos traçados pelo art. 926 do CPC, que, ao lado da estabilidade, exige que a jurisprudência dos tribunais seja uniformizada também de maneira íntegra e coerente. A questão que se coloca é se o IRDR atende a esses três objetivos concomitantemente: estabilidade, coerência e integridade. À estabilidade não há dúvidas, conforme alinhavado alhures. O NCPC, contudo, quer mais. Esse novel diploma processual não busca apenas obter uma mesma decisão para processos idênticos, garantindo isonomia de tratamento aos jurisdicionados, mas também que as decisões sejam íntegras e coerentes.

O que significa, então, integridade e coerência? E porque elas foram inseridas no novo CPC em seu art. 926? A inserção das noções de integridade e coerência no NCPC se deveu à sugestão de Lenio Luiz Streck (2013) aos juristas encarregados pela elaboração do projeto da nova legislação processual civil, notadamente Fredie Didier Jr. e Dierle Nunes.

A redação original do art. 926, diga-se de passagem, previa apenas a noção de estabilidade como objetivo a ser traçado para a uniformização da jurisprudência dos tribunais. Foi somente a partir da sugestão desse renomado jurista que se acrescentou, também, integridade e coerência. Deve-se questionar por que a estabilidade não seria suficiente, na opinião de Lenio Streck, para nortear a jurisprudência brasileira. O que o teria motivado a formular essa sugestão?

Streck esclarece, no artigo publicado em 2013, que o conceito de estabilidade é autorreferente enquanto que os de integridade e coerência se relacionam com a ética e a política: “Dizia eu que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a ‘estabilidade’ é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”.

A estabilidade significaria, portanto, a repetição ou manutenção dos julgados anteriores, enquanto que a integridade e a coerência trazem à baila princípios éticos e políticos para solução dos novos casos, que podem ou não ser decididos em conformidade com julgamentos anteriores.

Elaborando sobre o tema, Streck (2013) acrescenta que a isonomia só seria garantida, efetivamente, a partir da coerência – aplicação dos mesmos princípios em casos idênticos – enquanto que a integridade implicaria tratar o direito como um conjunto único de princípios moralmente coerentes, o que afastaria a possibilidade de juízes agirem arbitrariamente. Importante salientar que as noções de integridade e coerência são temas centrais do pensamento do ilustre jurista norte americano, Ronald Dworkin (2002; 2007), que serviram de pano de fundo teórico para as sugestões de Streck. Ele próprio assevera que fez sugestões de “caráter dworkiniano” (STRECK, 2013).

Este, portanto, é o caso a ser estudado. A partir dos conceitos de integridade e coerência, que constam atualmente expressos no texto do CPCB e foram acima pincelados, objetiva-se perquirir se o novel instituto processual do IRDR seria com eles compatível.

Streck termina o seu artigo de 2013 num tom bem otimista a partir da inserção da coerência e integridade no texto do NCPC, afirmando que caso o texto do código fosse aprovado nesses termos, venceria a democracia, o Estado Democrático de Direito e a Comunidade Jurídica.

Esse mesmo otimismo, contudo, não se verifica em um outro artigo (STRECK; ABOUD, 2016), no qual se aborda a sistemática do IRDR. Vejamos o porquê.

2.1 Apresentação do Referencial Teórico

O referencial teórico do presente trabalho é a teoria do direito como integridade do jurista norte-americano Ronald Dworkin. O art. 926, conforme aduzido alhures, positiva essa doutrina no NCPC fazendo constar, expressamente, os termos coerência e integridade no que tange à jurisprudência pátria. Esse dispositivo está em consonância com a teoria de Ronald Dworkin que enxerga o direito como um sistema “único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” e, assim, exige que a lei seja produzida e aplicada de maneira moralmente coerente (DWORKIN, 2007), ou seja, com base em princípios de equidade, justiça e devido processo legal.

Sua ideia guarda direta relação como paradigma do pós-positivismo, que, no entendimento de Abboud e Cavalcanti (2015, p. 4), é composto de três elementos. Assim, são elementos essenciais para a compreensão do paradigma pós-positivista: (a) diferença entre texto e norma; (b) a interpretação do direito deixa de ser ato que desvenda a vontade da lei (*volunta legis*) ou do legislador (*volunta legislatoris*); e (c) a sentença deixa de ser processo silogístico (não se aplica mais a subsunção).

Conforme ensinam os referidos juristas, o termo pós-positivismo e a sua sistematização são devidos à obra de Friedrich Müller (2009), que traça as bases da sua teoria no livro *Teoria Estruturante do Direito*, e tem como principais objetivos: (a) carrear as conquistas e as inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito e (b) sistematizar a teoria da norma atrelando-a ao fenômeno decisório, com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica de cariz silogístico (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 4).

A grande questão que se apresenta é, portanto, de hermenêutica. A norma preexiste à interpretação ou surge da interpretação? Texto da norma é o mesmo que norma?

Para os autores inseridos no paradigma positivista, Kelsen, Austin, Hart e Alexy, dentre outros, a norma é algo preexistente abstratamente e antecede a própria problematização jurídica. O caso concreto não seria importante para que se verificasse a existência da norma. Caberia ao intérprete, diante do caso concreto, fazer o “correto enquadramento dos fatos à norma jurídica”

que já existiria e serviria de parâmetro interpretativo para o caso (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Para a resolução de um caso concreto, portanto, dever-se-ia apenas fazer uma operação silogística, de subsunção do fato à norma preexistente. Daí o seu caráter semântico, visto que abstrato e independente da problematização jurídica.

No presente trabalho serão abordadas as posições positivistas de Kelsen e Hart em comparação à de Dworkin, de modo a se delimitar o objeto de estudo.

