

A impossibilidade de padronização decisória preventiva no incidente de resolução de demandas repetitivas

Alexandre Varela de Oliveira

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto para Desenvolvimento Democrático/lus Gentium Conimbrigae. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto para Desenvolvimento Democrático/lus Gentium Conimbrigae. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. *E-mail:* varelabh@hotmail.com

Luís Gustavo Reis Mundim

Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Pós-graduado em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada, IEC-PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogado, professor universitário e palestrante. *E-mail:* luis.mundim@reismundim.adv.br

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o problema gerado pela padronização decisória preventiva no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como forma de impedir o acesso à jurisdição democrático-qualitativo e à efetividade processual, sempre balizado pelo devido processo constitucional. O procedimento metodológico utilizado consistiu na revisão bibliográfica acerca do acesso à jurisdição, da efetividade processual e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A proposta de desenvolver um estudo sobre o uso preventivo do IRDR teve como motivação o questionamento se o referido incidente poderia ser instaurado antes da existência de dissensos argumentativos e decisórios, além de verificar se tal aplicação estaria em consonância com as normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, utilizar-se-á o modelo constitucional de processo como marco teórico, tendo em vista que, nessa perspectiva, o processo se torna uma instituição garantidora e implementadora de direitos fundamentais. Atingido esse objetivo, foi possível constatar que, mediante a composição do processo a partir de seus princípios constitucionais e das premissas norteadoras do CPC/2015, que o uso da padronização decisória preventiva do IRDR gera uma blindagem do acesso à jurisdição democrático e da efetividade processual, esvaziando o discurso democrático ao deslocar o protagonismo do processo para os tribunais.

Palavras-chave: Acesso à jurisdição democrático. Efetividade processual. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Padronização decisória preventiva.

Sumário: 1 Introdução – 2 O acesso à jurisdição e a efetividade processual no Estado Democrático de Direito – 3 Algumas considerações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015 – 4 O uso preventivo do IRDR como forma de blindagem do acesso à jurisdição e da efetividade processual – 5 Por uma adequação do IRDR às premissas norteadoras do Código de Processo Civil de 2015: propostas de soluções – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

Com o advento do novo Código de Processo Civil diversos novos institutos foram incluídos no ordenamento jurídico processual brasileiro, cuja interpretação e aplicação devem se orientar tendo por base os direitos e garantias fundamentais do processo, já previstos na Constituição de 1988. Além disso, o novo CPC buscou implementar premissas normativas em acordo com as previsões constitucionais, que permitem afastar quaisquer protagonismos das partes e dos juízes e possibilitar a construção discursiva dos pronunciamentos judiciais decisórios.

Nesse sentido, o presente trabalho, ao adotar o modelo constitucional de processo como marco teórico, buscará analisar um novo procedimento incluído na sistemática do Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com a finalidade de adequá-lo a uma interpretação em acordo com a constitucionalidade brasileira.

Para tanto, o problema a ser analisado no presente trabalho é o uso preventivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como forma de padronizar decisões e blindar o acesso à jurisdição democrático e qualitativo, além de impossibilitar a efetividade normativa e gerar déficit de legitimidade democrática pelo devido processo constitucional.

Assim, na primeira parte do trabalho analisar-se-á, de modo sucinto, a perspectiva histórica do acesso à jurisdição, a fim de se compreender como este se dá no Estado Democrático de Direito a partir do processo constitucional. No mesmo caminho, a efetividade processual também será estudada pelo fato de que não pode ser compreendida apenas pelos resultados das decisões, mas, sim, pela observância ao devido processo constitucional.

Na segunda parte serão estudados alguns aspectos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, se enquadrado legalmente como “causa-piloto” ou “procedimento-modelo”, este último com a formação de uma tese abstrata e cisão cognitiva nos processos em que será aplicada a tese. Ademais, serão verificados quais os requisitos para a instauração de tal incidente, a fim de que se demonstre a possibilidade ou não de seu uso preventivo.

Na terceira parte, demonstrar-se-á que a utilização da padronização decisória preventiva pelo IRDR gera a blindagem do acesso à jurisdição democrático e da efetividade processual, na medida em que se busca apenas e tão somente a alta produtividade e a redução da massa de processos dos tribunais, ao relegar a participação das partes na construção participada da decisão final a segundo plano, esvaziando-se o discurso processual e as premissas fundamentais do CPC/2015.

Por fim, na quarta parte do trabalho buscou-se adequar o IRDR às premissas norteadoras do Código de Processo Civil de 2015, com a propositura de soluções para impedir que o referido incidente seja utilizado preventivamente pelo

agir estratégico e não cooperativo dos tribunais e gerar o bloqueio do acesso à jurisdição democrático e qualitativo e da efetividade processual-normativa.

