V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

ALEJANDRO ABAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Abal, Angela Araujo Da Silveira Espindola, Liane Francisca Hüning Pazinato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-267-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O projeto de internacionalização do CONPEDI chegou a sua 5ª edição, sendo esta a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. O V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, no período de 8 a 10 de setembro de 2016, teve sua realização promovida, em parceria, por seis instituições brasileiras, dentre as quais a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e a Universidade Federal do Rio Grande – FURG, juntamente com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, as quais são as instituições de origem do coordenador e das coordenadoras do Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Foi, portanto, uma grande responsabilidade e uma imensa alegria para estes coordenadores atuarem, não só na condução da exposição dos trabalhos em Montevidéu, mas sobretudo, poder reviver aquelas discussões quando da redação desta breve apresentação do livro que reúne os 14 artigos que resultaram dos estudos dos pesquisadores que compartilharam uma profícua tarde de debates e reflexões em 09 de setembro de 2016.

Os pesquisadores, oriundos de diversas instituições de ensino superior do Brasil, cumpriram com excelência seu papel neste V Encontro Internacional do CONPEDI, trazendo contribuições importantes para a construção do conhecimento científico acerca da Jurisdição, do Direito Processual (Civil e Penal) e, sobretudo, para a efetividade da justiça, entabulando um debate profícuo entre as pesquisas brasileiras e uruguaias. São eles: Ricardo Utrabo Pereira , Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone, Felipe Lascane Neto, Mônica Bonetti Couto, Lorena Machado Rogedo Bastianetto, Magno Federici Gomes, Cristiny Mroczkoski Rocha, Paulo Junior Trindade dos Santos, Agnes Carolina Hüning, Liane Francisca Hüning Pazinato, Antonio Henrique De Almeida Santos, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Maria Cristina Zainaghi, Beatriz Ferreira Dos Reis, Laise Helena Silva Macedo, Juliana Vieira Pereira, Joyce Pacheco Santana, Izaura Rodrigues Nascimento, Gabriela Oliveira Freitas, Maiara Vieira Fonseca,

Um destaque especial a participação do Prof. Rafael Biurrun, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai com a apresentação de sua pesquisa intitulada “La integralidad en el registro de las actuaciones en audiencia: un aspecto olvidado de la tutela jurisdiccional efectiva”. Esperamos que a leitura dos artigos que seguem possa contribuir para reflexões futuras e traga boas conexões que extrapolem nossas fronteiras.

Angela Araujo Da Silveira Espindola (UFSM)

Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG)

Alejandro Abal (Facultad de Derecho. Universidad de la República)

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O PROBLEMA DE APLICAÇÃO E DESCONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENT IN NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE : THE PROBLEM OD APPLICATION AND DECONSTRUTION OF JUDICIAL PRECEDENT IN DEMOCRATIC STATE LAW

Gabriela Oliveira Freitas

Resumo

O presente trabalho aborda, de forma crítica, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil, demonstrando que tal procedimento e seus desdobramentos configuram uma grave violação às garantias constitucionais do processo, tais como o acesso à jurisdição, o contraditório e ampla defesa. Demonstra-se, por meio de uma análise do procedimento, a sua incompatibilidade com as diretrizes do processo democrático, indicando quais serão os problemas de aplicação e desconstrução do precedente judicial criado por meio de tal método.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas, Precedentes judiciais, Processo democrático

Abstract/Resumen/Résumé

This work addresses, critically, the incident Repetitive Claims Resolution, novelty introduced by the new Civil Procedure Code, demonstrating that such a procedure and its consequences constitute a serious violation of the constitutional guarantees of the process, such as access to jurisdiction, the contradictory and full defense. It is demonstrated, through an analysis of the procedure, to be incompatible with the guidelines of the democratic process, indicating what will be the problems of your application.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Incident repetitive demands resolution, Judicial precedent, Democratic process

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro vem seguindo uma clara tendência de valorização dos precedentes judiciais, que, aos poucos, passou a ganhar força vinculante, com ainda maior destaque a partir da promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Há alguns anos, vem se observando uma série de reformas legislativas que atribuíram uma maior força aos precedentes judiciais e súmulas de Tribunais Superiores, o que torna possível perceber uma grande influência (ainda que desordenada) do sistema da *common law* no direito brasileiro, configurando uma clara tendência de busca por padronização decisória. Por isso, muito tem se discutido acerca da relevância da utilização dos precedentes judiciais como forma de fundamentação dos provimentos jurisdicionais.