Kelsen (1999, p. 3) é quem inaugura essa concepção de norma jurídica ao caracterizá-la como esquema de interpretação. Ou seja, seria ela quem emprestaria sentido jurídico ou antijurídico a um determinado fato, devendo este ser interpretado em relação a ela mesma, a norma: o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.

Percebe-se, desse modo, o quanto o autor separa fato de norma. *Ser de dever ser*. A norma esquematizaria a interpretação do fato. Seria, nas palavras do próprio autor em momento posterior de seu texto, uma moldura a servir como esquema de interpretação para um fato. Ela não dependeria do fato para existir.

Um juiz, ao proferir uma sentença, enquadraria um fato jurídico ou antijurídico à moldura da norma, não havendo, necessariamente, uma resposta correta, mas várias soluções possíveis. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas

apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1999, p. 247).

A existência da norma é, assim, meramente formal, e, por isso, abstrata. Essa sua característica, a partir do pensamento de Kelsen, é bem explicada por Andityas Soares de Moura Costa Matos (2011, p. 48): “A norma jurídica é encarada como um possível esquema de interpretação de condutas humanas, configurando-se logicamente enquanto sentido objetivo de atos de vontade. A objetividade das normas jurídicas decorre da circunstância de se fundamentarem as inferiores nas superiores, compreendidas sistematicamente como elementos da pirâmide normativa (*Stufenbau*) cujo ápice, no direito interno de cada Estado, radica-se na Constituição. Daí a existência da norma jurídica ser formal e não factual”.

Hart, diferentemente de Kelsen, elabora uma teoria que é por ele definida de “sociologia descritiva”, conforme apontado por Sheila Stolz (2007). O seu ponto de partida é diferente, mas o resultado alcançado é bem semelhante.

Kelsen estrutura o ordenamento jurídico a partir de uma norma fundamental pressuposta (KELSEN, 1999), algo, portanto, hipotético e que ocorre no pensamento de cada um dos cidadãos, já Hart lança mão da regra de reconhecimento, que tem natureza sociológica, pois depende de um mínimo de eficácia para existir. São úteis os esclarecimentos de Sheila Stolz (2007, p. 105) sobre a natureza da regra de reconhecimento:

“Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validade *supremo*. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma regra de reconhecimento não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma regra de reconhecimento existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da regra de reconhecimento se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.”

A partir da regra de reconhecimento que é, portanto, uma questão de fato, é que se conferirá validade a todas as demais regras (HART, 2009). Já para Kelsen (1999), a validade se verifica a partir de critérios de competência e hierarquia, sendo cediço que uma norma só será válida se posta por uma autoridade competente e hierarquicamente subordinada a outra norma, até

que se chegue ao ponto de partida único que é a norma fundamental, aquela que legitima a primeira constituição histórica.

Percebe-se, portanto, que ambos os autores adotam uma postura descritiva do que seria o direito e suas normas. Para Kelsen (1999), o direito seria composto de normas organizadas hierarquicamente a partir de uma norma fundamental. Já para Hart (2009), o direito seria organizado por regras e princípios postos, que seriam reconhecidos como tal a partir de uma regra de reconhecimento que deve ter um mínimo de eficácia para existir. Daí seu caráter sociológico.

Essas visões descritivas conferem caráter abstrato às normas. Elas preexistem aos fatos e não dependem deles para que se extraia delas seu efetivo significado, que já está em seu texto e se confunde com a própria norma. Basta apenas que o intérprete faça a subsunção silogística do fato à norma para que se chegue à solução do fato concreto.

Por isso que o pós-positivismo representa um avanço em relação ao positivismo, pois elimina a confusão do texto normativo com a própria norma jurídica. O texto normativo seria o programa normativo, e, por isso, preexistente abstratamente; já a norma jurídica propriamente dita só seria conhecida mediante a atividade interpretativa que acaba por construir o próprio sentido dela, que não se limitaria ao seu texto normativo (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Por fim, antes que se possa passar ao aprofundamento da teoria da integridade de Dworkin sobre o direito, necessário que se aborde dois últimos pontos do pensamento positivista de Kelsen e Hart: a discricionariedade do magistrado e a relação do direito com a moral.

Para Kelsen e Hart, o juiz, ao se defrontar com um caso difícil, poderá decidir discricionariamente. Kelsen (1999) enxerga essa possibilidade como uma atuação que se situaria fora da moldura interpretativa da norma, enquanto que Hart (2009) a explica em decorrência da textura aberta das regras e princípios, que, por não conseguirem regular todas as situações possíveis e imagináveis, acabam por deixar a cargo do juiz a liberdade de criar uma regra individual que será aplicada retroativamente ao caso concreto.

Flávio Quinaud Pedron explica a posição de Kelsen¹ (1999, apud PEDRON, 2009, p. 134): “Para tanto, basta observar a postura assumida por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, afirmando que a decisão do tribunal é discricionária, mas permaneceria como jurídica desde que estivesse incluída

1 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

dentro da moldura de interpretações possíveis. Contudo, após a edição de 1960, Kelsen dá uma guinada completamente diferente em sua teoria – um giro decisionista, ao admitir que o tribunal possa escolher uma interpretação que se situe fora dessa moldura interpretativa”.

A posição de Hart (2009) é bem esclarecida por Sheila Stolz (2007):

“Para Hart, sua teoria é uma teoria das horas de vigia, em que a interpretação do Direito não apresenta excessivos problemas, pois está fundamentada na obviedade da linguagem jurídica encontrada nas normas, convenções e práticas que constituem a linguagem natural ou comum de uma sociedade. Mas também é correto afirmar que, em alguns momentos, surgirão dúvidas na aplicação do Direito em razão da textura aberta das expressões que utiliza e, nestes casos, é inevitável que em algumas decisões – a fim de dar uma resposta concreta a um caso determinado – os juízes atuem com discricionariedade (que não equivale a uma eleição arbitrária). Não obstante este momento de abertura do Direito, a certeza jurídica se vê pouco afetada, pois a discricionariedade judicial é limitada e intersticial.”