Assim, não houve a pretensão de se esgotar a temática, porém espera-se que se tenha realizado uma contribuição crítica e reflexiva sobre o tema.

2 O acesso à jurisdição e a efetividade processual no Estado Democrático de Direito

Com o término dos modelos liberais de Estado, surge a proposta do acesso à jurisdição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,¹ cunhada no paradigma de Estado Social,² mas que não é suficiente para a concretização do acesso à jurisdição democrático, voltado à construção do provimento de forma compartilhada pelas partes. Isso porque, ao reforçarem e hipertrofiarem o protagonismo do julgador no processo, as garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, tornam-se inócuas frente ao solipsismo do magistrado.³

Por este raciocínio não se busca a eficiência qualitativa da prestação jurisdicional, legitimada pelo espaço processual dialógico e regida pela principiologia constitucional do processo, tendo em vista que apenas a eficiência quantitativa é almejada pelo agir estratégico e não cooperativo⁴ dos julgadores. Desta feita, o acesso à jurisdição democrático deve ser compreendido como “direito e garantia fundamental integrante e indissociável da estrutura do devido processo legal, construtor do Estado Democrático de Direito”.⁵

Nessa esteira, Dierle Nunes e Ludmila Teixeira elucidam que o acesso à jurisdição democrático se refere ao fato de que o cidadão-jurisdicionado deve ter suas reivindicações recebidas e consideradas pelos órgãos estatais, com profundidade de diálogo pelo respeito às garantias processuais e pela influência que deve exercer nas decisões, e não só a busca de eficiência quantitativa e produtividade do sistema.⁶

¹ CAPPELLETTI, GARTH, 1988.

² Sobre a vertente socializadora do processo e do movimento do instrumentalismo processual, cujas bases se dão no paradigma de Estado Social, ver: CALMON DE PASSOS, 2000; LEAL, 2008.

³ Sobre as críticas ao modelo de acesso à jurisdição de Cappelletti, que preconizam o julgador como centro do processo, conferir: PEDRON, 2016; NUNES, 2008; SANTOS, 2007.

⁴ Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia explicam que “o sistema processual brasileiro é um ambiente no qual prevalecem os *interesses não cooperativos* de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso, na busca por otimização numérica de seus julgados, e as partes (e seus advogados), no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta *patologia* de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar”. THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 87.

⁵ SANTOS, 2007, p.15.

⁶ NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 61.

Portanto, o acesso à jurisdição democrático deve garantir um procedimento que possibilite “o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros”, sob pena de violação dos direitos fundamentais.⁷

Sob tal perspectiva do acesso à jurisdição democrático é que se pode delinear o princípio da efetividade⁸ sob o viés do modelo constitucional de processo.⁹

Segundo Calmon de Passos, a efetividade processual não pode ser equivalente à efetividade da sentença como ato de poder e direcionada apenas ao resultado, mas “da sentença que atenda ao *em nome de quê* se institucionaliza numa ordem política democrática”.¹⁰ Desta feita, a efetividade não pode ser um fim em si mesmo, sob pena de não se preocupar com a qualidade decisão e excluir o cidadão do espaço processual de construção democrática dos provimentos.¹¹

A efetividade, portanto, deve ser intimamente conectada ao atendimento do devido processo constitucional, que permitirá a legitimidade das decisões judiciais:

A efetividade processual, no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-la e/ou absolutizar valores como corretos e universais. Na razão (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional.¹²

⁷ NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 67-68.

⁸ Importante dizer que a eficiência (quantitativa e qualitativa) não se confunde com a efetividade. Segundo Daniel de Almeida Rocha, a eficiência “liga-se à ideia de otimização da utilização dos recursos materiais, financeiros, humanos e tecnológicos disponíveis, com o intuito de salvaguardá-los, na busca do alcance dos fins almejados na atuação da administração pública”. ROCHA, 2012, p. 64. Sobre a eficiência da prestação jurisdicional, ver: BRÊTAS, 2015; NUNES; BAHIA, 2009.

⁹ A “noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo, o princípio do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial. [...] Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, se aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo”. BARROS, 2009, p. 334-335.

¹⁰ CALMON DE PASSOS, 1999.

¹¹ CALMON DE PASSOS, 1999.

¹² ALMEIDA, 2004, p. 89.

