



ALDO MANOEL CAVICHIOLI ROQUE

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO TÉCNICA
ESTABILIZADORA DIANTE DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA**

Artigo científico apresentado no curso de
Direito do Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná 2019 como requisito de
aprovação para obtenção de Título em
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Rosicler
Carminato Guedes de Paiva

ALDO MANOEL CAVICHIOLI ROQUE

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO TÉCNICA
ESTABILIZADORA DIANTE DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA**

Artigo científico apresentado no curso de
Direito no Centro Universitário São Lucas de
Ji-Paraná 2019, como requisito de
aprovação para obtenção de Título em
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Rosicler Carminato
Guedes de Paiva

Ji-Paraná Resultado:

BANCA EXAMINADORA

ltado: _____

_____ Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná

_____ Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná

_____ Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná

R786i

Roque, Aldo Manoel Cavichioli

O Incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica estabilizadora diante da litigiosidade repetitiva / Aldo Manoel Cavichioli Roque. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019

33 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof.^a Esp. Rosicler Carminato Guedes de Paiva

1. Litigiosidade repetitiva. 2. Incidente processual. 3. *Stare decisis*. I. Paiva, Rosicler Carminato Guedes de. II. O Incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica estabilizadora diante da litigiosidade repetitiva.

CDU **347.44**

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO TÉCNICA ESTABILIZADORA DIANTE DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA¹

Aldo Manoel Cavichioli Roque²

Rosicler Carminato Guedes de Paiva³

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade a apresentação dos resultados obtidos por meio duma pesquisa bibliográfica na qual se identificou os aspectos que impulsionaram a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na sistemática processual brasileira, de cuja inspiração numa técnica de procedimento-modelo, apesar de traços característicos da adaptação aos objetivos e meios do Direito Brasileiro, resultou num mecanismo processual de profusa discussão doutrinária a respeito dos sinuosos termos utilizados na nomenclatura do Incidente. Por outro lado, o Incidente revela-se como uma manifestação dos aspectos e objetivos do Direito Contemporâneo, sobretudo no que tange à atuação do Poder Judiciário, empregando os valores da celeridade e primazia na precisão do trâmite processual, assim como o tratamento isonômico entre os jurisdicionados através da fixação da tese jurídica de vinculação obrigatória aos demais processos em que se apresente a mesma questão de direito. Ademais, gravita ao redor da vinculatividade da tese o que fora denominado de *precedentes à brasileira*, os quais oscilam entre o núcleo originário de origem anglo-saxã imbuídos da previsibilidade legal característica do *civil law*, ou seja, uma criação marcada pelo processo criativo no qual fora recepcionada a obrigatoriedade de observância em questões de dimensionamento extraprocessual.

Palavras-Chaves: Litigiosidade Repetitiva. Incidente processual. *Stare Decisis*.

THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS AS STABILISING TECHNIQUE IN FRONT OF REPETITIVE LITIGIOUSNESS

ABSTRACT: The present article has as purpose presentation about the results obtained by means of a bibliographic research in which identified the aspects that propelled the creation of the Incident of Resolution of Repetitive Demands in the brazilian systematic procedural, whose inspiration in a model-procedure, though characteristic traits of adaptation to aims and way of the Brazilian Law, resulted in a procedural mechanism of profuse doctrinal discussion in respect of sinuous terms used in the Incident nomeclature. On the other hand, the Incident revealing as a manifestation of the aspects and aims from Contemporary Law, above all concerning to Judiciary, using the celerity and priority values on the accuracy of the legal procedural, as well as the uality treatment among the citizens through a juridical thesis of mandatory binding to other procedure where presentation the same law issue. Furthermore, It gravitates around of binding from thesis it has been denominated of *brazilian precedents*, which is wobbles between the core from anglo-saxon imbued of the legal predictability characteristic from *civil law*, in other words, a creation earmarked by creative procedure in which it has been hosted respecting mandatory in issues of sizing extra-procedural.

Keywords: Repetitive litigiousness. Procedural Incident. *Stare Decisis*.

¹ Artigo apresentado no curso de graduação em Direito do Centro Universitário São Lucas como Pré-requisito para conclusão do curso de Direito sob orientação da professora. Esp. Rosicler Carminato Guedes de Paiva. E-mail: rosicler.paiva@saolucas.edu.br

² Graduando do 9º período do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. E-mail: aldocavichioli@hotmail.com

³ Professora orientadora, docente no Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista (FADAP) em Tupã (SP) 1987, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce 1996. E-mail: rosicler.paiva@saolucas.edu.br

INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas engloba, a um só tempo, diversos fatores e nuances presentes no contexto geral da evolução do processo civil brasileiro, cuidando, nos moldes dum processo objetivo, primariamente, da litigiosidade repetitiva resultante da judicialização dos conflitos das mais variadas esferas, já que o assoberbamento dos órgãos judiciais tem-se qualificado como impeditivo da prestação da tutela jurisdicional isonômica perante a sociedade, de sorte que o objetivo proposto ao Incidente é o da estabilização e, com isso, a segurança jurídica do modo pelo qual a questão doravante deverá ser decidida.

Particularmente, a cognição do Incidente é caracterizada pela cisão quanto à instrução argumentativa para o processo construtivo da tese a ser aplicada, uma vez que se pauta pela resolução duma questão de direito, a qual tem lugar nas diversas demandas repetitivas, quer sejam idênticas quer tenham pontos similares.

Muito se discute a respeito da constitucionalidade do Incidente, alegando-se que o modo pelo qual fora prevista a sua instrução acarreta na inobservância, e, portanto, no desrespeito a princípios constitucionais concernentes à legitimação da tramitação processual perante o Poder Judiciário, como o devido processo legal, contraditório e a proibição de decisão surpresa.

No mais, para fins de delimitação temática, optou-se por abordar, através de perquirição bibliográfica, os principais aspectos do Incidente, tais como a litigiosidade repetitiva de questões unicamente de direito em processos que, necessariamente, não guardam similitude fática de origem comum, muito menos identidade fática ou de direito, em todos os seus termos, mas a potencial possibilidade de decisões divergentes no que toca à questão de direito idêntica se decididas nos seus respectivos processos de origem.

Assim, o presente trabalho fora dividido em três capítulos, os quais, respectivamente, tratarão da evolução do Direito Processual Civil ocasionada pela mudança paradigmática social e estatal, assim como dos seus princípios basilares, percorrendo a respeito dalguns aspectos da técnica formulada para o Incidente e ressumbrando na emblemática criação do que fora denominado de *precedentes à brasileira*, de cuja inclusão da tese jurídica fixada no artigo 927 do CPC/15 demonstra a tendencialidade sobre a qual se debruçou os olhares do *civil law* diante da insuficiência das técnicas tradicionais do processo e a sobremaneira ausência de

racionalidade sistemática.

1 ASPECTOS RELATIVOS À FORMAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), em linhas gerais, consiste numa técnica processual com inspiração no instituto do *Musterverfahren* – do direito coletivo alemão –, cuja finalidade fora atrelada à resolução de questões unicamente de direito que se repetem, em contraposição às circunstâncias fáticas envolvidas. Não obstante a denominação sugerir, expressamente, a resolução de demandas, ou seja, a cognição de todo o alegado pela parte autora, a causa de pedir próxima e remota, a valorização das provas carreadas e, por fim, proferir a sentença quer seja de mérito quer não, “[...] O incidente propõe-se a julgar uma “questão” e não propriamente as demandas repetitivas. [...]” (MARINONI, 2016, p. 51), demonstrando a escolha pela cisão cognitiva quando da análise da questão de direito.

Por uma opção legislativa, fora ordenado como componente do chamado Microsistema da Tutela de Causas Repetitivas, também conhecido como da Litigiosidade Repetitiva, ou das Causas em Massa (FREIRE, CUNHA, 2017, p. 1162), previsto no artigo 928 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, de modo que, desde a escolha da criação do instituto em comento, a doutrina enveredou-se veementemente na tentativa de sistematizar, explicar e apontar os possíveis equívocos no traçado estrutural, assim como os influxos das origens e experiências históricas.