Apesar de muitos enxergarem essa valorização do precedente judicial como benéfica aproximação do sistema do *common law*, não se pode desconsiderar que, em razão de sua colonização portuguesa, o Brasil adotou o sistema jurídico do *civil law*, que tem a lei como fonte primária, consagrando, ainda, como garantia fundamental, prevista na Constituição, o princípio da reserva legal, o que faz com que, nesse sistema jurídico, a jurisprudência tenha objetivos distintos daqueles que tem no sistema do *common law.*

Diversos mecanismos foram instituídos pela Lei nº 13.105/2015 com o objetivo de introduzir no nosso ordenamento jurídico uma inovadora metodologia de construção de precedentes judiciais, dentre os quais se encontra o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, que é o objeto de estudo do presente trabalho.

O referido incidente apresenta fortes influências do direito alemão[1] e do direito norte-americano, com o objetivo de resolver, de uma vez por todas, o nosso problema de morosidade da Jurisdição, criando um sistema de julgamento de massa, em que um único feito é analisado e o seu resultado é aplicado a todos os outros casos, atuais e futuros, que tratem de idênticas questões de direito. Percebe-se, desde já, que o incidente em estudo é mais um dos representativos dos "fetiches das urgencialidades"[2], que acometem o legislador brasileiro.

[1] Em 16.08.2005, com publicação em 19.08.2005 e entrada em vigor em 01.11.2005, passa a fazer parte do ordenamento alemão a "Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten", ou "Lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais", abreviada como Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMug). As chamadas "causas pilotos" ou, ainda, "processos-teste", se caracterizam pela escolha de uma ou mais causas similares para serem julgadas, sendo que a partir da solução encontrada nessas causas, os demais casos são solucionados de forma uniforme, ou seja, "uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais.

[2] Rosemiro Pereira Leal critica o "fetiche pela Justiça Rápida", apontando que a almejada "velocidade pode ser aumentada pela supressão do processo e, até mesmo, do procedimento, com a altaneira supremacia da jurisdição" (LEAL, 2014, p. 233)

Apesar de tal técnica de julgamento por amostragem ser aplaudida pela maior parte da literatura jurídica, observa-se que ela ocasiona diversos problemas gravíssimos, principalmente em relação à efetividade das garantias fundamentais do processo, constitucionalmente previstas, sendo, na verdade, uma ameaça à democratização do processo.

A partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, aqui compreendido como "não-dogmático"[3], busca-se verificar se essa utilização de precedentes, criados pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, representa um avanço ou retrocesso nos estudos da ciência processual e se apresenta compatibilidade com o direito processual democrático.

Conforme descrito, trata-se de tema com importância teórico-acadêmico-científica e prática, uma vez que os precedentes judiciais têm ganhado, cada vez mais, importância no Direito Brasileiro, não podendo se permitir que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas seja adotado sem qualquer análise crítica.

Assim, o debate teórico instala-se a partir de uma análise minuciosa da construção e aplicação dos precedentes judiciais e de sua atual incompatibilidade com as diretrizes democráticas.

Optou-se pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de Rosemiro Pereira Leal, como marco teórico, uma vez que "propõe um giro importante na perspectiva tradicional, elaborando uma teoria de controle da decisão jurídica que torna despiciendas apelos à sapiência e às idiossincrasias sacerdotais-judiciais"[4], sendo, por isso, adequada à proposta de trabalho, que busca alcançar um controle da atividade jurisdicional no que tange à aplicação e desconstrução de precedentes judiciais.

Para tanto, será feito um breve estudo sobre o procedimento e seu desenvolvimento, o que permitirá, em seguida, a análise da aplicação do entendimento padronizado decorrente do incidente, vinculada ao acesso à jurisdição, à ampla defesa e ao contraditório, elementos que devem nortear o processo democrático.

Também será analisada, de forma crítica, os problemas de aplicação e a possibilidade de superação do entendimento consolidado no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

---

[3] LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 3.

[4] LEAL, André Cordeiro; FANTINI, Virgília Gomes. A Dogmática Jurídica Processual como Tecnologia de Reprodução Estratégica da Dominação Religiosa e sua Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. In: GUSMÃO, Hugo César Araújo de; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer.. (Org.). *DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. 1ed.FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 23.