Assim, a efetividade processual ocorrerá quando o procedimento for desenvolvido em observância ao devido processo constitucional em que as partes participam em simétrica paridade e em contraditório na construção do provimento final. A efetividade, portanto, pode ser compreendida como ganho de legitimidade sistêmica, sendo a base para a efetividade do ordenamento jurídico.¹³

A efetividade não pode ser vislumbrada a partir de uma premissa socializadora do processo, eis que, sob esta visão, a efetividade se dará apenas pelo cumprimento das decisões judiciais, o que esvazia o papel das partes ao se tornarem meras expectadoras da atividade solipsista do magistrado.¹⁴

Ao se buscar apenas os resultados de uma decisão pela efetividade como um fim em si mesma, permite-se que os órgãos jurisdicionais atuem de forma a visar apenas à eficiência quantitativa, com a redução do número de processos sem considerar o conjunto argumentativo trazido pelas partes, ignorando as premissas básicas do processo constitucional, a exemplo do contraditório como garantia de influência e não surpresa.¹⁵

Sob tal perspectiva, não há efetividade normativa, na medida em que a participação democrática das partes é esvaziada, vindo a impedir a legitimidade sistêmica pelo devido processo.

Oportuna, portanto, a crítica de Rosemiro Pereira Leal à busca de efetividade a partir de uma matriz estatalista e socializadora que preza apenas por resultados:

No direito democrático, a *efetividade* do processo não se faz em juízos de sensibilidade, conveniência ou equidade do decisor, tão próprios ao *Welfare State* e ao *judge-made law* [...] Compreende-se equivocadamente a *efetividade do processo* como um bem de consumo a ser oferecido numa *decisão* judicial (prestação jurisdicional?!) apoiada em essências de valores colhidos num mundo político e social fora do processo pelo afastamento judicativo de abomináveis '*mazelas do direito positivo*' e dos '*casuísmos legislativos*'. Põe-se, erroneamente, o *processo* como instrumento de uma jurisdição judicial portadora e garantista de um sentimento de Constituição e Justiça que seria o '*único sentimento capaz de adequadamente assegurar solidez à ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito*'.¹⁶

Nesse sentido, a problemática do presente trabalho nasce quando o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, incluído na sistemática do novo Código

¹³ CASTRO JÚNIOR, 2012, p. 35-36.

¹⁴ CASTRO JÚNIOR, 2012, p. 35.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 111-157.

¹⁶ LEAL, 2016, p. 109.

de Processo Civil, é utilizado com o objetivo de criar padrões decisórios preventivos, em que o tribunal busca apenas e tão somente a eficiência quantitativa e a redução da massa de processos que possui para julgar. Essa atitude não cooperativa vai de encontro às premissas que o CPC/2015 buscou introduzir, a partir de uma teoria normativa da comparticipação,¹⁷ que permite mitigar o protagonismo de quaisquer sujeitos processuais com base no contraditório efetivo como garantia de influência e não surpresa e na fundamentação racional das decisões.¹⁸

Ao utilizar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de forma preventiva ter-se-á nítida blindagem ao acesso à jurisdição qualitativo/democrático e à efetividade normativa, eis que o discurso processual será empobrecido por ausência de diálogo,¹⁹ conforme se verá.

3 Algumas considerações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015

Antes de se aprofundar no problema apresentado, cumpre traçar algumas considerações acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

O IRDR foi introduzido no direito brasileiro nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil pela inspiração de sua previsão no direito alemão,²⁰ como uma técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados.

Analisando sua sistemática processual, é pela existência de efetiva reprodução de processos em que se discuta uma mesma questão comum de direito, que poderá ser instaurado o incidente para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal, devendo todos os demais processos que versem sobre igual matéria permanecerem sobrestados até o pronunciamento decisório.²¹

Entretanto, em razão de omissão legislativa, diverge a doutrina acerca da circunstância de haver ou não uma cisão cognitiva e decisória em virtude da instauração do incidente, além de discutir se o IRDR compreende o julgamento da causa, ou se apenas analisa questões de direito, em abstrato, fixando tese jurídica, sem, contudo, julgar o conflito subjetivo.²²

Assim, parte da doutrina defende que o IRDR se destina ao julgamento do caso concreto, possibilitando a apreciação da questão jurídica objeto de discussão e consequentemente a resolução do conflito subjetivo como uma verdadeira “causa-piloto”.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 87-111.

¹⁸ BRÊTAS, 2016, p. 59-74.

¹⁹ NUNES, 2012a; 2012b.

²⁰ CABRAL, 2007; NUNES; PATRUS, 2013, p. 469-481.

²¹ MENDES, 2016, p. 322.

²² TEMER, 2016, p. 65-66.

Alexandre Freitas Câmara, um dos partidários dessa primeira linha de pensamento, deixa muito claro que o órgão colegiado não se encontrará limitado apenas ao estabelecimento de teses, mas, também, julgará o caso concreto, nos moldes do art. 978, parágrafo único, enquadrando o incidente como uma verdadeira “causa-piloto”.²³

Lado outro, existem aqueles que defendem que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não é uma técnica que permite a resolução do conflito subjetivo, mas, sim, limita-se a fixar tese acerca da questão jurídica controvertida, enquadrando o incidente como um “procedimento-modelo” e não como uma “causa-piloto”, nos moldes do *Musterverfahren* alemão.