Entrementes, questionou-se o seu posicionamento na sistemática processual brasileira, dado que, como já afirmado, a plêiade de juristas tomou experiências do direito estrangeiro na sua formulação, na medida em que a proposição tida como influenciadora é ambientada na tessitura das ações coletivas como um procedimento-modelo, ao passo que será tomado como paradigma para a resolução dos casos individuais suspensos que envolvam a mesma matéria encaminhada para o julgamento.

O Incidente é objeto de tais debates por assimilar uma massificação dos direitos subjetivos decorrentes das plúrimas ações individuais repetitivas das mesmas questões, sugerindo a coletivização por meio do julgamento do Incidente, tal como por se tratar dum procedimento-modelo que atuará no sentido de, a partir da amostragem,

fixar a tese jurídica abstrata e não exclusiva a relativo caso concreto (*Musterverfahren*)

Destarte,

[...] Não se nega que há uma *dimensão coletiva* no incidente, porque o IRDR apenas se justifica quando há repetição de uma controvérsia que afete uma coletividade (aqui entendida como diversos sujeitos ou processos). O pressuposto de instauração é a manifestação coletiva do problema. Do mesmo modo, há um “resultado coletivo”, ou seja, uma eficácia que tem um espectro subjetivo alargado. Seria possível afirmar, talvez, que a “função social” do incidente se assemelha com a do processo coletivo. [...] (TEMER, 2018, p. 98)

Além disso, a controvertida natureza alegada por parcela da doutrina alusivo ao Incidente de Resolução no ordenamento jurídico brasileiro é reafirmada pelo *Musterverfahren*, técnica processual alemã, cuja elaboração originária fora vinculada ao solucionamento de conflitos de ordem coletiva, tanto de questões de fato como de direito, e, conseqüentemente, é acomodado no sistema coletivo alemão ao lado das ações associativas (*Verbandsklagen*), de tal sorte que em muito se assemelha com a estruturação dada ao IRDR no atual Código de Processo Civil.

Melhor dizendo,

A estruturação como procedimento-modelo abriga um julgamento de um caso-modelo, isto é, o processo decisório dá-se pela seleção e o julgamento por amostragem, extraíndo-lhe “[...] determinada questão de direito ou de fato controvertidas em diversas demandas isomórficas”. (PROVEDEL, 2018, p. 43)

Embora seja autêntica a semelhança, o que diferencia o IRDR do processo coletivo brasileiro e, em síntese, do alemão, é a objetividade e abstratividade com que é levada em consideração a instrução processual, tal como a aplicação da tese jurídica firmada quando da resolução da questão incidental, sendo a sua finalidade institucional tão somente excogitação da tutela direcionada aos processos individuais. Nas Ações Coletivas de tutela dos direitos individuais homogêneos, o processamento é dado pela jurisdição concreta dos direitos subjetivos concretos, ou seja, a atividade jurisdicional é prestada com base nos elementos probatórios trazidos pelas inúmeras demandas individuais tocantes a certas questões controvertidas, de modo que o escopo da tutela coletiva dar-se-á referentemente à ordem jurídica material, servindo “[...] diretamente ao julgamento de casos concretos. [...]” (TEMER, *op. cit.*, p. 96); diferentemente do IRDR, no qual, à vista da sua natureza incidental e prejudicial à resolução das ações individuais suspensas, bem como das causas-piloto, é a tutela objetiva, isto é, a coerência do ordenamento jurídico objetivo, e não propriamente as lides travadas perante os juízos originários, “[...] eis que o incidente não visa a tutelar uma ou mesmo várias situações jurídicas subjetivas concretas

diretamente, mas a fixar uma tese abstrata e generalizável acerca de uma questão jurídica específica. [...]” (*ibidem*, p. 95), cabendo ressaltar o significado do termo abstrato não como os direitos subjetivos, todavia destinados à continuidade dos processos sobrestados.

Detalhadamente, os Direitos Individuais Homogêneos são uma categoria de direitos materiais, os quais foram estruturados e tipificados como tais pelas disposições normativas do processo coletivo perante o CDC, mas que, em sua essência, não são nada além de direitos individuais materiais qualificados como homogêneos por apresentarem isomorfia, melhor dizendo, controverterem um mesmo ponto de direito, ao passo que “[...] a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais. [...]” (NEVES, 2017, p. 56)

Segundo Neves, “[...] É exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo, que, apesar da natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor. [...]” (*ibidem*, p. 57)

A isso se une o “[...] entendimento de que a dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos se manifesta apenas a partir de uma perspectiva processual. [...]” (TEMER, 2018, p. 55), demonstrando uma escolha dirigida ao tratamento de tais direitos quando preenchidos os requisitos intrínsecos à tutela coletiva daqueles.

Portanto, o que distingue crucialmente IRDR das técnicas coletivas de julgamento é o fato de não poder ser

[...] equiparado ao processo coletivo, porque, como se limita a fixar uma tese em caráter objetivo, as demandas deverão ser necessariamente apreciadas pelos juízos em que tramitarem. Sempre haverá necessidade de decisão no caso concreto, porque apenas fora do incidente é que há efetivamente a análise e o julgamento da demanda. [...] (*ibidem*, p. 97)

Por outro lado, a instituição do incidente, apesar de todas as manifestações contrárias em relação à forma de como se deu, traz à lume aspectos processuais de grande dimensão no que tange aos debates jurídicos, e tanto mais característicos do neoprocessualismo. Deste modo, as técnicas empregadas no atual Código de Processo mostram-se mais aptas e adequadas a partir duma interpretação conforme, diante da roupagem da concepção duma estrutura subjetiva multipolarizada, de sorte que está relacionado, essencialmente, “[...] à constatação da insuficiência das concepções tradicionais de contraditório [...]”. (*ibidem*, p. 30)

A propósito de estar inserido na mudança da perspectiva social brasileira, isto

é, a cultura social dominante, que, invariavelmente, atingiu o Poder Judiciário, o Incidente acentua o traspassamento do modo eminentemente privatista de se pensar o processo civil, mesclando elementos essenciais da visão individualista da sociedade, propriamente da era moderna, de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com a anterior concepção orgânica tradicional, reafirmando os dizeres: “[...] As antigas categorias são remodeladas, refeitas, mantendo-se, muitas vezes, a sua base estrutural. [...]” (TARTUCE, NEVES, 2016, p. 4)

Mais que isso, a correspondência ao Direito de ação, isto é, o direito de o particular empreender as engrenagens estatais - princípio da inércia congregado com o do impulso oficial - com vista à entrega da tutela satisfativa com a dinâmica posta em prática no último século, em alta medida determinou o balizamento do processo civil como disciplina autônoma da ciência do Direito, antes precisamente vinculada ao Direito Material, inexistindo “[...] qualquer quebra conceitual entre direito subjetivo e ação - ou, dito de outro modo, porque não havia qualquer autonomia do processo em relação ao direito material [...]”, (MITIDIERO, 2017, p. 28), à proporção que a individualização tida como inerente ao processo fora ocupada pela representação publicista dos atos que o formam, assim formulada como

[...] Obra da doutrina alemã do final dos Oitocentos e da italiana do início de Novecentos, o aparecimento do direito processual civil como disciplina autônoma foi marcado por uma indiscutível guinada - de uma perspectiva privatista e individualista para uma perspectiva publicista e em grande parte também estatalista do processo civil. (*ibidem.*, p. 29)

Tanto melhor se entende o processo histórico-jurídico do Direito de Ação, o qual não se confunde com o Direito de Petição, associado aos aspectos jurisdicionais, passando por três fases distintas, quais sejam, a dependência, autonomia e independência com relação à análise da relação jurídica de direito material controvertida, caracteres estes que não se excluem, senão são reunidos e exercem atribuições complementares, vigorando de igual modo em virtude da escolha de determinado ordenamento jurídico por motivos jurídico-políticos da teoria que melhor se enquadre nas aspirações do sistema em que inserido.