Os casos difíceis, portanto, para esses dois autores positivistas, seriam oportunidades para o exercício da discricionariedade judicial, o que, conseqüentemente, significaria a possibilidade de várias respostas para um mesmo caso.

Sobre a relação do direito com a moral, tanto Kelsen quanto Hart afastam a possibilidade de uma necessária identificação conceitual. Não que ela, a moral, não exista e não possa influenciar o direito. Não é isso. Ela existe e pode sim nortear a elaboração do direito, principalmente mediante alteração de suas regras e princípios. O que esses dois filósofos defendem é que, diante de um caso concreto, a questão deva ser solucionada dentro do ordenamento jurídico posto, seja através de regras ou princípios positivados. As questões morais e de justiça serviriam à filosofia do direito, de modo a contribuir com a revisão e evolução do mesmo. O que se afirma, apenas, é que não seria jamais necessária a conexão conceitual entre direito e moral.

Kelsen (1999, p. 48) é categórico ao separar o direito da moral:

“Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o direito da moral e a ciência jurídica da ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral. (...) Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar

o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma moral absoluta, quer através de uma moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever.”

Hart, nessa esteira, também reforça essa separação: “Neste livro, sustento que, embora haja várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão necessária entre seus conteúdos; disposições moralmente iníquas podem, portanto, ser válidas como normas ou princípios jurídicos. (...) Portanto, não é verdade que os enunciados de direitos e deveres jurídicos só possam ter sentido no mundo real se houver alguma fundamentação moral para que se afirme sua existência” (2009, p. 346-347).

Justamente por estar o direito encarregado de “conhecer e descrever” a ordem normativa, como explicita Kelsen, é que não há de haver uma conexão necessária entre o direito e a moral, como coloca Hart. Afinal, o direito é composto de normas que foram postas e existem abstratamente. A norma, preexistente ao fato, possui normatividade apenas por se inserir corretamente no ordenamento jurídico e ser assim reconhecida, seja ela condizente com valores morais ou não.

Dworkin, nosso marco teórico, traz uma outra proposta, qual seja, uma de caráter interpretativo e construtivista da norma, que não mais preexiste. Ela é interpretada a partir do caso concreto e a partir dessa interpretação é que se constrói o seu sentido. Ela nasce da interpretação, e é, portanto, construída pelo intérprete (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Para isso, ele lastreia sua teoria na noção de princípios. As leis e as decisões judiciais devem ser feitas com base em princípios coerentes de raiz moral, de modo que se preserve a integridade do ordenamento jurídico e se dê sempre uma única resposta correta aos casos judiciais, sejam eles fáceis ou difíceis. Estaria afastada, portanto, a possibilidade de uma decisão discricionária por um magistrado, por exemplo, pois esse deveria sempre fazer um esforço interpretativo para se chegar aos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, de modo a se extrair da legislação e dos precedentes o melhor sentido possível, que seria a única resposta correta para o caso (DWORKIN, 2007).

Esses princípios são extraídos do ordenamento jurídico como um todo, a partir da Constituição e leis infraconstitucionais, bem como dos precedentes judiciais que terão ou não força gravitacional para imponem a sua aplicação (DWORKIN, 2002), caso sejam também lastreados e interpretados com base nos referidos princípios da equidade, justiça e devido processo legal.

Os positivistas, de um modo geral, reconhecem, também, a existência de princípios, conforme já aduzido alhures. Seria injusto afirmar que o mo-

delo positivista seria composto só por regras. Não é isso. A questão é que eles, princípios, não são enxergados sob o mesmo prisma utilizado por Dworkin. Para este autor, por serem os princípios aplicados mediante ponderação, diferentemente das regras, que são aplicadas no estilo tudo ou nada, envolvem sempre uma decisão sobre valor. E isso evidencia, de maneira cabal e insofismável, a raiz moral do direito.

Ronaldo Porto Macedo Júnior (2013, p. 163-164) traduz esse raciocínio de Dworkin na seguinte passagem:

“A meu ver, num certo sentido, o positivismo jurídico efetivamente conseguiu mostrar como a existência de princípios num sistema jurídico por si só não constitui uma dificuldade especial para sua consistência interna. Contudo, o ponto importante a considerar não é esse. Dworkin procura mostrar que, no funcionamento dos princípios, o ‘*point* moral do direito’ fica particularmente evidenciado. Ademais, é certo que os princípios são um tipo de regra num sentido amplo, porquanto estabelecem uma medida de avaliação de um determinado padrão (regra). Contudo, as regras em sentido estrito, que funcionam como uma gramática do ‘tudo ou nada’, não capturam a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico que Dworkin procurará evidenciar, em contraste com a visão positivista. (...) O que é relevante asseverar é que os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. Isto é, o *point* (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa (ou melhor, ‘interpretista’ ou ‘interpretativa interpretativista’, para que se evitem confusões nesse ponto), da parte do operador do direito.”

Ou seja, por afirmar serem os princípios aplicados de modo valorativo, Dworkin demonstra a estreita relação entre direito e moral. E, com isso, desenvolve sua teoria interpretativa-constitutivista da integridade, que defende que as normas surgem da própria interpretação a partir de um caso concreto e devem ser interpretadas coerentemente com os princípios do devido processo legal, justiça e equidade. Nas palavras de Dworkin (2007, p. 291) o direito como integridade pode ser assim descrito: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”.