Nessa linha de pensamento, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron destacam que o IRDR é uma técnica de procedimento-modelo, que visa auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão cognitiva, tendo em vista que serão apreciadas apenas as questões comuns de direito a todos os casos análogos, deixando com que o juízo do processo originário decida o caso concreto.²⁴

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, se filiando ao posicionamento acima, expõem, ainda, que “a própria nomenclatura adotada, ‘incidente’, permite concluir que não se trata de julgamento da demanda (ou pretensão) propriamente dita, porque razão não haveria para a segmentação em um procedimento incidental neste caso”.²⁵

Ademais, pontuam que a autonomia do procedimento do IRDR, em caso de desistência ou abandono da causa, demonstra cabalmente a cisão cognitiva e o julgamento abstrato, bem como a possibilidade de sua instauração pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, mesmo não sendo esses aqueles que formularam pretensão no processo originário.²⁶

Nessa perspectiva, conclui-se que essa linha teórica defende a ocorrência da cisão cognitiva, uma vez que se fixará a tese jurídica no procedimento do IRDR, aplicando-a em seguida às demandas repetitivas, no momento do julgamento da pretensão pelo juízo do processo originário, ocasião em que serão analisadas as questões fáticas e jurídicas não comuns, ou seja, formar-se-á um “procedimento-modelo” e não um julgamento de “causa-piloto”.

Destacamos que, no presente trabalho, adotamos a segunda linha de pensamento, por entendermos que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas busca, tão somente, a fixação da tese jurídica, sendo que seu objeto se limita

²³ CÂMARA, 2016, p. 482.

²⁴ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 443.

²⁵ MENDES; TEMER, 2016, p. 319.

²⁶ MENDES; TEMER, 2016, p. 319-321.

apenas às questões de direito, não englobando questões fáticas ou de direito heterogêneos.

Nesse sentido, o IRDR não é uma técnica destinada ao julgamento de causa, pois sua sistemática o impede de analisar a causa de pedir e pedidos que nor-teiem o processo originário, inexistindo, assim, o julgamento da pretensão.

Em virtude de seu enquadramento legal, o referido instituto pretende cla-ramente realizar uma cisão cognitiva, tendo em vista que se ocupa, conforme exaustivamente ressaltado, apenas com as questões de direito controvertidas que se apresentam nos mais diversos processos, de forma repetida, deixando a cargo do magistrado do processo originário a competência para a análise e julgamento das demais questões que o constituem, o que propiciará a aplicação do padrão decisório conforme suas peculiaridades.

Ademais, frisa-se que o julgamento realizado pelo Tribunal apenas se aterá à parte padronizável, sob pena de inviabilizar a instauração do IRDR em relação aos processos de primeiro grau, conforme preceitua o art. 977, I do Código de Processo Civil.²⁷

Dessa forma, resta claro que o objetivo do incidente é fixar um padrão de-cisório, acerca de uma questão de direito, que deverá ser observado e aplicado tanto pelos tribunais, quanto pelos magistrados de primeiro grau, nos processos cujas pretensões envolvam debate sobre questões que já foram objetos do IRDR.

Feitas essas considerações, acreditamos ser de suma importância apontar que os requisitos de instauração do incidente estão previstos nos incisos I e II do artigo 976 do CPC/2015, os quais preveem a necessidade de existência de efetiva repetição de processos que contenham a mesma controvérsia acerca da questão de direito, além do risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica.

O primeiro aspecto que merece atenção é o concernente ao requisito numé-rico de demandas para a instauração do IRDR, pois, conforme apontam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, “não se cogita na lei brasileira de um número mínimo de processos repetitivos para se autorizar o uso do incidente, mas isso não significa que um número irrisório de casos permita a sua instauração”.²⁸

Seguindo a mesma linha de pensamento, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, acreditam que o requisito numérico que possibilitará a instauração do incidente ficará a critério do órgão julgador.²⁹

Outro aspecto relevante se encontra na amplitude do termo “questão unica-mente de direito”, que pode ser interpretada como aquela que se refere tanto à

²⁷ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 443.

²⁸ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 442.