2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas encontra previsto nos artigos 976 a 987 do novo Código de Processo Civil e autoriza que o juiz ou Relator do recurso ou de procedimento de competência originária dos Tribunais, as partes, Ministério Público ou Defensoria Pública solicitem a instauração do incidente quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Ou seja, o referido incidente foi o mecanismo criado pelo novo CPC para julgar casos idênticos, já existentes ou futuros, de maneira única, idêntica e vinculante, sendo, portanto, metodologia de construção de precedentes judiciais.

Sobre esse novo procedimento, informam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que o seu objetivo é "promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada" (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 178).

A partir desse instituto, percebe-se qual foi a maneira utilizada pelo legislador para alcançar os objetivos traçados na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC, quais sejam, o alcance da duração razoável do processo, da segurança jurídica, da previsibilidade e da uniformidade das decisões, bem como da resolução da litigiosidade coletiva, serial e repetitiva, a partir da atribuição de maior importância às decisões dos Tribunais Superiores.

Assim consta da referida Exposição de Motivos

> O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (BRASIL, 2010).

Percebe-se que elaboração de um novo Código de Processo Civil também buscou solucionar problemas como a morosidade da atividade jurisdicional, na tentativa de trazer celeridade e efetividade do processo, simplificando os procedimentos, sendo que tais objetivos também serão atingidos pela aplicação dos entendimentos padronizados dos tribunais, como será demonstrado adiante.

Nesse novo texto, observa-se uma grande preocupação com a estabilização da jurisprudência, buscando estabelecer uma total vinculação dos provimentos jurisdicionais aos precedentes judiciais, como forma de simplificar o julgamento dos casos futuros, o que, por certo, não aproxima o provimento jurisdicional da perspectiva democrática, que deveria ser alcançada no novo Código (já que o principal objetivo do novo CPC deveria ser adequar o Processo às diretrizes constitucionais, como também prometido na Exposição de Motivos).

Tanto é que, logo ao começar a tratar do "Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais", no Livro III (o último), o novo CPC já traz, imediatamente, a seguinte informação em seu art. 926: "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

E prossegue:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário, no menor número de vezes possível, tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais eficiente quantitativamente por meio do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema.

É o que esclarece Marcos de Araújo Cavalcanti:

> O objetivo desse incidente processual é conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos. Com isso, procura-se, de uma só vez, atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual. (CAVALCANTI, 2016, p. 37).

Sobre o procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o novo CPC estabelece que poderá ser instaurado de ofício pelo juiz ou Relator (ou seja, decisão monocrática

do relator, sendo dispensado o julgamento colegiado, a pedido das partes, do MP ou da Defensoria Pública (art. 977).

Percebe-se uma tentativa de buscar maior previsibilidade dos julgados por meio da padronização decisória, o que demonstra claramente uma predisposição de utilização no direito brasileiro das tendências do *common law*, apesar de que os precedentes, "como estão sendo criados e compreendidos/aplicados não são nem precedentes nos moldes do common law, nem jurisprudência, porque prescindem de uma necessária reiteração de julgados no mesmo sentido" (ROSSI, 2015, p. 154).

Sobre as hipóteses de cabimento, prevê o art. 976:

> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
> I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
> II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Após suscitado o incidente, o feito será transferido para o órgão competente para o julgamento, que será determinado pelo regimento interno de cada tribunal, o qual será responsável, inicialmente, por analisar a admissibilidade do incidente e, em seguida, por fixar a tese jurídica, já julgando o caso (recurso, remessa necessária ou procedimento originário) em que o incidente foi suscitado.

Sendo admitido o incidente, serão suspensos os outros feitos idênticos que tramitem sob a competência territorial do órgão julgador, sendo que essa suspensão deverá durar por um ano, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, prazo esse em que deverá ser julgado o incidente. Caso decorra o prazo sem julgamento do incidente, os feitos sobrestado voltarão a tramitar normalmente.

É necessário destacar que a novidade trazida pelos incidentes em questão consiste na ampliação da participação das partes interessadas, que, ao contrário do que acontecia nos procedimentos de litigância de massa do CPC/73 (recursos extraordinário e especial repetitivos), não se restringe somente às partes vinculadas ao recurso paradigmático.