O direito seria um “conceito contestado”, de natureza eminentemente argumentativa e, por isso, interpretativa, cujo sentido só seria alcançado pelo uso que é feito dele, ou seja, a partir dos casos que se apresentem (MACEDO Jr., 2013).

Para Dworkin (2007), a interpretação jurídica se assemelha à interpretação de uma obra de arte, e, por ser assim, somente a partir da sua melhor interpretação é que se poderia conhecer o seu verdadeiro sentido, visto que a preocupação com o seu propósito seria o norte interpretativo a ser seguido. Por isso a interpretação seria construtiva e criativa, pois ao impor um propósito a uma prática ou a um objeto, se construiria o seu próprio significado. Não se adota mais, portanto, uma concepção semântica de norma jurídica, na qual se subsume o fato à norma, mas sim de algo a ser construído pelo próprio interprete.

A analogia do direito com um jogo de xadrez, amplamente utilizada pelos positivistas, notadamente Hart, seria, de balde, inadequada. O papel desempenhado pelos princípios, que são aplicados mediante ponderação de valores, conforme explanado acima, aproximaria o direito mais da prática da cortesia, pois essa teria raiz valorativa e exigiria do intérprete uma avaliação valorativa para depreender e construir o significado das regras de cortesia ao contrário das regras de xadrez, de caráter estrito, que são aplicadas no estilo tudo ou nada (MACEDO Jr., 2013).

A ideia de direito como integridade começou a ser desenvolvida na obra *Levando os Direitos à Sério* e foi aperfeiçoada na obra *O Império do Direito*.

A ideia de integridade evidencia o “agulhão semântico” (DWORKIN, 2007) no qual estavam inseridos os positivistas. Dentre eles, Kelsen e Hart. Ora, se a aplicação do direito fosse uma operação silogística de subsunção do fato à norma que tem um sentido preexistente e abstrato, não haveria possibilidade de divergências teóricas ocorrerem. Ou se aplicaria a norma preexistente, ou estaríamos diante da discricionariedade judicial que criaria uma nova norma a ser aplicada retroativamente ao caso concreto.

O “agulhão semântico” é justamente essa constatação de que as coisas não são tão simples assim. Não basta uma mera operação silogística para se solucionar um caso. Se assim o fosse, o caso Elmer (DWORKIN, 2007) não poderia ter tido a solução que teve.

Afinal, um herdeiro necessário, arrolado em testamento, fora impedido, contrariamente ao disposto em lei, de receber sua herança. Isso só se deu em razão de ter sido feita uma interpretação construtiva da norma jurídica, cujo sentido ao final extraído foi o de que quem assassinou o instituidor da herança

não deveria herdar. Para encerrar o argumento e se fazer uma ponte com a próxima parte deste trabalho, imprescindível que trabalhemos com a noção desenvolvida por Dworkin da analogia entre o direito e a literatura, o romance em cadeia e o juiz Hércules (DWORKIN, 2007; NUNES et al., 2016).

Dworkin (2007) compara o direito com a literatura quando analisa a forma como as decisões judiciais são tomadas. Partindo da ambição que a noção de integridade apresenta, qual seja, a de que fazemos parte de uma “comunidade de princípios”, e que, por isso, devemos ter uma posição coerente de interpretação do direito com base sempre nos princípios, da justiça, equidade e devido processo legal, a atuação judicial não poderia, jamais, ser discricionária.

Não existiriam várias possibilidades de respostas corretas para um caso concreto, mas apenas uma única, aquela que guardasse estreita relação com a integridade do ordenamento jurídico. Integridade essa que, para Dworkin, nas palavras de Alessandra Damian Cavalcanti (2016), significaria enxergar o direito como algo criado por um único autor: “Assim, para Dworkin, o princípio de integridade pressupõe que os juízes identifiquem direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único autor, que seria a comunidade personificada, numa concepção coerente de justiça e equidade, as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Isso não significa, contudo, que não possa haver inovação no direito. O juiz, ao julgar, estaria na posição semelhante de um escritor que redige um capítulo de um romance que já começara a ser redigido por outros escritores. Ele deve se inserir nesse romance fazendo uma interpretação de tudo que já fora escrito sem se limitar a repetir as decisões passadas. Ele também pode criar e inventar, desde que mantenha uma coerência com a narrativa em cadeia na qual ele se insere e de modo a melhorar a interpretação do direito, construindo a melhor interpretação possível (DWORKIN, 2007).

Esse modo de os juízes atuarem, imaginado por Dworkin (2007), é algo extremamente difícil de ser feito. Por isso o autor cria a figura do juiz Hércules, que nada mais seria que um ideal, um norte, a ser seguido por todos os magistrados e não, necessariamente, algo a ser de fato realizado.

Bom, após ter sido explicado o paradigma do positivismo jurídico e do pós-positivismo, dando realce à teoria do direito como integridade de Dworkin, passa-se à análise do incidente de demandas repetitivas – IRDR, em face das noções de coerência e integridade positivadas no art. 926 do CPC.

2.2 Discussão da Solução

O IRDR está previsto nos arts. 976 a 987 do CPC, e guarda direta relação com a noção de “precedentes qualificados” previstos no art. 927, vez que constitui o seu inciso III. Os precedentes qualificados são aqueles aos quais a legislação confere força vinculante, visto que são formados a partir de procedimentos nos quais se observa o contraditório de um modo mais marcante, conforme lição de Fábio Victor da Fonte Monnerat (2016, p. 100):

“Já os precedentes qualificados devem ser entendidos como julgamentos proferidos em procedimentos previstos em lei voltados a formação de uma precedente, apto à expressar o entendimento do Tribunal sobre uma questão de direito e a ser aplicado nos demais casos que envolverem a mesma matéria. Estes precedentes são qualificados, não apenas pelo fato de serem vinculantes e por legitimarem cortes procedimentais, mas também porque os procedimentos previstos para sua formação são dotados de uma maior influência dos princípios do contraditório, motivação e publicidade.”