²⁹ MENDES; TEMER, 2016, p. 322.

questão de direito material quanto processual, conforme art. 928 do CPC/2015 e o Enunciado nº 88 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.³⁰

Por fim, no tocante ao tema, nos filiamos novamente ao posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, pois acreditamos na necessidade de se comprovar cabalmente o efetivo dissenso interpretativo, sob pena de se homologar a possibilidade de instauração da vedada padronização preventiva, tema esse que será melhor tratado no tópico seguinte.³¹

4 O uso preventivo do IRDR como forma de blindagem do acesso à jurisdição e da efetividade processual

Durante a tramitação do Projeto do novo CPC no Senado foi aprovada a versão que continha a previsão da utilização do IRDR nas situações em que houvesse controvérsia com potencialidade de gerar multiplicação de processos.³² No entanto, diversas críticas foram dirigidas a tal previsão, o que fez com o que fosse alterada na Câmara dos Deputados, pois “o incidente preventivo não seria o modelo ideal, por obstar a prévia e necessária discussão sobre o tema”.³³

Nesse sentido, Luiz Henrique Volpe Camargo defendeu o uso preventivo do IRDR, pois a sua instauração antes da propagação de causas massificadas estaria em harmonia “com um dos principais objetivos do incidente, que é desafogar o Poder Judiciário de questões repetitivas”.³⁴

Porém, o que se afere de tal posicionamento é o fato de que os tribunais estariam apenas preocupados com a redução da massa de julgados sob o fundamento de preconizar a simplificação procedimental, a celeridade, a efetividade (dos resultados) e a eficiência quantitativa, vindo a esvaziar a discursividade inerente ao processo constitucional. Como bem aponta Dierle Nunes,

Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata mais de um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.³⁵

³⁰ MENDES; TEMER, 2016, p. 322.

³¹ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 443.

³² Era o que dispunha o artigo 930 do PLS nº 166/2010.

³³ TEMER, 2016, p. 102.

³⁴ CAMARGO, 2014, p. 283.

³⁵ NUNES, 2012a, p. 245-276.

Desta feita, acertadamente, o Código de Processo Civil aprovado previu a vedação de padronização decisória preventiva no IRDR, na medida em que exige efetiva repetição de causas “para qual uma relevante indicação será a pendência de recursos (e/ou processos) no Tribunal ou a identificação de divergência demonstrada a partir de julgamentos ocorridos em causas envolvendo pretensões isomórficas”.^{36 37}

É o que leciona Marcos Cavalcanti de Araújo:

Dessa forma, para que o IRDR possa ser admitido é preciso que existam, previamente, decisões antagônicas proferidas nos diversos processos repetitivos, colocando em risco os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Sem divergência decisória não haverá risco aos referidos princípios constitucionais e, então, faltará interesse processual na instauração do incidente. Há, por consequência, necessidade da existência prévia de decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito, proferidas nos variados processos repetitivos.³⁸

Faz-se necessário a demonstração de dissensos argumentativos,³⁹ pois há o dever cooperativo do tribunal levar em conta todos os argumentos que sejam relevantes para a tese (art. 984, §2º), a fim de que os pilares do contraditório (art. 7º, 9º, 10) e da fundamentação das decisões (art. 489) sejam efetivadas pelo devido processo constitucional (efetividade sistêmico-normativa).

É evidente que o IRDR deverá ser levado a sério pelos tribunais de justiça e tribunais regionais federais de modo que a nova técnica auxilie na melhoria quantitativa e, especialmente, *qualitativa* de seus julgamentos, uma vez que o CPC/2015 cria pressupostos normativos interpretativos que imporão, em definitivo, a necessidade do respeito a uma teoria normativa da participação (cooperação) tendo o contraditório como garantia de influência e não surpresa como base.⁴⁰

É, portanto, pela principiologia dinâmica do modelo constitucional de processo que efetivar-se-á o abarcamento completo de todos os fundamentos que foram suscitados (art. 984, §2º, do CPC/15), criando-se uma decisão consonante com

³⁶ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 451.

³⁷ “A lei acabou pacificando a questão, exigindo expressamente que deve ser constada efetiva repetição de processos, ainda que não tenha definido um número mínimo de casos.” TEMER, 2016, p. 102.

³⁸ CAVALCANTI, 2016, p. 214-215.

³⁹ Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, “seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução”. CUNHA, 2011.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 450.

a legitimidade democrática e possibilitando o acesso à jurisdição democrático e qualitativo.

Caso contrário, estaria a privilegiar o protagonismo dos tribunais, na medida em que suas decisões seriam calcadas em suas sensibilidades, vontades, interesses e conveniência, o que impossibilitaria a implementação de direitos fundamentais ante a uma padronização decisória preventiva meramente quantitativa. Haveria, então, clara blindagem ao acesso à jurisdição e à efetividade processual, com a consequente ausência de legitimidade democrática e sistêmica.

Restaria evidente a negativa de vigência aos artigos 976, incisos I e II, 984, §2º, além das normas fundamentais, como o contraditório efetivo como garantia de influência e não surpresa e a fundamentação das decisões, bases do sistema do CPC de 2015.