Assim, o novo texto também é elogiável no tocante à ampliação do debate em tais incidentes, prevendo expressamente que o relator deverá ouvir as partes e os demais interessados, incluindo outras pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, além de ter estabelecido a possibilidade de instrução do incidente com depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a serem ouvidas em audiência pública.

É o que prevê o art. 983:

> Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.
> § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.
> § 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Sobre essa novidade, vale destacar as considerações tecidas por Sofia Temer:

> O principal fundamento para justificar essa atuação é, sem dúvida, o direito ao contraditório, o direito de participação ao convencimento, especialmente quando este direito não estiver sendo adequadamente exercido de forma concentrada, ou seja, pelo líder. Afinal, a vedação à participação é evidente violação de tal direito, como direito de influência na formação da decisão judicial, se aparcela da decisão que decidirá a questão de direito já vier "pronta", sem que esse possa apresentar fundamentos para sua construção. (TEMER, 2016, p. 175).

A despeito de já ser significativa essa discreta ampliação do debate, tal reforma legislativa não é suficiente para adequar o procedimento de litigância de massa à perspectiva democrática, uma vez que deve, ainda, ser assegurado que todos os argumentos deduzidos pelos interessados serão enfrentados no acórdão que resolver a demanda repetitiva, tal como determinado no art. 489, § 1º, IV, do novo CPC.

Além disso, deve ser ressaltado que tal participação limita-se àqueles que são partes nos feitos sobrestados, inexistindo qualquer possibilidade de participação no debate daqueles que serão partes em procedimentos idênticos futuros. Assim, só existe inclusão das partes no debate sobre a construção do presente, sendo excluídas do debate no momento de sua aplicação nos casos futuros.

Por fim, após julgado o incidente, a tese jurídica nele firmada será, obrigatoriamente, aplicada a todos os casos, pendentes de julgamento ou futuros, sejam eles individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985). Caso o julgador deixe de aplicar o entendimento consolidado pelo incidente, será cabível reclamação, nos termos do art. 988, IV, do novo CPC.

3 A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL PADRONIZADO

O fundamento argumentativo apresentado por um enunciado firmado em mecanismo de construção de precedente judicial é oferecido à comunidade jurídica como dogma, ou seja, de maneira inquestionável, sendo possível ao julgador e às partes interessadas somente acolher sua aplicação. E, diante de tal situação, uma das questões mais problemáticas do incidente em estudo refere-se à força vinculativa dos precedentes judiciais por ele criados, sendo utilizados como motivação suficiente para o julgamento liminar de improcedência.

É o que se verifica da redação do art. 332:

> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
> (...)
> III - **entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas** ou de assunção de competência;
> IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Percebe-se que o julgamento liminar de improcedência não é uma faculdade concedida ao julgador, uma vez que, diante de uma situação em que a pretensão inicial do autor encontra-se em confronto com o entendimento jurisprudencial consolidado, deverá o juiz julgar, desde logo, improcedente o pleito autoral, sem mesmo promover a citação do réu.

Lembre-se que, caso o magistrado desconsidere o entendimento firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas, será cabível reclamação.

Assim, fica claro que, antes mesmo de apresentar a petição inicial, a parte já pode ter certeza do resultado que será alcançado, caso exista consolidação do entendimento por meio do incidente em análise. E, de fato, não é nada razoável permitir a total imprevisibilidade do julgamento. Porém, também é totalmente descabida essa total previsibilidade que o novo CPC impôs, notadamente porque obstará o exercício do livre acesso à jurisdição.

Sendo a pretensão autoral confrontante com o entendimento consolidado, pode-se esperar que essa parte sequer apresentará uma petição inicial, não buscará qualquer solução no Judiciário, uma vez que já conhece a negativa ao direito que alega ter.

Ou, caso a parte deseje insistir e, mesmo assim, exercer seu direito constitucional de ação, sendo sua pretensão contrária ao entendimento jurisprudencial pacificado, com certeza se deparará com uma sentença liminar de improcedência. Caso ainda pretenda exercer o direito constitucional ao recurso, também terá um resultado previsível: uma negativa de provimento monocrática, nos termos do artigo 932, IV, c, do novo CPC.