Esses precedentes compõem aquilo que foi denominado pela doutrina de “microsistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes”, cujo objetivo seria “a construção de um verdadeiro direito jurisprudencial embasado normativamente em deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade (art. 926)” (THEODORO Jr. et al., 2016).

Em linhas gerais, esse instituto do IRDR dispõe que, havendo efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e se verifique o risco de se ofender a isonomia e a segurança jurídica, seria cabível a instauração do IRDR, art. 976, I e II, do CPC. O incidente deve ser instaurado perante o tribunal de segunda instância competente, salvo se já tiver sido admitido recurso por tribunal superior para decisão de questão material ou processual repetitiva, art. 976, § 4º, do CPC. Por se tratar de “interesse metaindividual”, a desistência da ação não impede o exame de mérito e é obrigatória a participação do Ministério Público, art. 976, §§ 1º e 2º, do CPC (DUTRA, 2016).

A admissão do incidente deve ser feita por órgão colegiado (art. 981 do CPC), que deve julgá-lo no prazo máximo de um ano (art. 980 do CPC); e, durante esse prazo, ficarão suspensas as demais causas que tratem da mesma questão de direito (art. 982, I, do CPC).

O julgamento deverá abranger a análise de todos os fundamentos alegados a respeito da tese jurídica, sejam favoráveis ou contrários, fazendo-os constar do conteúdo do acórdão art. 984, § 2º, do CPC. Sendo cediço que deverão ser ouvidas as partes e os demais interessados, de modo a se resguardar,

ao máximo, o contraditório, antes de se proferir o julgamento da tese (art. 983 do CPC). Esses interessados serão ouvidos como *amicus curiae* (SIMÃO, 2015).

Após julgado, a decisão se aplicará a todos os processos em curso e aos futuros no âmbito da competência do tribunal que a proferiu (art. 985 do CPC), salvo se houver revisão da tese jurídica nos termos do art. 986 do CPC. Havendo interposição de recurso especial ou extraordinário, para o STJ ou para o STF, a decisão desse recurso que verse sobre IRDR será válida para todo o território nacional (art. 987 do CPC), nos mesmos termos do art. 985 do CPC.

O IRDR pode ser definido, portanto, como um “precedente qualificado”, formado a partir de procedimento no qual é observado amplamente o contraditório, e que terá força vinculante devendo sua tese ser adotada para os processos já em curso e para os futuros. Na hipótese de nos processos futuros não ser observada a decisão fixada em IRDR, caberá o ajuizamento de reclamação, art. 985, § 1º, do CPC para o tribunal competente.

Diante disso, alguns importantes problemas se apresentam:

a) Risco de manejo precoce do incidente com a conseqüente imaturidade dos assuntos para serem julgados. Decisão essa que geraria vários *distinguishings* e *overrulings* (DUTRA, 2016).

b) Subdimensionamento dos fatos diante da decisão e risco de se hiperintegrar o direito. Utilização de uma decisão-modelo a ser aplicada a processos futuros, com restrição ao contraditório baseado em fatos, privilegiando o paradigma positivista semântico ao invés do interpretativista do pós-positivismo (DUTRA, 2016).

c) Errada compreensão do que seria o precedente jurídico. Valorização da cognição sumária e tratamento do precedente nos mesmos moldes da lei (fetichismo legal) ao invés de se basear na sua *ratio decidendi*.

A grande questão é que, já que a tese firmada em julgamento de IRDR deve ser aplicada para processos já em curso e também para os futuros, o que se arrisca é que a ementa da decisão seja aplicada de um modo sumário, automático e precoce. Explica-se.

A decisão do IRDR, por ser tomada como uma decisão-modelo a ser aplicada em todos os processos futuros de modo vinculante, poderia, com o objetivo de se uniformizar a jurisprudência, acabar por prevenir, inclusive, o debate, indo na contramão do que propõe Dworkin (2002), que defende que as causas estejam maduras para julgamento, de modo a se prevenir dissensos, conforme explica Victor Barbosa Dutra (2016). Por dissensos, leia-se

distinguishings, argumentação que sustenta que o caso em análise se trata de caso diverso daquele fixado no precedente, e *overrulings*, argumentação que admite se tratar de caso idêntico àquele fixado no precedente, mas busca superá-lo (DUTRA, 2016).

Caso o IRDR seja manejado de maneira precoce, dificilmente o judiciário terá tido o alcance da complexidade do caso, pois poucos juízes já teriam se manifestado sobre a matéria (DUTRA, 2016). Na opinião desse autor (DUTRA, 2016), e também na de Humberto Theodoro Júnior et al. (2016), procedendo-se assim, arrisca-se hiperintegrar o direito com o subdimensionamento dos fatos que geraram a decisão. Valoriza-se, assim, a eficiência quantitativa de resolução de casos, em detrimento da qualitativa que prima sempre pelo enquadramento correto do precedente na situação fática nova. Essa hiperintegração é uma tendência que já vem desde a adoção da sistemática dos recursos repetitivos. Esclarecedora a sua lição sobre o tema: “Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matiz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração* do direito” (THEODORO Jr. et al., 2016, p. 383).