À vista disso, a superação individualista é cercada de emblemáticas contestações, tendo sido alegada a impropriedade ao declarar tal fim, mesmo nos períodos anteriores ao “decreto” de bifurcação entre o Direito Material e os procedimentos de caráter objetivo, pois o Direito Processual, ainda que residente às margens do sistema jurídico, sempre fora dotado de traços pertencentes ao domínio

público e, por esta razão, publicista e estatalista em certa medida, a depender da finalidade processual em que incluído.

Resumidamente, a ação adviria do direito subjetivo, compreendido como o Direito Material, conforme se “[...] restava absolutamente coerente com essa doutrina uma orientação acentuadamente privatista e individualista a respeito dos fins do processo [...], sendo [...] o ponto máximo (*Höhepunkt*) desse modo de pensar típico dos Oitocentos é a conhecida elaboração de Friedrich Carl von Savigny sobre as *materielle Aktionenrechte*, seu verdadeiro coroamento (*krönung*) e fim (*abschluß*) [...]”. (*ibidem*, p. 28-29)

Nesse sentido, tem-se a introdução de novos olhares à função que o Princípio do Devido Processo Legal exerce na ordem jurídica processual, pelo que se permeia, em substancialidade, num efetivo contraditório por parte de ambos os envolvidos, conjugado pela mútua cooperação, ou seja, as partes têm o dever de auxiliar o juiz na instrução processual, uma vez que eles se mostram interessados na satisfação de seus respectivos anseios, e, com isso, influenciar o magistrado na tomada da sua decisão.

Pelo afirmado, fixa-se o seguinte:

[...] O legislador tem o dever de criar canais de comunicação entre a sociedade e o Judiciário, ou melhor, canais que viabilizem a participação do povo na reivindicação da tutela judicial dos seus direitos, sob pena de violar o seu dever normativo de tutelar os direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental de participação do cidadão no poder, ou seja, no processo em que os seus direitos são definidos. [...] (MARINONI, 2016, p. 46)

Ressalta-se que tal maneira de fundamentação das relações cidadão-Estado só teve lugar pelas revoluções ocorridas, principalmente, na Inglaterra e em França, as quais lançaram mão das primeiras bases governamentais modernas, ao cabo do *Ancien Régime*, de modo que “[...] Todo Estado implica um entrelaçamento de situações, de relações, de comportamentos, de justificativas, de objetivos, que compreende aspectos *jurídicos*, mas que contém, ao mesmo tempo, um indissociável conteúdo *político*. [...]” (DALLARI, 1991, p. 108). De outra maneira, os membros da comunidade que forma o Estado não mais são súditos sujeitos ao absolutismo e imprevisibilidade do soberano.

Noutra vertente, as normas processuais fundamentais são equivalentes aos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, de maneira que o seu alheamento revela-se como supressão do devido processo legal, a má-fé para com os sujeitos presentes na relação processual instalada; a devida tramitação não diz respeito tão

somente aos aspectos de legalidade e legitimação processual, mas também a aplicabilidade e a confiança da sociedade em si considerada na sua visão e relação perante o Poder Judiciário, isto é, a confiança depositada com que se entregará a efetiva e justa tutela ao direito pleiteado.

Ademais, o exercício do poder jurisdicional deve ser pautado pela previsibilidade e continuidade, um verdadeiro garantismo no exercício daquele, não frustrando as legítimas expectativas dos jurisdicionados, tirante a alteração da situação na qual se deu o entendimento, testificando a ideia pela qual *like cases should be treated alike* (casos semelhantes devem ser tratados de igual modo); nessa conformidade, a violação ao *nemo potest venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório) deve ser rejeitada e expelida de todo e qualquer sistema que espera ser confiável.

Para além, não somente em se tratando do Incidente, mas a fim de que toda a sistematização do Código de Processo Civil de 2015 adquirisse uma modelagem adequada e coerente com a forma que se desenvolveu a sociedade, a atual estrutura dos vínculos e relações tanto jurídicas como sociais, os valores relacionados ao *ethos* da sociedade a que se apresenta, o reconhecimento e a proteção dos Direitos Fundamentais constitucional e infraconstitucionalmente, a escolha por um Estado Democrático de Direito, pautado por direitos e garantias fundamentais (art. 5º da CF/88), a resignação dum direito estritamente formal para um ameadado do formalismo necessário, mas dotado de direitos imanentes aos jurisdicionados enquanto ser humano, a valorização dos princípios jurídicos enquanto eixos decisórios capazes de tornar o direito manuseável, ou seja, um direito "[...] muito mais em racionalidade do que em lógica", de modo que, a esse último, trata-se de "[...] uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real, [...] a circunstância de cada vez mais incluírem-se parâmetros de decisões ditos *fuzzy* ou "nublados" nos textos de direito posto [...]".

De conseguinte, vale-se da argumentação de Teresa Arruda Alvim Wambier:

Portanto, a lei, pura e simplesmente, muitas vezes não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo "filtro" dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si. (In: _____. DIDIER JR, CUNHA, ATAÍDE JR., 2016, p. 263-264)

Tal circunstância, todavia, é fruto da passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, tanto que, concernente às consequências, se teve como

resultado a tríplice alteração no arranjo da Teoria do Direito, isto é, a forma pela qual se dá a atuação processual e legislativa referente às normas (Teoria das Normas), à técnica legislativa e ao significado da interpretação jurídica, mudanças paradigmáticas estas propiciadas pela superação da concepção do Estado como fim em si mesmo.

No dizer de Mitidiero,

[...] a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma tríplice alteração no que concerne à compreensão do Direito. Essas três grandes mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente com um perfil subjetivo, pré-ordenado somente para resolução de casos concretos em juízo. (2017, p. 19)

Significa dizer, noutros termos, além da vicissitude da compreensão do indivíduo pelo próprio indivíduo, a função que o processo judicial exerce no consciente coletivo a partir da decisão proferida demonstra a mudança qualitativa na compreensão do Direito como fenômeno social.

Assim, situando o Direito no Estado Democrático Brasileiro, especificamente no Processo Civil, e o Poder Legislativo, muito embora continue a exercer os seus poderes típicos na forma estabelecida pela Constituição, passou a desempenhar uma função secundária nesta perspectiva, já que o magistrado, anteriormente visto apenas como *la bouche de la loi* (boca da lei), isto é, “[...] o Direito em si é um objeto dado total ou previamente pelo legislador, e que a tarefa do intérprete estava em declarar [...]” (*ibidem.*, p. 26) o sentido normativo, no atual estágio, cria o Direito, elevando-se de mero aplicador para figurar como agente decisório, porém, de igual maneira, a par de diretrizes decisórias, as quais determinam o modo através do qual esse processo de criação e, conseqüentemente, aplicação dar-se-ão. Em verdade, “[...] quando se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador, o direito era concebido unicamente como lei. A tarefa do Judiciário se resumia à aplicação das normas legisladas. [...]” (MARINONI, 2016, p. 34)

Nesta toada, a fulgurante manifestação jurídica na atual ordem processual civil é derivada dos efeitos da passagem mencionada, sobretudo pela construção doutrinária da "nova" teoria da interpretação em razão da divisão das normas em regra, princípio e postulado jurídico, segundo a qual a lei – como manifestação do absolutismo do Legislativo – e, por conseguinte, os códigos são insuficientes, consolidando o

[...] paradigma do Estado Constitucional de Direito – no qual compete ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais e preservar o regime democrático –, a jurisdição constitucional assume um papel de destaque no cenário estatal, exigindo o desenvolvimento de uma teoria do direito capaz de explicar os efeitos desta revolução copernicana que marca,

definitivamente, o direito contemporâneo. [...] (TRINDADE In: ____ STRECK, 2017. p. 75)