Percebe-se que essa força vinculante dos precedentes judiciais retira da parte o direito de buscar a efetivação de seus direitos por meio do Judiciário, tendo em vista que, diante de um entendimento já pacificado pelos tribunais superiores ou pelo tribunal local, já se tem a certeza

do julgamento da demanda, o que inibirá o acesso à jurisdição. Ao prever o julgamento de improcedência liminar, observa-se que o texto legal não traz qualquer oportunidade à parte de exercício do *overruling* (que será abordado no tópico seguinte), o que extermina seu direito de participação na construção do provimento, notadamente considerando que esse provimento já se encontra "construído" antes mesmo do exercício do direito de ação.

A ideia adotada no novo texto legal é a de que "a maior previsibilidade da decisão do Judiciário implicará menos demandas", buscando, assim, alcançar a "segurança jurídica", tanto por meio da "observância da jurisprudência pelos próprios tribunais e a obediência pelos tribunais e juízes inferiores (uniformização)", como, também, pela "criação de obstáculos para impedir mudanças abruptas da jurisprudência (estabilização)" (FRANZÉ, 2013, p. 245).

Uma situação semelhante ocorre pela aplicação do entendimento padronizado para fins de concessão da tutela de evidência prevista no artigo 311:

> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
>
> (...)
> II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

Sobre tal dispositivo legal, a conclusão não pode ser outra: a concessão da tutela de evidência configura um adiantamento literal do conteúdo da sentença, tendo em vista que também no provimento final o julgador estará adstrito ao entendimento padronizado.

Assim, restam completamente violadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que qualquer defesa apresentada pelo réu será insuficiente para revogar a tutela provisória ou para alcançar o resultado final diverso daquele já adiantado. E, conforme esclarece Camilla Paolinelli, "não é razoável imaginar que ambas as partes terão iguais condições de influenciar na construção da decisão final se, ao conceder liminares sem a oitiva do réu, o magistrado já parte da premissa de que o autor tem mais razão"(PAOLINELLI, 2013).

Assim, não se garante à parte o direito à efetiva prestação jurisdicional, tendo em vista que "somente é possível a realização da jurisdição se houver o devido processo legal" (BRÊTAS; SOARES, 2011, p. 5).

Segundo Roberta Maia Gresta, o novo Código prioriza "o pronunciamento da cúpula do sistema em lugar do amplo debate processual", o que leva à inversão da "ordem de fatores da formação da cultura jurídica e, por conseguinte, subverte o processo como instituição democrática" (GRESTA, 2012, p. 12.635). Gresta acrescenta, ainda, que a redução do "campo

de atuação da parte para demonstrar em juízo que, à luz da norma, sua conduta deve produzir determinado resultado", faz com que também seja reduzida a "certeza e a previsibilidade de que sejam reconhecidos os mesmos efeitos a comportamentos semelhantes" (GRESTA, 2012, p. 12.643). Dessarte, alcança-se uma falsa segurança jurídica, garantida tão somente pela certeza de que os julgamentos semelhantes terão julgamentos idênticos, mas não se garante que a construção e, muito menos, a aplicação destes provimentos judiciais ocorrerá em observância ao devido processo constitucional.

Como crítica a tais decorrências do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vale dizer que a fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito não se pode dar com base em dogmas, sendo essencial, para conferir legitimidade democrática à atividade jurisdicional, que o conhecimento do sentido da norma não seja exclusivo do julgador, mas sim que haja a igual possibilidade de interpretação pelos interessados.

Seguindo as diretrizes do processo democrático, deve-se buscar "uma solução previsível e juridicamente correta para cada caso e atenta à correção (discussão jurídica) em estágios progressivos de debates (do monocrático ao colegiado" pelo devido processo" (LEAL, 2010, p. 245).

Rosemiro Pereira Leal afirma que "o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes". (LEAL, 2009, p. 97). Segundo tal autor, no Processo Democrático, todo provimento, seja jurisdicional, administrativo ou legislativo, somente pode ser construído por meio da estrita observância dos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito, principalmente o devido processo legal, o que, atualmente não ocorre em relação aos precedentes judiciais e, principalmente, em relação aos entendimentos padronizados no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Reforça-se aqui a necessidade da disponibilização de mecanismos que permitam que a lei seja "aplicada de modo uniforme a todos que, no mesmo contexto histórico-social, encontrem-se na mesma situação" (CUNHA, 2009, p. 242), o que não significa dizer que todas as demandas devam ser resolvidas por idênticos provimentos jurisdicionais, uma vez que estes serão construídos pelas partes, que, nem sempre, terão participação idênticas nos casos semelhantes.