Depreende-se do texto acima citado que Humberto Theodoro Júnior et al. (2016) deixam claro que o precedente brasileiro diverge e muito da sua conceituação no sistema da *common law*. Isso se justifica pela forma como são formados os precedentes nesse sistema em comparação com o que se propõe no Brasil. Continuam os referidos autores:

“Precedentes apenas fazem sentido a partir dos casos que lhes deram origem. A *holding* (fundamento determinante) do precedente apenas faz sentido face à matéria do caso similar ao qual se pretende que ele seja aplicado. *Aliás, no common law casos não são julgados para formar precedentes. Casos são julgados para que se resolva o litígio e, no futuro, as ‘razões de decidir’ ali expendidas podem servir para casos futuros.*” (THEODORO Jr. et al., 2016, p. 398, grifo do autor)

O que se está querendo implementar no Brasil, portanto, é algo diverso do que existe há séculos nos países onde se adota o modelo do *common law*. No Brasil, o precedente tem raiz e resultado diferentes. Prioriza-se a resolução quantitativa de casos, ao invés de qualitativa, e não se dá a devida importância à *ratio decidendi* dos julgados. Ocorre a padronização de decisões com a aplicação de súmulas ou ementas proferidas por tribunais, conferindo-se o caráter de

precedente ao julgado no momento em que o mesmo é produzido. Cria-se, assim, a figura do “precedente qualificado”, conforme explicitado no início deste tópico.

O precedente já nasceria precedente, o que não ocorre no *common law*. Lá, somente com a aplicação reiterada da *ratio decidendi* no decorrer dos anos de um determinado julgado é que se chega à conclusão de que se trata, sim, de um precedente. A questão da importância da *ratio decidendi* para a correta aplicação do precedente é algo imprescindível de ser compreendido. Afinal, ela nada mais é do que o núcleo do próprio precedente e constitui a proposição jurídica que será seguida a partir do reconhecimento do mesmo. Apesar de a *ratio decidendi* não ser integrada por fatos, o precedente deve ser sempre interpretado com base nos fatos que o geraram. Uma vez constada a repetição análoga dos fatos, dever-se-ia repetir a decisão, qual seja, o precedente (WAMBIER, 2009).

Nessa toada, alerta Antônio Aurélio de Souza Viana (2017, p. 135-136) sobre o risco de achatamento da argumentação jurídica e da criação de um sistema aleijado de precedentes, que não teriam a sua raiz na *ratio decidendi* que os originou:

“Como a sistematização do precedente vinculante tende a achatar a argumentação sobre os casos que envolvam questões jurídicas já decididas em precedentes obrigatórios, a ampliação dos precedentes pode inviabilizar, por completo, a superação de determinada tese, pois, pouco a pouco, os casos deixariam de ser discutidos pela existência de decisões conflitantes. O fato de os defensores da tese sobre os precedentes obrigatórios estarem de acordo com a afirmação segundo a qual muitas decisões recentes das Cortes Supremas brasileiras – portanto, STJ e STF – não possuem qualquer *ratio decidendi*, por simplesmente constituírem uma soma de votos favoráveis ou contrários ao provimento recursal, transforma-se em algo ainda mais desconcertante, pois, seguindo-se a referida tese, poder-se-ia aplicar precedentes obrigatórios sem a definição da parte essencial do precedente, ou seja, de sua *ratio decidendi*. Nesse cenário, os tribunais e órgãos de instâncias inferiores estariam vinculados exclusivamente à parte dispositiva das decisões colegiadas. Se assim fosse, estaríamos diante de um ‘sistema de precedentes’ totalmente desfigurado e aleijado.”

Seria, ainda no entendimento desse autor, a adoção de uma postura positivista, fundada apenas na hierarquia do tribunal, não importando ao juiz hierarquicamente inferior se a resposta ao caso é ou não correta. Dever-se-ia adotar a posição da Corte Superior e pronto (VIANA, 2017).

Essa postura positivista é algo bastante relevante para a problematização do IRDR e dos “precedentes qualificados”. Afinal, o que se está fazendo é transformando um julgado numa norma jurídica, no sentido positivista do termo, a ser posteriormente seguida. Seria o fetiche legal inaugurado pela revolução francesa, remodelado em vestes de jurisprudência.

Georges Abboud e Cavalcanti (2015, p. 4), perspicazmente, apontam a ingenuidade desse empreendimento:

“Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infunidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos.”

Por isso que o otimismo de Lenio Streck (2013), ao conseguir fazer constar os princípios da integridade e coerência no texto da nova legislação processual, conforme se pode extrair de seu artigo de 2013, acima referido, não se manteve após a entrada em vigor do NCPC em 2016, quando ele apontou a incongruência contida na pretensão de se capturar o sentido da *ratio decidendi* de um precedente por um texto de caráter normativo a ser extraído do julgamento do tribunal. Isso relegaria a um segundo plano, o caráter hermenêutico do mecanismo dos precedentes, bem como a questão fática que o gerou:

“O mecanismo de decisão por precedentes é natural e funcionalmente de caráter hermenêutico, em razão de dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula, etc., sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. Comunicuemos a boa nova: o direito não cabe no precedente. O segundo aspecto é a necessária individualização do caso a ser decidida por um precedente que não abarca previamente uma questão fática, o que torna necessária a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes. Ou isso ou paremos de dizer ‘o direito é uma questão de caso’. Portanto, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Esse é a vã esperança dos defensores do ‘sistema’. Engraçado: a lei é interpretável... Mas parece que o precedente (sic) já contém todas as interpretações.” (STRECK; ABBLOUD, 2016)

O que ambos autores estão apontando de modo muito consistente é a proposta de caráter semântico e, por isso, positivista, contida no instituto do IRDR e dos precedentes obrigatórios. A nova lei adjetiva parece esperar que os juízes passem a aplicar os julgados feitos nessa sistemática a partir de uma operação silogística de subsunção do fato (processo novo) à norma (texto derivado do julgamento do IRDR ou de procedimentos afins). Isso não apenas configuraria um retorno a um paradigma já ultrapassado da compreensão do direito, como também impossibilitaria a consecução dos objetivos traçados com base na teoria de Dworkin e hoje positivados no art. 926 do CPC, quais sejam a integridade e a coerência da uniformização da jurisprudência.