Junta-se ao afirmado o conhecimento de que

[...] o Estado Constitucional convive com uma pluralidade fragmentada de fontes: a forma Código perde o seu caráter de plenitude, próprio do Estado Legislativo, e passa a desempenhar função de **centralidade infraconstitucional**. Abundam estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais que concorrem para disciplina da vida social. O ordenamento jurídico adquire feição complexa. [...] uma mudança igualmente quantitativa no campo das normas [...] (*ibidem*, p. 20)
(grifo nosso)

Desta forma, a atividade promovida pelo magistrado não mais se resume à mera aplicação da lei ao caso concreto, visto que a lei, enquanto elemento central da interpretação, era tida como dada integralmente pelo legislador, “[...] sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma pré-existente para solução do caso concreto. [...]” (*ibidem*, p. 21); de outra parte, a norma aplicável à situação em análise ante a perspectiva constitucional fundamenta-se na reconstrução da norma cabível ao caso concreto – justa composição da lide, por Carnelutti – a partir da subsunção do resultado interpretativo permeado das circunstâncias factuais; a interpretação torna-se uma atividade extremamente complexa, forçando os intérpretes a valerem-se de técnicas requintadas a fim de que se guarde o verdadeiro núcleo normativo. Portanto, “[...] As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários. [...]” (*ibidem*, p. 21)

Doutra maneira não haveria de se dar, já que a descentralização, como já apontada, da codificação em virtude da técnica legislativa levou à formação de inúmeros microssistemas, leis esparsas, a previsão de conceitos vagos e indeterminados, e cláusulas gerais. Além disso, mormente, em razão dos princípios, estes passaram duma fundamentação às normas para vinculação formal, corroborando a ideia de que os princípios, enquanto componentes dum sistema de valores universal e particular, nascem e estimulam a proteção aos direitos fundamentais, viabilizando a impressão da tutela de direitos efetivamente como fim precípua do processo civil “humanista”,

Valendo-se da composição ideológica firmada por Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos”, em relação ao Processo Civil, a teor do caráter dúplice no que concerne à sua atuação, não se pode perder de vista que o Estado Brasileiro, na qualidade de signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao comprometer-se pela proteção dos Direitos de tal ordem, em condição fundamental,

dada a promulgação da Constituição Federal de 1988, dispôs, tanto implícita como explicitamente, a fundamentação da concepção do Estado a partir duma visão de limitação do exercício dos poderes a ele inerente, a dum Estado de Direito e, como tal, em decorrência do espelhamento dos diplomas legais vigentes ou em potencial criação diretamente àquela, a coerência é uma exigência da legitimação legal, ou seja, da constitucionalidade, vista nesta premissa como a legalidade material de todo o ordenamento jurídico, ultrapassando as proposições fundantes do Estado Legislativo, tendo sido

[...] postas na base de uma nova concepção do Estado – que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência –, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos. [...] (BOBBIO, 2004, p. 18-19)

Certamente, a legislação do Estado por via de normas íntegras em si mesmo faz-se pela dupla significação do Princípio da Legalidade, formal e materialmente. Em relação ao primeiro, a lei deveria ser adornada dos elementos factuais, valorativos e validantes; ao segundo, além da tradicional legalidade atribuída às leis, estas devem ser materialmente legais do ponto de vista constitucional, insofismavelmente falando dos Direitos Fundamentais.

O Estado, na medida em que assume a posição de pessoa jurídica pública, sua atuação não mais dar-se-á na busca incessante dos seus interesses, porém na dos integrantes da sua nação e, como objetivo ideal, de todos os habitantes do planeta terra. Sendo assim, “[...] Enquanto sociedade política, voltada para fins políticos, o Estado participa da natureza *política*, que convive com a jurídica, influenciando-a e sendo por ela influenciada, devendo, portanto, exercer um *poder político*. [...]” (DALLARI, 1991, p. 109); certamente os fins aos quais está associado passam a ser a pessoa humana, em especial a tutela dos direitos pela instrumentalização da jurisdição, longe da teorização, entretanto próximo à prática.

Logo, o Processo Civil deve ser encarregado de, à vista da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Brasileiro, tutelar, como fim precípua, os direitos intrínsecos aos jurisdicionados, mas não somente a estes, e sim a todos os nacionais e estrangeiros, sendo que “O Direito é a arte do bem e do justo” (*jus est ars boni et aequi*), dando-lhe expressivo compartilhamento e efetividade no plano prático.

Assim, em rigor, pela visão publicista e estatalista da finalidade do Processo Civil nos Estados imediatamente subsequente à suplantação absolutista deste, a entrega da tutela específica ao caso concreto e dirigida às partes do processo, a bem da verdade, vindica o deslocamento da estatalização a um patamar mínimo de relevância, porquanto “[...] a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Constitucional impõe como “tarefa” para a doutrina a realização de uma teorização do direito a partir da pessoa humana e não a partir do Estado. [...]” (MITIDIERO, 2017, p. 24-25), todavia esta “tarefa” mostra-se condizente ao exercício de todos aqueles que, em nome do Estado, exercem parcela do poder jurisdicional e político, bem como pelos particulares, dada a crescente valorização dos ideais de justiça comutativa, distributiva e social não como imposição, ao contrário, como “argumento do consenso” nas bases ético-sociais, clarificando,

[...] Com o argumento do consenso, [...] a substituição [...] pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. [...] (BOBBIO, 2004, p. 18)

Inobstante a vigorosa e ampla aceitação da dignidade humana como princípio duma complexa sintetização ao limite do exercício dos aparelhos jurídico-governamentais, como dito por Bobbio, “[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. [...]” (*ibidem*, p. 17).

Racionalmente, a proteção pelo ordenamento jurídico por meios garantidores da segurança jurídica esta entendida como previsibilidade e “continuidade” em relação ao modo de prestá-la efetivamente no seio da sociedade, atraindo para si a atenção da sistemática estatal de fazê-lo.

Pelo fato de estar circundado por essa, a oblação do Incidente, embora contestada, dá-se exatamente, primeiro, por firmar a tese jurídica e, com esta, dispor para os casos suspensos e para os futuros, até o ponto de eventual alteração, uma controlabilidade no manejo pelos órgãos jurisdicionais e, sobretudo, pelos particulares, uma vez que, queira ou não a queira, possibilitar-lhes-á o planejamento nas relações de toda ordem junto aos demais indivíduos, facultando-lhes assaz oportunidades e caminhos a tomar e decidir; segundo, por se primar pela natureza jurídica fundamental do processo, prestando-se, entretanto, não mais uma tutela, pelo contrário, uma tutela de mérito principiológica, nos termos das normas fundamentais

do Processo Civil, tomando-se a segurança *lato sensu* como fundamental à juridicidade do Estado, encaminhando os cidadãos à sua autonomia, isto é, à sua autodeterminação, tendo sido, a partir de então, contornada a arbitrariedade com a qual o Estado, preponderantemente, exerce o seu poder pela juridicidade estatal, e ao cabo, estendê-la no mais amplo sentido da expressão como preceito inquestionável e inexaurível da segurança jurídica.

Certo disso, “[...] A liberdade ou a força da alma é a virtude dos particulares. E a virtude do Estado é a segurança. [...]” (SPINOZA, 2013, p. 36), caracterizando o sistema de valores construído e aceito objetivamente para Estado Constitucional pelos que conclamam os direitos fundamentais como fundamento e finalidade a que deve ser alçada a execução do poder jurisdicional.