4 *OVERRULING* À BRASILEIRA

Diante das considerações já trazidas, também se preocupa com a possibilidade de revisão desses precedentes, de forma a buscar uma estabilização de sentido da norma, mas não sua perpetuação. Como destaca Gustavo de Castro Faria, adotando a teoria de Karl Popper, em obra de grande relevância para o presente estudo, a revisão dos precedentes judiciais é necessária, uma vez que não se pode engessar o direito, de modo que esse passe "a girar em torno de um padrão apriorístico de verdades, mitigando o ambiente dialógico-participativo", transformando, assim, a jurisprudência em 'técnica de ideologização do discurso" (FARIA, 2012, p. 3).

Essa possibilidade de revisão/superação de um precedente judicial é chamada, no sistema da *common law*, de *overruling*, e é essencial para permitir a continuidade do debate sobre o entendimento jurisprudencial.

Todavia, o novo Código de Processo Civil, ao tratar do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas traz uma previsão, no mínimo estranha, sobre a possibilidade de superação do entendimento já padronizado, limitando a legitimidade para postular a revisão ao próprio Tribunal que o firmou, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (art. 986).

Percebe-se, portanto, que não haverá possibilidade de superação do entendimento a partir do debate travado entre as partes em uma eventual demanda individual, que tramite na primeira instância. A parte não terá a possibilidade de discutir a aplicabilidade do entendimento, salvo no caso de distinção entre o caso em análise e aquele que deu origem ao precedente. O juiz também não poderá discutir a questão, sendo obrigado a aplicar o entendimento padronizado, sob pena de sofrer uma reclamação.

Assim, é a crítica apontada por Marcos Cavalcanti:

> A falta de legitimidade das partes para formularem o pedido de revisão da tese jurídica contribuirá enormemente para o engessamento da jurisprudência, visto que normalmente são elas que identificarão os fundamentos necessários e terão interesse maior na revisão do precedente. Não há qualquer justificativa para essa restrição. (CAVALCANTI, 2016, p. 348).

Percebe-se que essa restrição da legitimidade para a revisão da tese firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ocasionará um excesso de força do precedente judicial, fazendo, inclusive, que ele se torne mais importante na resolução de conflitos do que a própria legislação. Isso porque existe a possibilidade de afastar a aplicação da lei em um caso concreto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, mas essa possibilidade não existe em relação ao precedente.

Sobre esse problema, Pauliana Maria Dias delineia sua crítica afirmando que "os tribunais superiores não devem prender-se a posicionamentos jurisprudenciais arcaicos, que

estão em desuso, o que denota abandono tácito do precedente" (DIAS, 2012, p. 69), sendo certo que, ao submeter uma determinada tese/interpretação à crítica, esta passa a ser refutável, permitindo uma nova construção interpretativa, superando a anterior.

Taruffo sustenta que existem boas razões para permitir a revisão de um precedente pela mesma Corte que o proferiu, destacando que é possível que:

> (...) a mesma corte se encontre na condição de dever mudar de orientação, esquivando-se dos seus próprios precedentes em várias situações, que vão da obsolescência do precedente ao mudar de condições históricas, econômicas e sociais que influenciam a decisão do caso sucessivo até a eventualidade de se apresentarem casos com peculiaridades tão acentuadas que não podem ser enquadrados no precedente. (TARUFFO, 2011, p. 150).

Se de um lado é necessário respeitar a estabilidade da jurisprudência, buscando observar os precedentes, por outro, deve atentar-se para a necessidade da mudança da jurisprudência já uniformizada, observando a flexibilidade requerida pelas circunstâncias, permitindo que o direito se ajuste às novas realidades

Todavia, os precedentes no sistema da *civil law* não devem ter "potencialidade geradora de norma jurídica", assumindo somente a função de interpretação da norma. Isto é: a lei torna-se o elemento principal para o conhecimento do direito, "mas ela não exclui outros elementos e apenas adquire sentido em conjugação com eles" (DAVID, 1998, p. 90).