Além dessa problemática, a busca incessante por celeridade e pela duração razoável do processo, por uma simplificação do sistema balizada pelo IRDR preventivo, poderia inclusive ocasionar na escolha de uma causa-modelo sem completude argumentativa, o que acarretaria na formação precária da tese do IRDR.

É o que alerta Antônio do Passo Cabral:

Definir uma tese em decisão paradigmática sem tomar em consideração um grupo mais completo dos fundamentos da pretensão e da defesa que comumente são encontrados nos processos repetitivos traz um duplo risco. Por um lado, a solução do incidente pode revelar-se equivocada porque justamente um daqueles argumentos não compreendidos no processo-teste poderia conduzir o Tribunal a uma conclusão diversa. E a decisão do incidente pode também ser menos eficiente, seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes.⁴¹

Esse problema geraria, também, o aumento de recursos interpostos, eis que os argumentos não considerados na decisão do IRDR podem ser utilizados como meio de realizar a distinção do caso (*distinguishing*) e possibilitar a reforma da decisão que aplica a decisão modelo.⁴² Além disso, poderia acarretar, ainda, a superação do entendimento anterior (*overruling*) de forma mais célere e antecipada, em inobservância à estabilidade que o sistema deve possuir.

Importante ressaltar que a completude argumentativa não diz respeito apenas às alegações das partes, mas, também, às do Ministério Público, terceiros

⁴¹ CABRAL, 2014, p. 211.

⁴² CABRAL, p. 211.

interessados e às fundamentações dos juízes.⁴³ Todos estes aspectos estariam prejudicados caso o IRDR seja utilizado de modo preventivo.

Por fim, outra problemática que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas preventivo pode gerar é a suspensão dos processos caso haja a interposição de Recurso Especial ou Extraordinário. Isso porque, considera-se com repercussão geral, o recurso interposto contra a decisão que julga o IRDR e trata de alguma questão constitucional (art.987, §1º), além de repetitivo o recurso especial. Nesse sentido, ao contrário do que determina o artigo 980, de que o IRDR será julgado no prazo de 01 (um) ano, não há previsão de prazo para julgamento dos recursos representativos da controvérsia, o que acarretaria a suspensão de todos os processos em trâmite no território nacional por prazo indeterminado.⁴⁴

O acesso à jurisdição e a efetividade normativa estariam, mais uma vez, inviabilizados pelo bloqueio realizado pelos tribunais, em uma busca incessante por simplificação sistêmica, previsibilidade, celeridade e eficiência quantitativa, que se presta apenas e tão somente a reduzir a massa de conflitos nos tribunais. Nesse ponto, todas as premissas normativas conquistadas pelo Código de Processo Civil são relegadas a segundo plano, o que torna inócua a participação daqueles afetados pelo provimento final.

Na vigência do CPC/2015, verifica-se que no Estado do Rio de Janeiro foi instaurado IRDR preventivo sem que houvesse a efetiva repetição de processos e demonstração de dissensos decisórios.⁴⁵ Assim, concordamos com o questionamento realizado pela Defensoria Pública, no sentido de que o IRDR preventivo deve ser inadmitido por ausência de requisito de sua instauração, sob pena de inviabilizar toda a sistemática do CPC/2015 e do próprio incidente.

Portanto, defendemos que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também deve ser interpretado a partir do referente lógico-jurídico das normas fundamentais do CPC/15 e principalmente pelo devido processo constitucional, a fim de que seu uso preventivo não torne ilegítima a sua aplicação, conforme se verá a seguir.

⁴³ CABRAL, p. 215.

⁴⁴ Isso porque, não obstante a previsão do artigo 1.037, §4º, de que o recurso repetitivo deverá ser julgado no prazo de 01 (um) ano, passado o referido prazo, os processos continuarão suspensos até o julgamento final do recurso excepcional. Importante recordar que, antes da reforma proporcionada pela Lei nº 13.256/2016, havia a previsão de cessar a afetação e suspensão dos processos de mesma controvérsia se transcorrido o prazo de 01 (um) ano.

⁴⁵ GRILLO, 2016.

5 Por uma adequação do IRDR às premissas norteadoras do Código de Processo Civil de 2015: propostas de soluções

A fim de que haja a necessária adequação do IRDR às premissas norteadoras do CPC/2015 e, via de consequência, do modelo constitucional de processo, torna-se crucial a efetivação da vedação à padronização decisória preventiva, já garantida legalmente.

Nessa perspectiva, se faz necessário buscar soluções que sirvam como formas de controle e de ampla fiscalidade da observância da sistemática do IRDR, que impeçam a blindagem do acesso à jurisdição democrático e da efetividade processual pelo seu uso preventivo.