Reúne-se ao supracitado o acurado excerto da obra de Dallari:

[...] Como se tem procurado evidenciar, inclusive com o objetivo de assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar o máximo de juridicidade. Assim é que se acentua o caráter de *ordem jurídica*, na qual estão sintetizados os elementos componentes do Estado. Além disso, ganham evidência as idéias da *personalidade jurídica* do Estado e da existência, nele, de um *poder jurídico*, tudo isso procurando reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado. Mas, não obstante a aspiração ao máximo *possível* de juridicidade, há o reconhecimento de que não se pode pretender reduzir o Estado a uma ordem normativa, existindo no direito e exclusivamente para fins jurídicos. (1991, p. 109)

A decisão judicial deve ser, portanto, capaz de em todas as suas espécies alcançar, satisfatoriamente, a duplicidade a qual fora aludida: a dupla direção na qual lhe deve ser moldada, “[...]um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. [...]” (MITIDIERO, 2017, p. 33), inferindo-se, com isso, a chamada dessubjetivação do Processo Civil, cabendo-lhe atender ao chamamento pela segurança como elemento validante do Poder Judiciário como um dos representantes do Estado.

Neste sentido, conquanto haja expressa preconização da fundamentação do Estado Democrático Brasileiro na Dignidade da Pessoa Humana (art. 1.º, inciso III, da CF/88), nesse particular, a cultura jurídica em vigor, irrestritamente, deve perseguir a interpretação atribuída à lei pela decisão judicial como um anseio particular e, implicitamente, coletivo, a qual, necessariamente, deve revestir-se da indumentária da teorização à prática da realização dos fundamentos constituintes dum Estado Constitucional, limitando o Estado, o indivíduo na condição de particular, e a comunidade no âmbito nacional e internacional.

Paralelamente a esta construção jurídica, os fenômenos sociais que lhe induziram a formação revelam-se imprescindíveis à compreensão da disposição normativa afeita à uniformização do modo de se prestar a tutela jurisdicional, obstaculizando o dissenso e, por conseguinte, a dispersão jurisprudencial.

O Direito consiste num fenômeno histórico-social desenvolvido e exercido por diversos povos ao longo do espectro evolucionista, constituindo-se por fatores e elementos subjetivos e objetivos, interesses públicos e privados, ideologias dominantes e caracteres holísticos de certa forma indescritíveis, consubstanciando-se nos moldes de tradições jurídicas. A conduta social e as suas consequências “criam” o Direito, e o “[...] “direito” é considerado como fenômeno da vida coletiva. Ao lado dos fatos econômicos, artísticos, esportivos etc., também o direito é um fato social. [...]” (MONTORO, 2005, p. 56)

Hodiernamente, as tradições jurídicas mais importantes resumem-se ao *civil law* e ao *common law*, sendo estas expressões históricas delineadas por carecimentos e fatores em determinados pontos da evolução e mudança sociais, assim como pela forma de se interpretar o Estado e as suas relações com o Direito, pela qual se apresenta a seguinte concepção a respeito do tema:

[...] A concepção de tradição jurídica por John Henry Merryman como um conjunto de atitudes profundamente arraigadas e condicionadas historicamente acerca da natureza da lei, da função do direito na sociedade e na forma de governo, da organização e da operacionalidade de determinado sistema jurídico e ainda como se dá a criação, a aplicação, o estudo, e o aperfeiçoamento do direito. A tradição jurídica, assim, relaciona o sistema jurídico dentro do âmbito cultural do direito. Sistema jurídico e tradição jurídica são distintos. [...] (MERRYMAN, 1989, p. 15, apud PROVEDEL, 2018, p. 22)

Não obstante o atual estágio, para se compreender o modo pelo qual o incidente fora sistematizado, a regressão a períodos marcantes da ciência do Direito faz-se necessária, haja vista a intensa influência segundo a qual se opera a sistemática processual no presente.

A ambiência da Pré-Modernidade, da Modernidade, e da Pós-Modernidade, denominada também por Era Contemporânea, ditas na esfera social e política, caracterizam o modo de vida e de se entender o indivíduo introduzido no seio da sociedade, redundando em implicações na organização do Estado e estruturação administrativa e judiciária,

Como dito por Provedel, “[...] No contexto da pré-modernidade (1600-1700), a ascensão do individualismo e a diminuição da importância dos grupos na estrutura

social alteraram a concepção do indivíduo, considerando-o como um ser autônomo titular de direitos subjetivos. [...]” (*ibidem*, p. 49)

A problemática apresentada ao Direito na atualidade está diretamente ligada à superação da visão estrita da era pré-moderna e moderna, propriamente;

[...] a pós-modernidade significa o “estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. [...] (BITTAR, 2005, p. 108 apud TARTUCE, NEVES, 2016 p. 4)

Esse revisionismo do modelo organizacional da sociedade deve ser encarado num âmbito mundial, propiciado, indubitavelmente, pela ampliação dos domínios do capitalismo, assim como pela universalização da comunicação, dos serviços e a interligação em massa através da internet como catalisador da natural relação social entre os indivíduos.

A culminância paradigmática pela qual influenciou a sociedade ocidental teve lugar na eclosão da Revolução Francesa, onde se pregava o mote da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” como símbolo dos ideais Iluministas, assentada, principalmente, na pressão exercida pela classe social ascendente, isto é, a classe burguesa, pela qual insatisfeita com a organização estatal e do seu poder, rebelou-se contra o regime déspota e autoritário até então prevalecente, limpidamente ao revés do poderio da Igreja Católica Apostólica Romana e dos domínios feudais, os quais, apesar das tentativas, vigoravam plenamente, ao passo que “[...] A Revolução Francesa firmou, afinal de contas, mutações que vinham processando nas sociedades européias, consagrando, notadamente, os conceitos de igualdade e liberdade nas esferas jurídica e política. [...]” (LAKATOS, 1985, p. 311)

Nesta esteira, como dito por Tartuce e Neves:

[...] O fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, pode ser identificado por diversos fatores. O primeiro a ser citado é a globalização, a ideia de *unidade mundial*, de um modelo geral para as ciências e para o comportamento das pessoas. Fala-se hoje em linguagem global, em economia globalizada, em *mercado uno*, em doenças e epidemias mundiais e até em um *Direito Unificado*. [...] (2016, p. 5-6)

Especificadamente ao modernismo jurídico, os litígios, individual e socialmente considerados, adquiriram uma feição de caráter hipercomplexo, sobre as quais os mecanismos até então existentes patentearam a ideia da abissal desconexão entre a realidade fática e o exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz, na medida em que “[...] A sociedade contemporânea é uma sociedade de massa – de produção em massa. Os conflitos de massa nada mais são do que uma particularidade deste

modelo de sociedade. [...]” (TEMER, 2018, p. 45)

A questão da litigiosidade repetitiva deve ser esquadrinhada e analisada a partir duma visão *stricto sensu*, dado que, se doutra forma desse-se, ter-se-ia apenas o contexto de múltiplas demandas tanto isomórficas como heteromórficas, caracterizadas por causas de pedir diversas, a que não se almeja, assim como pela “[...] abundância dos gêneros e espécies: abundância de sujeitos e de direito, excesso de fatores que influenciam as relações jurídicas e eclosão sucessiva de leis, entre outros. (*op. cit.*, 2016, p. 6-7)

Qualquer que seja o apontamento, a litigiosidade que se requer é o refulgente e crescente número de litígios referentes às relações jurídicas semelhantes à luz do direito material, por sinal, em razão do Incidente, processual; relações e conflitos estes que, por vezes, ultrapassam a esfera individual.

Depreende-se, então, a litigiosidade repetitiva, individual e mutuamente considerados, como sinônimo da sociedade contemporânea quando se trata, em especial, dos aspectos jurídicos, estimulados pelas implicações práticas e teóricas da pós-modernidade, não se olvidando dos fatores sociais, culturais e, deste modo, políticos e jurídicos produzidos pelas necessidades despontadas daí em diante, no entanto, limitadas às possibilidades humanas e estatais.