Assim, essa limitação da legitimidade para postular a superação do precedente faz como que o entendimento jurisprudencial torne-se imune à crítica, o que faz com que o procedimento de resolução de demandas repetitivas não tenha qualquer compatibilidade come o Estado Democrático de Direito, que, como já dito, deve ser compreendido como "não-dogmático".

E critica Rosemiro Pereira Leal, afirmando que "no sistema do *civil law*, a prestação da atividade jurisdicional só tem validade, eficácia e legitimidade pela dotação normativa da lei", não sendo possível que a aplicação normativa represente somente a vontade do juiz, "com exclusão da articulação argumentativa das partes" (LEAL, 2005, p. 90).

Percebe-se que se mantém o Estado Dogmático, filiado à dogmática analítica, "em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal" (LEAL, 2013, p. 3).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações apresentadas no presente estudo, é possível verificar a clara intenção do legislador ao incluir no novo CPC o Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas: o procedimento, que foi inserido no ordenamento jurídico ao fundamento de alcançar a segurança jurídica e a isonomia, tem, na verdade, a pretensão de diminuir as demandas judiciais, mediante a certeza do provimento final.

Além disso, o referido incidente também acaba por alcançar um engessamento da interpretação do direito, fazendo com que seja extremamente difícil conseguir uma revisão do entendimento jurisprudencial já pacificado.

A inserção de tal procedimento no Direito Brasileiro não busca, como se verifica da Exposição de Motivos, melhorar a previsibilidade da prestação da atividade jurisdicional, mas busca alcançar resultados rápidos, idênticos, que acabarão por impedir o acesso à jurisdição, quando conflitante com o interesse da parte autora, ou, ainda, a ampla defesa e contraditório, em todos os casos.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apesar de divulgado como uma novidade que traria melhoria ao Judiciário, se apresenta como um mecanismo de alcançar celeridade e de obstar o acesso à jurisdição, por meio da supressão das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A almejada previsibilidade e controle do provimento jurisdicional deve existir a partir do efetivo contraditório, e não a partir de uma total limitação do contraditório, como ocorre no caso da aplicação dos entendimentos consolidados por meio do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva.

A discussão acerca da aplicação do precedente firmado no incidente deve envolver as partes interessadas, não podendo o precedente ser aplicado sem que tenham oportunidade para se manifestar sobre a questão, seja para concordar com a interpretação dada ao direito no incidente, seja para manifestar-se no sentido de não ser aplicável ao caso tal interpretação ou mesmo para postular a revisão da interpretação anteriormente adotada.

A inserção de tal procedimento no Direito Brasileiro não busca, como se verifica da Exposição de Motivos, melhorar a previsibilidade da prestação da atividade jurisdicional, mas busca alcançar resultados rápidos, idênticos, que acabarão por iniciar o acesso à jurisdição, quando conflitante com o interesse da parte autora, ou, ainda, a ampla defesa e contraditório, em todos os casos.

Apesar de existirem questões a serem elogiadas no novo texto, é certo que a simples alteração legislativa não terá o condão de resolver o problema da formação e aplicação de precedentes, sendo necessária a superação da Teoria do Processo como Relação Jurídica, para que seja possível constitucionalizar tais procedimentos. Conclui-se, portanto, pela total

incompatibilidade do procedimento em estudo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

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

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As Causas Repetitivas e a Necessidade de um Regime que lhe Seja Próprio.* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. V. 25, nº 02, jul./dez. 2009.

DIAS, Pauliana Maria. *O Procedimento Constitucional de Revisão da Súmula Vinculante*. Dissertação. Mestrado. PUC Minas. Belo Horizonte, 2012.

FARIA, Gustavo de Castro. *A Jurisprudencialização do Direito*: Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; SOUZA, Tiago Clemente. Eficácia do Sistema Recursal no Projeto de Lei nº 8.046/2010. In: SILVA, Nelson Finotti; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; GARCIA, Bruno Pinotti (orgs.). *Reflexões sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.* Curtiba: CRV, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo*: Uma Trajetória Conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Projeto do novo CPC:* Críticas e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. Tutelas de Urgência: Cogitações sobre o Juízo de Verossimilhança, a Prova Diabólica e a Violação de Garantias Fundamentais do Réu. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ.* Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan./jun. 2013.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira:* A Jurisprudência Vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.* Salvador: Juspodivm, 2016.