Referidos objetivos se relacionam diretamente com a interpretação construtiva do direito, que se assemelha àquela que se faz diante de uma obra de arte. Interpretar construtivamente o direito é, no que concerne aos precedentes, interpretá-los construtivamente da melhor maneira possível, de modo coerente e por vezes inovador, como ocorre na metáfora do romance em cadeia. Há quem pense que isso seria alcançado pela sistemática do NCPC (FOGAÇA; FOGAÇA, 2015). Nós, contudo, discordamos.

Filiamo-nos à corrente exposta acima de que estamos diante de algo incompatível com o instituto do precedente conforme sua origem na *common law*. A criação de um texto normativo a ser extraído da decisão de um “precedente qualificado”, o IRDR, por exemplo, significa ignorar a natureza do mesmo e equipará-lo à lei como era enxergada no paradigma positivista, exigindo que os juízes responsáveis pelos casos futuros façam uma operação silogística de subsunção do fato à norma “jurisprudencial” para decidir o caso inédito.

Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti (2015, p. 5) são categóricos ao afirmar a impossibilidade de se tratar precedente como se lei fosse, sob uma ótica positivista e semântica, a partir de uma operação de subsunção do caso à norma, em outras palavras: a súmula vinculante e a *ratio decidendi* extraída dos precedentes judiciais não se caracterizam *per se* como normas jurídicas aplicáveis por subsunção a outros casos, mas sim textos ou enunciados normativos que precisam ser interpretados e aplicados ao caso concreto, levando em consideração os elementos não linguísticos, isto é, o âmbito normativo constituído pelo recorte da realidade social, como a seguir será melhor explicado.

Importante ressaltar, contudo, a posição contrária de Fredie Didier² que entende ser sim possível esse tipo de operação silogística ao precedente por

2 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2. p. 451.

subsunção: “Em sentido contrário, entendendo que o precedente é aplicável por subsunção, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 14) explicam que: ‘A norma em que se constitui o precedente é uma regra. A *ratio* é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente, será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção’”.

Data venia, não consideramos ser essa a melhor interpretação. Isso seria um contrassenso tendo em vista ser o precedente algo que envolve, necessariamente, a comparação de situações fáticas, e não a subsunção de um fato a uma norma. Somente a partir dessa comparação é que se chegaria à conclusão de se aplicar ou não o precedente, caso coincida ou não a *ratio decidendi* entre as situações.

Se o precedente é transformado em texto normativo, deixa-se de fazer a comparação entre situações fáticas e passa-se à operação silogística de subsunção de fato à norma, no estilo capitaneado por Kelsen e Hart, conforme amplamente explicitado no tópico anterior.

Dworkin, por defender a adoção da interpretação construtiva do direito, deixa clara a necessidade incontornável de se analisar sempre a situação fática que, mediante o devido processo legal calcado no respeito ao contraditório, deverá ter a melhor interpretação possível em coerência com a comunidade de princípios íntegra que o direito deve ser.

O juiz, ao extrair essa melhor interpretação, escapa dos modelos do convencionalismo e do pragmatismo, ambos combatidos por Dworkin em sua obra *O Império do Direito*. O convencionalismo é aquele modelo que prega a coerência estrita com a lei e os precedentes, ou seja, o juiz deve voltar seu olhar sempre para o passado. Seria a autorreferência que decorre da estabilidade da jurisprudência, conforme aduzido por Lenio Streck em trecho citado acima. Já o pragmatismo se identifica com o realismo judicial, que preceitua ser o juiz livre para julgar tendo como norte o melhor interesse da sociedade. O olhar seria fixado, portanto, apenas no futuro (DWORKIN, 2007).

Dworkin quer algo diferente. Ele quer que o juiz olhe para o passado, para o presente e para o futuro. O juiz deve guardar coerência não apenas com a lei e com os precedentes, mas principalmente com os princípios que deles exalam, notadamente os de justiça, equidade e devido processo legal. Essa seria a maneira adequada de se interpretar o direito para se chegar a uma única resposta correta e, assim, continuar coerentemente o romance em cadeia do qual participam todos os juízes. O direito, sob essa ótica, jamais seria engessado e evoluiria com a sociedade (CAVALCANTI, 2016).

Infelizmente, o instituto processual do IRDR, ao pregar a interpretação silogística do precedente, arrisca cair em ambas as armadilhas que Dworkin quis evitar: o convencionalismo e o pragmatismo. Cairia na do convencionalismo, pois imporia a necessidade de repetição e aplicação do precedente qualificado pelos demais juízes de maneira silogística, subsumindo o caso concreto novo à “norma jurisprudencial” posta. E poderia cair na do pragmatismo no momento da própria criação do precedente, qual seja o julgamento do IRDR. Poder-se-ia sucumbir à tentação de se fazer um julgamento voltado para o futuro de maneira equivocada e difícil de ser superada, ao impor uma interpretação que não guardasse coerência e integridade com a comunidade de princípios em que vivemos.

Ainda que esteja previsto o amplo contraditório na formação do “precedente qualificado” do IRDR, inclusive com a participação de *amicus curiae* (art. 983 do CPC), e que exista previsão de mecanismo de superação do mesmo, art. 986 do CPC, conforme aduzido alhures, corre-se o risco de engessamento do direito e de se impedir a evolução da sociedade. Afinal, essa depende diretamente da melhor interpretação que o direito possa ter, e, para isso ocorrer, a análise fática das situações *sub judice* é imprescindível. Essa seria a única forma de o juiz extrair a melhor interpretação do caso concreto e saber se o seu convencimento será ou não atraído pela força gravitacional do precedente, se esse for ou não compatível com os princípios aqui referidos, cuja aplicação por ponderação deixa clara a raiz moral do direito.