No mais, os elaboradores do atual Código de Processo Civil, cientes desse abalador e abstruso contexto, planearam as estruturas decisórias diametralmente, as quais precisamente deverão ater-se à realidade e às transformações sociais, ensejando a promoção da igualdade e segurança jurídicas; diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, possuidor dum caráter demasiadamente individualista, cuja atenção se voltava ao caso levado até o Poder Judiciário, desconsiderando toda e qualquer repercussão daí advinda, contrapondo integralmente ao Código de Processo Civil de 2015, classificado este como “[...] Uma típica norma pós-moderna, no sentido de rever conceitos antigos do Direito Privado [...]”. (TARTUCE, NEVES, 2016, p. 5)

Dessarte, infere-se pela formulação do Incidente a pretensão dum Sistema de Controle da Legalidade, noutras palavras, um Sistema de Administração da Justiça, eis que, enquanto Estado de Direito, este se encontra consolidado pelas premissas da igualdade e liberdade formal e material, cabendo ao Sistema apontado substancializá-los, conquanto “[...] Um sistema de distribuição de justiça é tanto mais marcado pela vontade individual do juiz – e, portanto, irracional – quanto menos respeita a autoridade das cortes de vértice. [...]” (MARINONI, 2016, p. 54)

Revela-se comum na cultura jurídica da Sistemática Brasileira a disfunção pela qual se passam as decisões judiciais prolatadas por quem assumiu a posição de “dizer o direito”, com nítido regresso aos idos do Estado Absolutista, e, por conseguinte, arbitrário, cujo processo de interpretação e subsunção dá-se, necessariamente, destituído, por vezes, do intento orientador o qual deveria ser observado, e

[...] Embora as decisões no sistema do *civil law* variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa cultura jurídica. Supõe-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre a sua liberdade de julgar. [...] (*ibidem*, p. 53)

O pronunciamento judicial deve ser moldado de tal modo que a repercussão daí proveniente por meio dos efeitos jurídicos da decisão e, ampliativamente, do precedente aberto a partir de então consistam num sistema de tutelas individuais íntegros e associados aos Direitos Processuais Fundamentais. Em contrapartida,

Trata-se de mal entendido [sic], decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema, e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre o próprio sistema e que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de Justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao cidadão. (*ibidem*, p. 53)

A uniformidade das decisões judiciais não visa à estagnação do “poder de julgar” do magistrado, inversamente, está inclinada à realocação na posição devida, uma vez que “[...] Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, [...]” (*ibidem*, p. 53). Diz-se, por isso, o dever de o magistrado em manter a coerência racional do Direito, além da previsibilidade no trato para com as relações sociais e jurídicas, evitando, posto isso, as decisões de caráter surpresa.

Uma vez mais, o Poder Judiciário deve se mostrar capaz de alcançar satisfatoriamente a dupla direção do seu modo de discurso, ou seja, a decisão judicial através das suas múltiplas espécies, ao final das quais a jurisprudência formada pelo conjunto daqueles precisa estar consolidada, alcançando os discursos jurisdicionais futuros coesamente e dotado de estabilidade. Quando se fala em Uniformidade das Decisões Judiciais, o ponto ao qual se quer atingir é, necessariamente, a sua dupla direção, no sentido de que

[...] Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo. [...] (DALLARI, 1991, p. 110)

Diante do Estado Constitucional no qual os pronunciamentos judiciais estão entremeados, a abstração deve ser evitada quando se aborda a decisão judicial concreta, a qual, embora não ponha fim ao conflito instalado entre as partes, mas ao processo instaurado dado o elemento da jurisdição, confira isonomia entre as partes não apenas do processo em questão, porém com relação aos demais processos qualificados com semelhantes e iguais questões, senão pela legislação, pelo pronunciamento do Poder Judiciário, promovendo o bem comum da sociedade e a satisfação individual.

2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas compreende uma técnica reativa de decidibilidade atinente a questões unicamente de direito, as quais propiciarão aos casos presentes e futuros, de natureza individual ou coletiva, que apresentarem as mesmas “[...] questões de direito material ou processual, independentemente se relativas a questões que seriam classificadas como preliminares, prejudiciais ou principais nos casos concretos. [...]” (TEMER, 2018, p. 219), um padrão decisório sobre o qual, no momento da análise das ações propriamente ditas, em separado, à exceção prevista no parágrafo único do art. 978 do CPC/15, ater-se-á o magistrado para prosseguir com o trâmite processual.

Nesse sentido, para se obter um entendimento claro e sistemático do Incidente, faz-se necessário trazer à memória noções preliminares concernentes ao Direito Processual, dotado das particularidades alusivas à sua subdivisão civilista, aos quais se amoldam, tais como conceituação de ação, processo, questões de fato e de direito, jurisdição e, sobretudo, a resolução da questão de direito repetitiva *incidenter tantum* para a conferência de coerência e previsibilidade decisória de legalidade, uma vez que consiste no seu âmago procedimental.

Em linhas gerais, a admissibilidade do Incidente tem lugar quando do preenchimento de requisitos cumulativos, tanto positivos quanto negativos, previstos no artigo 976 do Código de Processo Civil, os quais condizem à efetiva repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito – de cuja percepção se extrai o caráter repressivo do Incidente –, tal como o risco de ofensa à isonomia dos jurisdicionados mediante a potencial decisão nas suas respectivas ações e, em decorrência, a inserção no ordenamento jurídico de elementos incoerentes para com a uniformização do Direito.

Por outro lado, para que haja a configuração do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a admissibilidade e a sustentação do Incidente requerem a ausência de recursos afetados para o julgamento em sede de recurso extraordinário ou especial repetitivos, ao passo que demonstra a correlação dos institutos advinda do microssistema de tutela dos casos repetitivos.

Assim, o risco de ofensa à isonomia deve ser compreendido no seu sentido jurídico-processual, uma vez que a disparidade injustificada pela fundamentação inapropriada estaria a fomentar a heterogeneidade de questões que, por serem idênticas ou similares, provocariam, sequencialmente, a violação da ordem jurídica e, ao final, a lesão aos direitos processuais fundamentais.

Os juízes, na atual conjuntura da técnica de direito material e processual, não são encabeçados ao manuseio unicamente da lei, mas na sua adequação diante das particularidades do caso concreto e da necessidade social de efetivação da tutela jurisdicional, o que, em determinadas circunstâncias, dar-se-á pela prolação de decisões interpretativas ou pela criação do direito no uso do poder jurisdicional em virtude do seu papel criativo, isto é, a complementação do elemento conceitual da norma.

Soma-se a isso a perspectiva do emprego em grau distinto da feição subjetivista do exercício da jurisdição, na qual a sua provocação, necessariamente, é dada pela parte da “suposta” relação jurídica que se julga prejudicada, insatisfeita ou lesionada na sua pretensão de direito estabelecida perante certo indivíduo.

A atividade cognitiva do magistrado, considerada nos moldes da lide, tem início com a provocação da parte interessada (autor), tendo como intermediador, na qualidade de substituto-coordenador, o juízo, através da citação da parte que supostamente o lesionou (demandado), e, por fim, a *angularização* da relação processual, onde, incontestavelmente, tratar-se-á da matéria de direito e de fato

concernentes a esta relação jurídica deduzida em juízo, não se aludindo à “composição da lide” pela atividade jurisdicional do magistrado, e muito menos ao fato de esta ser apenas a de declarar o direito material pela instrumentalização por meio do processo.

Por conseguinte, a instauração em juízo consiste num processo de teor subjetivo, o que se dá pela análise, não em tese, mas de fato, e, necessariamente, exauriente, na medida do possível, tanto da causa de pedir remota como da próxima, além dos pedidos formulados ou tidos por necessários pelo magistrado em consideração à sua atuação oficiosa, ou melhor, os pontos preliminares, prejudiciais e o próprio mérito deduzidos em juízo.

Em contraposição à vertente subjetiva do processo, particularmente, observa-se os contornos do julgamento do Incidente num processo objetivo, ou melhor, abstrato, semelhante à Ação de controle da constitucionalidade, e aos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, uma vez que esse “[...] juízo pode ser feito *em concreto* ou *em abstrato*, conforme seja exercido *para resolver um conflito subjetivo* ou *para resguardar a higidez do ordenamento jurídico*, respectivamente. [...] (*ibidem*, p. 83).