Em primeiro lugar, é importante a manifestação das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública no sentido de ser inadmitido o IRDR, como realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro no caso citado anteriormente. Além disso, em complemento às manifestações, indispensável, também, a realização de sustentação oral na sessão de admissão do IRDR, vez que tal técnica poderá servir como uma forma de que os julgadores percebam a ausência dos requisitos para instauração do IRDR e optem pela inadmissibilidade.

Após a manifestação das partes e eventual sustentação oral na sessão de admissão, caso seja admitida e apreciada a questão de direito objeto do incidente pelo órgão competente, após a sua fase de julgamento, facultar-se-á às partes e outros legitimados a interposição do Recurso Especial, sob o fundamento de negativa de vigência aos art. 976, incisos I e II e art. 984, §2º, ambos do CPC/2015, bem como às normas fundamentais, tais quais o contraditório efetivo como garantia de influência e não surpresa e a fundamentação das decisões, disciplinadas no Capítulo I – Das normas Fundamentais do Processo Civil.

A referida negativa de vigência ocorre pelo fato da própria sistemática do IRDR estabelecer requisitos a serem observados, de forma concomitante, sendo que o inciso I do art. 976 determina a existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, o que, por si só, afasta a possibilidade de instauração do incidente em caráter preventivo.

Nessa mesma ótica, o inciso II do mesmo dispositivo normativo, estabelece a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, autorizando a instauração do incidente apenas quando constatada a existência de decisões divergentes.

Assim, para que possa ser instaurado o incidente, necessário se faz a comprovação de pendência de recurso e/ou processo no Tribunal e o apontamento de divergência a partir de julgamentos ocorridos em processos que envolvam a mesma pretensão, tendo em vista o dever cooperativo do órgão competente de

examinar e analisar todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica debatida, favoráveis ou contrários (art. 984, §2º, do CPC/2015), com o intuito de efetivação do contraditório (art. 7º, 9º e 10) e da fundamentação das decisões (art. 489), possibilitando a criação de uma decisão consonante com a legitimidade democrática, além de possibilitar o acesso à jurisdição democrático e qualitativo.

E nem se diga que é suficiente a designação de audiência pública para a oitiva das partes, dos órgãos e dos interessados na controvérsia nos termos do artigo 983, §1º do CPC/2015 para permitir a instauração preventiva do IRDR sem a existência de decisões divergentes e possibilitar a ampla participação de todos os sujeitos, pois o risco à isonomia e à segurança jurídica somente será concretizado pela divergência de decisões.

Sendo assim, apesar de não haver previsão legal quanto ao recurso ou procedimento adequado para impugnar a apreciação feita pelo Tribunal na admissão do IRDR preventivo, acreditamos ser o Recurso Especial o instituto hábil a tal fim, em razão da negativa de vigência de seus dispositivos normativos, pois não se comprovaria a existência dos requisitos indispensáveis para sua instauração, além de não se ter previamente instalado um debate necessário acerca do tema, o que obstaria a criação de uma decisão jurisdicional a partir das premissas fundamentais do CPC/2015. Importante ressaltar que a interposição do Recurso Especial se dará após o julgamento do IRDR, ou seja, após a sua terceira fase.

Por sua vez, em relação à suspensão dos processos quando da interposição de Recurso Especial, interessante seria a realização da modulação de efeitos da decisão que determinasse a suspensão dos processos em nível nacional.

Desta feita, o relator, ao verificar que o Recurso Especial possui como uma de suas matérias a ausência de requisitos para a instauração do IRDR, poderia modular os efeitos de sua decisão, a fim de que novas ações ajuizadas sobre a mesma temática não fiquem suspensas desde a distribuição até o julgamento final do recurso.

Isso porque, caso acolhido o argumento de que não houve o preenchimento dos requisitos para instauração do IRDR, a sua nulidade e inadmissibilidade seriam declaradas e a modulação impediria que novas ações fossem prejudicadas pela suspensão de todos os processos.

Importante mencionar que a decisão que modular os efeitos da suspensão deve estar em acordo com as normas fundamentais do CPC/2015, a fim de possibilitar maior diálogo processual entre as partes e o Estado-Juiz, sem que haja quaisquer protagonismos e possibilite maior legitimidade democrática.

As soluções ora apresentadas decorrem de uma interpretação a partir das premissas fundamentais do Código de Processo Civil, tendo em vista a impossibilidade de se interpretar e aplicar dispositivos normativos de modo isolado, sem

que se observem seus princípios e sua aplicação dinâmica, sob pena de realizar sua leitura de forma inadequada.⁴⁶

Ademais, a nova sistemática processual, tem como intuito implementação de um “sistema participativo/cooperativo pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidade e possibilidade de interlocução ativa”, privilegiando um contraditório efetivo e o fortalecimento da fundamentação, além de acarretar na criação de decisão legítima e democrática, possibilitando assim a otimização do sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015.⁴⁷

Portanto, é somente com a interpretação balizada nas premissas do sistema do CPC/2015 (normas fundamentais) que o IRDR poderá ser levado a sério pelos tribunais, a fim de que não haja apenas e tão somente a busca por produtividade e quantidade, mas, sim, por um acesso à jurisdição democrático, qualitativo e normativamente efetivo, com a participação ativa de todos os sujeitos processuais na construção do pronunciamento final sem que padrões decisórios preventivos impeçam a implementação dos direitos e garantias fundamentais.