O IRDR, portanto, nos moldes em que está hoje previsto, pode ser descrito como um instituto processual que dá muita relevância à estabilidade e deixa a desejar quanto à coerência e integridade no que tange à uniformização da jurisprudência. Tudo isso representa um retorno anacrônico ao paradigma positivista semântico ao arrepio da teoria da integridade e coerência de Dworkin, cuja inserção no art. 926 do CPC foi tão comemorada por Lenio Luiz Streck em 2013.

3 Considerações Finais

O que pretendemos demonstrar com a presente investigação foi que estamos diante de uma contradição de caráter filosófico quando analisamos a sistemática de precedentes inaugurada pelo CPC de 2015.

A contradição se dá ao se levar em conta o objetivo traçado pelo art. 926 do CPC e a sistemática de precedentes obrigatórios ou qualificados, prevista nos arts. 927 e 976 a 987 do CPC, notadamente quanto à sistemática atinente ao IRDR.

Quis-se adotar a teoria de Dworkin para inaugurar um novo paradigma jurisprudencial. O objetivo declarado foi que com isso seria alcançada uma maior segurança jurídica ao se conferir tratamento isonômico a todos os jurisdicionados em situações idênticas.

Ocorre, contudo, que no instituto do IRDR, nosso objeto de análise, o propósito da estabilidade da jurisprudência parece ter sido priorizado em detrimento ao da coerência e ao da integridade. O IRDR, sob o pretexto de uniformizar a jurisprudência, acaba por engessá-la, o que jamais aconteceria sob o prisma da integridade dworkiniana.

Isso só ocorre porque o precedente do IRDR exige uma interpretação silogística ao invés de construtiva. O modelo silogístico é aquele do positivismo que enxerga na norma um caráter semântico, cujo significado é preexistente ao fato. Caberia ao intérprete apenas subsumir o fato à norma para encontrar uma das mais variadas respostas e soluções possíveis a partir dessa interpretação.

Dworkin vai na direção contrária. Para ele, a norma surge da interpretação do fato. Interpretação esta que é feita de maneira construtiva e com base em princípios morais da sociedade, extraindo-se o melhor significado possível e chegando-se, assim, a uma única resposta correta para cada caso. Para que isso fosse feito com o IRDR, necessário seria que a *ratio decidendi* fosse a base da qual partiria a interpretação, e não um mero texto de caráter normativo que ordenaria aos juízes dos casos futuros como decidir sem que se atentasse para raiz fática de cada caso concreto a ser evidenciada após amplo contraditório.

O caráter não democrático do IRDR é justamente esse: uma vez fundado numa perspectiva do positivismo jurídico, acaba por contribuir para a separação do direito com a moral, visto que valoriza a aplicação da “norma jurisprudencial” a ser aplicada no modo tudo ou nada, aquele das regras. Trata-se do modelo defendido por Kelsen e, mais notadamente, por Hart (NUNES et al., 2016).

Não é isso que defende Dworkin e não é esse o novo paradigma que quer o CPC implementar ao se analisar o seu art. 926. A teoria de Dworkin é uma que evidencia a estreita relação entre direito e moral, sendo certo que um julgamento de um caso concreto, seja ele fácil ou difícil, envolve sempre uma interpretação construtiva das normas aplicáveis de modo coerente com a comunidade de princípios na qual vivemos. O direito seria, portanto, algo íntegro e coerente, a ser alcançado a partir da sua melhor interpretação possível.

Um retorno ao modelo positivista semântico em nada contribui para isso e acaba por frustrar os objetivos de coerência e integridade dworkinianos postos no art. 926 do CPC, pois impede a análise fática dos casos concretos,

prevenindo o contraditório e a possibilidade de se fazer a melhor interpretação possível do direito.

Estamos diante de um instituto que arrisca não somente interromper o romance em cadeia dworkiniano, mas também consegue a proeza de trazer de volta a ação judicial de aplicação do direito ao paradigma positivista inaugurado pela Revolução Francesa, aquele do juiz “boca da lei” ou, em termos mais atuais, boca do precedente vinculante (STRECK; ABOUD, 2016).

TITLE: Dworkin’s theory of integrity – the procedural provision of incident for the settlement of repetitive actions.

ABSTRACT: This article deals with the modifications introduced by the new Code of Civil Procedure devoted to make the Courts to standardize their decisions and keep them stable, full and coherent in the perspective of Ronald Dworkin’s theory of Law as integrity, and the chain romance metaphor in the rendering of judicial decisions. There will be an analysis of Dworkin’s proposition, which deals with Law as integrity, in its double dimension. The integrity of laws as another obstacle to be overcome in order to the integrity of the system to be reached. The decisions rendered in a legal system in which courts must standardize their precedents and keep them stable, full and coherent, as per Article 926 of the new Code of Civil Procedure, are decisions more suitable to control and critique.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. Coherence. Integrity.

4 Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, v.245, p. 351-377, 2015.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. O novo CPC e o direito como integridade. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, p. 286-306, 2016.

DUTRA, Victor Barbosa. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC). In: THEODORO Jr., Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Cap. 15.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. 66, p. 509-533, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Têoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. 58, p. 51-84, 2011.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. *Publicações da Escola da AGU*, v. 8, n. 1, p. 93-112, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Têoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Precedentes e a busca de uma decisão correta. In: THEODORO Jr., Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Cap. 13.

PEDRON, Flávio Quinaud. Q. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construída do Direito. *Revista CEJ*, v. 13, n. 47, p. 127-137, 2009.

SIMÃO, Lucas Pinto. *O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)*. 2015. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 101-120, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC?* 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

THEODORO Jr., Humberto. et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 1, n. 2-1, p. 122-146, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-132, 2009.