Sendo assim, como leciona Temer,

[...] O IRDR é classificado como *meio processual objetivo*, porque é técnica que não pretende tutelar direito subjetivo diretamente, já que opera pela lógica da abstração em relação às situações subjetivas concretas para fixar uma tese jurídica padrão. [...] (*ibidem*, p.90)

Em julgamentos dessa ordem, a decisão judicial, primariamente, não está voltada à solução do conflito instaurado pela pretensão subjetiva, mas sim à tutela do ordenamento jurídico, no qual a segurança e a integridade devem ser preservadas a fim de, então, conservar o direito subjetivo de todos os jurisdicionados respeitante a esse ponto.

Logo, o Incidente é enquadrado num processo de cunho objetivo, destinado, diretamente, a combater a violação da ordem jurídica objetiva e, por via de consequência, a esfera subjetiva ou privada dos jurisdicionados, alinhando-se aos valores que *Quae paribus in causis, paria jura desiderant* (As coisas iguais nas causas, devem ter direitos iguais).

Por sua vez, as demandas que servirão de base para o IRDR, assim como as sobrestadas e as futuras, não reclamam a identidade entre si, ou seja, o Incidente pode ser instaurado a partir de processos com causas de pedir e pedidos isomórficos

e/ou heteromórficos em relação uma com as outras, de modo que, assim, ter-se-á tanto pontos de direito idênticos, similares ou distintos como questões controvertidas e vice-versa.

Ao voltar a atenção para a nomenclatura do Incidente, à primeira vista, sugere a resolução, por meio do Incidente, das demandas repetitivas as quais serviram como base para a sua instauração. Todavia, como já alvitado anteriormente, o Incidente não julga propriamente as demandas subjetivas, ou seja,

[...] Não se analisam questões de fato e questões de direito heterogêneas, o que impede que se possa falar em julgamento da demanda, que depende necessariamente da análise da causa de pedir e do pedido. [...] (*ibidem*, 2018, p. 70)

De fato, a identidade duma ação com relação à outra na sistemática processual brasileira é identificada pela Teoria da Tríplice Identidade, ou Teoria *tria eadem*, cuja experiência, no que toca, leciona que *uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido* (art. 338, § 2.º, do CPC/15).

Outrossim, poderia ser dito que o Incidente seria utilizado para a resolução de demandas que não tenham identidade entre as partes envolvidas, mas para aquelas que tenham pedidos e causas de pedir similares ou idênticas, oriundas duma mesma origem; entretanto, não se teria como objeto dum mecanismo distinto para a resolução de demandas de massa que tenham como partes os mesmos sujeitos, ou sejam qualificadas pela rigorosa similitude, pelo que já se mostram respaldadas pelas Ações Coletivas.

Isto posto,

[...] apesar de falar em *demandas repetitivas*, o incidente soluciona *questões repetitivas*. [...] para o sistema processual do CPC/2015, *demandas repetitivas* também compreendem *demandas* que não se referem a relações substanciais-modelo, não contêm causas de pedir e pedido similares (*demandas heterogêneas*, portanto), mas possuem áreas de homogeneidade, relativas a uma ou algumas das *questões* discutidas em juízo. As *demandas* são caracterizadas como repetitivas mesmo nos casos em que apenas algumas *questões* nelas debatidas o sejam. [...] (*ibidem*, p. 62)

Por outro lado, ressaí como emblemática a distinção conceitual e, pragmaticamente, o seccionamento entre *quaestio facti* (questão de fato) e *quaestio iuris* (questão de direito), uma vez que o mecanismo do Incidente é condicionado à análise do ponto de direito na qualidade de *quaestio praeiudicialis* (questão prejudicial de direito), ressalvando que a prejudicialidade e, portanto, a relação lógica-jurídica, surge quando da suscitação do Incidente.

A distinção encontra como entrave o fundamento do Direito, isto é, o fato de o Direito, apesar da sua feição científica, advir do mundo dos atos e fatos (jurídicos), da sociedade e das suas múltiplas formas de relacionamento, de modo que a rigorosa separação entre questão de fato e questão de direito é condicionada à visão pela qual se observa procedimento.

Costumeiramente, a distinção entre tais questões é pautada por uma opção associada ao objeto recursal, ou da instrumentalização processual, eis que, a depender da natureza do órgão jurisdicional a que competirá o seu julgamento, ou seja, atrelado ao *ius litigatoris* e a Corte como Corte de Controle, ou *ius constitutionis*, e a Corte como Corte de Interpretação.

No primeiro caso, o *ius litigatoris* fica restrito ao modelo das Cortes Superiores, as quais realizam a nomofilaquia recursal repressivamente como forma de unificar a jurisprudência a respeito de certa matéria. Por outro lado, o modelo de Cortes Supremas almeja à pacificação, coerência em relação à matéria pela nomofilaquia recursal com o uso dos precedentes judiciais naturalmente vinculantes.

Como argumento contrário à impossibilidade de distintiva divisão expõe-se a característica de o Direito, enquanto um fenômeno social pautado em fatos e atos volitivos (jurídicos), é necessariamente relacionado às situações jurídicas que baseiam a significação valorativa da proposição normativa, na medida em que

[...] fato e norma são dois aspectos de um só fenômeno e que a tentativa de os distanciar causa sempre um artificialismo estéril, o que gera, com razão, fortes críticas às tentativas de separação, mormente quando objetivam limitar a cognição judicial. [...] (71)

Para Miguel Reale a conceituação parte da premissa da comprovação fatural, ou seja, a

[...] Questão de fato é atinente ao fato na sua existência (sobre se o fato F efetivamente se deu) e se o mesmo apresenta, à luz da prova produzida pelas partes, a configuração C, isto é, com tais ou quais elementos constitutivos. [...] (REALE, 2009, p. 210)

Noutra vertente,

[...] A “questão de direito”, ou “direito em tese”, surge, propriamente, quando juízes diferentes, para resolver a mesma questão de fato, invocam normas jurídicas sobre cujo significado e alcance dão entendimentos diversos: a divergência não se desenvolve, pois, no plano fático ou da prova, mas no plano da “compreensão normativa”, envolvendo pressupostos doutrinários e princípios. [...] (*ibidem*, p. 210)

Afastando-se ligeiramente dos aspectos conceituais, Sofia Temer propõe a determinação da classificação da questão a partir do aspecto problemático o qual fora lançado em juízo, ao passo que serão enquadradas pelo grau de predominância pela

qual se dará a cognição do órgão jurisdicional.

Nessa medida, apesar de o procedimento do Incidente estar ligado a questões de direito, em contrapartida, de igual modo ao que se dá quando da formulação de dispositivos legais, ou seja, a escolha duma hipótese normativa ou *fattispecie* posto no suporte fático da lei, a instrução do Incidente deverá ser engendrada com a criação, a partir da análise dos casos concretos com relação aos pontos que se assemelhem, dum fato-tipo que se adeque ao contexto fático de todos os processos que o embasam.