6 Conclusão

É por meio do acesso à jurisdição democrático que se pode delinear o princípio da efetividade sob o viés do modelo constitucional de processo, uma vez que propiciará a criação de um pronunciamento jurisdicional decisório legítimo e democrático, afastando por completo o protagonismo judicial e impossibilitando com que as decisões sejam fundamentadas em virtude da sensibilidade, vontade, interesse e conveniência do julgador em prol da produtividade de resultados meramente quantitativos.

O IRDR por ser enquadrado como um “procedimento-modelo” e não como uma “causa-piloto”, é uma técnica que se limita apenas à fixação de tese acerca da questão jurídica controvertida, havendo assim cisão cognitiva, pois sua sistemática o impede de analisar a causa de pedir e pedidos que norteiem o processo originário, inexistindo, assim, o julgamento da pretensão.

O Código de Processo Civil estabeleceu a vedação de padronização decisória preventiva no IRDR, na medida em que exige a observância obrigatória dos requisitos dispostos em seu art. 976, inc. I e II, devendo assim comprovar a indicação de pendência de recursos e/ou processos no tribunal e a demonstração de dissensos argumentativos, com o intuito de afastar sua interpretação e utilização de forma inadequada.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 20.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 21-22.

Em razão da utilização indevida do Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva, de forma preventiva, conclui-se que há uma blindagem do acesso à jurisdição e à efetividade processual, pois não há o exercício de controle e de ampla fiscalidade da atividade jurisdicional, excluindo de vez uma interpretação do instituto a partir das normas fundamentais do CPC/2015 e do devido processo constitucional.

The Impossibility of the Preventive Decision Making in the Incident of Repeated Demands

Abstract: The present article aims to analyze the problem generated by the preventive decision-making standardization in the Incident of Resolution of Repetitive Demands as a way to prevent access to the democratic-qualitative jurisdiction and procedural effectiveness, always due to due constitutional process. The methodological procedure used consisted of a bibliographical review about access to jurisdiction, procedural effectiveness and the Incidence of Resolution of Repetitive Claims. The proposal to develop a study on the preventive use of IRDR was motivated by the questioning of whether this incident could be established before the existence of argumentative and decision-making dissent, and verified whether such application would be in line with the fundamental norms of the 2015 Code of Procedure Civil Law. In this sense, the constitutional process model will be used as a theoretical framework, considering that, in this perspective, the process becomes an institution that guarantees and implements fundamental rights. Once this objective was reached, it was possible to verify that, through the composition of the process based on its constitutional principles and the guiding premises of the CPC/2015, that the use of IRDR's preventive standardization creates a shielding of access to democratic jurisdiction and procedural effectiveness, emptying the democratic discourse by shifting the protagonism of the process to the courts.

Keywords: Access to democratic jurisdiction. Process Effectiveness. Incident of Repeated Demands. Preventive decision making.

Referências

ALMEIDA, Andréa Alves. A efetividade, a eficiência e a eficácia do processo no estado democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *et al. Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. IV, p. 81-103.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. A constitucionalização do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 8. p. 59-74 (Coleção grandes temas do Novo CPC)

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, ano 39, v. 231, maio 2014.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, p. 30-35, set./out. 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 7, p. 5-14, set./out. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Orgs.) *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 283. v. III

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. *Eficiência jurisdicional: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 193, mar. 2011.

GRILLO, Bruno. Defensoria do RJ questiona IRDR aplicada em ações sobre salário de servidores. *Consultor jurídico*. 07 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/defensoria-rj-questiona-irdr-acoes-salario-servidores>. Acesso em: 16 nov. 2016.

LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* *Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6: O processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de processo*. Ano 34, n. 169, mar. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

NUNES, Dierle José Coelho. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Consultor jurídico*. 06 ago. 2012b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>. Acesso em: 06 nov. 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 8 (Coleção grandes temas do Novo CPC)

ROCHA, Daniel de Almeida. *Princípio da eficiência na gestão e no procedimento judicial: a busca da superação da morosidade na atividade jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Adriano Luciano dos. Do acesso e da administração da justiça. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentação e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Recebido em: 20.03.2017

Aprovado em: 30.06.2017

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Alexandre Varela de; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. A impossibilidade de padronização decisória preventiva no incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 31-48, abr./jun. 2019.