Dessa maneira, ter-se-á como ponto de partida a aferição dos fatos de maior relevância para, com isso, empregá-los no método tipológico, e “[...] oferecer *modelos* das situações fáticas a partir dos dados extraídos da realidade, com o objetivo de generalizar (para fixação da tese), [...]”. (TEMER, 2018, p. 77)

À vista disso, assente na formulação do fato-tipo e considerando a natureza objetiva do Incidente, tal como o desígnio de resolução da questão de direito repetitiva,

[...] se o aspecto problemático for predominantemente jurídico, por não compreender a aferição, em concreto, dos fatos alegados, estar-se-á diante de uma questão de direito. Desse modo, será possível falar em “questão de direito” se o julgamento pretender resolver temas tais quais: a) como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas daí extraídas; b) qual a norma aplicável a uma determinada situação fática, e, c) a compatibilidade entre o texto normativo e outras normas e a Constituição. [...] (*ibidem*, p. 72)

Tendo em vista a figura da lide em *stricto sensu*, quando se deduz em juízo determinada situação conflituosa (*res in iudicium deducta*), o demandante fá-lo baseado em determinada (s) causa (s) de pedir, das quais dependem a formulação dos pedidos e a congruência na atuação jurisdicional. Por conseguinte, o demandado ao tomar conhecimento da causa oferece contestação, a qual rebaterá os pontos afirmados pela parte contrária, caracterizando, desde então, a controvérsia do ponto em questão prejudicial, de modo que

[...] Antes de enfrentar e decidir a questão final ou principal, como quer que se diga, da causa, aquela que, em sua mais simples expressão, propõe: “deve reconhecer-se ou negar-se o bem reclamado [...], encontra-se o juiz a braços com uma série mais ou menos longa de pontos que representam o antecedente lógico da questão final (pontos prejudiciais) e que, se controvertem, dão origem a questões (questões prejudiciais). (CHIOVENDA, 2009, p. 465)

Oportunamente, destaca-se, a partir do fenômeno da prejudicialidade, que “[...] O direito romano muitas vezes impunha a solução prévia da questão prejudicial porque esta, versando sobre o estado das pessoas, condicionava a capacidade

processual. [...]” (MOREIRA, 1967, p. 15); além disso, “[...] Na sua feição mais característica, o instituto visava precipuamente à fixação judicial da *certeza jurídica* em torno de certa relação ou estado. A fórmula *praeiudicialis*, desprovida de *condemnatio*, reduzia-se a *intentio*. [...]” (*ibidem*, p. 15)

Mostra-se cabível distinguir que, no Incidente, a questão de direito a embasar o procedimento pode não ser, originariamente, de natureza prejudicial para a resolução das demandas individuais, mas quando suscitado e admitido o Incidente, a questão objeto deste se caracterizará como prejudicial ao regular trâmite dos processos sobrestados.

Ainda, ressalta-se que não há um padrão para certos pontos alegados que poderão ser tornados controvertidos, e mesmo o ponto principal consistindo no pedido central da demanda, aquele pode ser controvertido em *quaestio praeiudicialis*. Nesse sentido, tal estado das coisas não se vincula a determinadas ações, partes ou ao objeto da demanda, sendo, pois, irreal o discurso de áreas e sub-áreas do direito mais propícias a litigação repetitiva. Posto isso,

[...] Já se disse no passado que havia searas propícias à multiplicação de casos em que se discuta idêntica questão jurídica, tais como o Direito Administrativo, Tributário, Previdenciário etc. O certo, porém, é que a manifestação das relações jurídicas e a expansão dos direitos fundamentais ampliou muito esse leque, e o fenômeno da multiplicação já se observa também no direito de família, do consumidor, comercial, bancário, securitário, registral, na responsabilidade civil, dentre outros. [...] (DANTAS, 2015, p. 77)

Desta forma, é possível concluir que a prejudicialidade da questão com relação as demais inseridas na lide estão, umbilicalmente, ligadas por uma relação de dependência, de condição, na medida em que, como exposto por Barbosa Moreira, diz respeito a uma consequência lógica, envolvida por um juízo prioritário, eis que “[...] Cabendo a qualificação de “prejudiciais” às questões de cuja solução dependa o *teor* ou o *conteúdo* da solução de outras, [...]” (*ibidem*, p. 29)

3 A TESE JURÍDICA FIXADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O atual Código de Processo Civil, a par da busca pela coerência e unidade no Direito Brasileiro, ousou ao estatuir, a partir do art. 926, o chamado Microsistema de Formação de Precedentes Judiciais Vinculantes em face não apenas das Cortes Superiores, mas também dos tribunais ordinários, conjugando tanto os entendimentos

sumulares como os precedentes obrigatórios de cunho vinculante, dentre eles a tese jurídica fixada na resolução da questão de direito suscitada e submetida ao procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Eventualmente, o sistema de precedentes brasileiro corporificou-se de modo extremamente dessemelhança da verve anglo-saxã, e por isso fora nominado de *precedentes à brasileira*, dado que, ao contrário do que ocorre na tradição originária, as decisões judiciais nascem predestinadas a servirem como *ratio decidendi* (razões/motivos determinantes) das decisões judiciais posteriores em casos concretos de cuja observância, em virtude dos princípios orientadores dos precedentes, deve se dar pelo enquadramento jurídico, levando à conclusão de que o teor dessas decisões possuem reflexos transcendentais aos casos em que abordados, à semelhança da semântica da palavra, assim como um resquício da legalidade quanto ao Direito.

A Teoria dos Precedentes, a qual fora acolhida pelo sistema processual brasileiro, é proveniente dos sistemas jurídicos de tradição do *common law*, anglo-saxão, e, em certa medida, americano, cujo desenvolvimento de eficácia vinculante teve início pela formulação inglesa da Doutrina do *Stare decisis (et non quia movere)*, embora tenha surgido “[...] muito depois da solidificação do *common law*. [...]” (*idem*, 2016, p. 51)

Antes de se prosseguir, é indispensável a realização dum paralelo histórico entre o Direito Inglês e o Direito Francês pós-revolucionário, uma vez que ao último se deve a caracterização dogmática da interpretação e julgamento das demandas deduzidas em juízo, e ao primeiro a inspiração para o referido microssistema.

Como dito anteriormente, o Direito Francês do antigo regime revelava-se, pelos seus aplicadores, inclinado e dedicado à proteção dos interesses de determinados indivíduos, desprovido de quaisquer valores isonômicos entre os jurisdicionados, ou seja, um Direito criado em porção para o caso concreto e caracterizado pelo corruptivo processo decisório.

A partir da eclosão da revolução burguesa e a consequente tomada do Poder Estatal dos antigos detentores, o Direito Francês passou a ser sistematizado e formulado, a despeito dos interesses espúrios e causas próprias, com base em consules mais ou menos sedimentados no necessário prosseguimento das decisões judiciais pela legalidade formal.

Formou-se, então, um sistema jurídico repressor das dispersões e variações contidas nas decisões judiciais a respeito da aplicação da norma geral ao caso

concreto; a lei, compreendida nos moldes dos códigos, era plena em si mesma, dispensando qualquer interpretação equitativa ou integrativa dos seus preceitos, funcionando a norma jurídica como primado afirmativo da vontade social incluída naqueles, e estes considerados o centro de todo o ordenamento jurídico, plenamente íntegro e capaz de regular a vida social.

Soma-se ao exposto o fato de, com o anelo de perpetuação dos termos em que estabelecido, criou-se o *référé législatif* facultativo (referendo legislativo) e a *Cour de Cassation* (Corte de Cassação), cujos intuitos correspondem, respectivamente, à possibilidade “[...] de pedir a um “corpo legislativo” o esclarecimento do texto legal [...] (*ibidem*, p. 48), e, acaso ocorra a interpretação e a aplicação da norma legal destoante à vontade legislativa, competira à *Cour* a cassação da decisão judicial, ressaltando que fora “[...] instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta, e não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir em substituição a uma decisão prolatada por um tribunal inferior. [...]” (*ibidem*, p. 49)

Tinha-se, pois, no Parlamento o poder supremo de criação das normas para a regularização da vida em sociedade, tal como a forma pela qual o exercício da jurisdição consistia na tão somente aplicação da *mens legis*, ausente de toda e qualquer adaptação ou enquadramento dos seus preceitos ao caso concreto, isto é, o exercício da interpretação. A vontade do Parlamento era irreduzível e intragável.

Cabe lembrar a introdução desse sistema pela compreensão estrita da Teoria da Separação dos Poderes elaborada por Montesquieu, na qual as funções dos três poderes são previamente determinadas e impassíveis de mobilidade por razões outras. Assim, a legalidade advinha da estrita e incontornável observância da lei pura e previamente entregue ao ordenamento jurídico, contrastando com a percepção de

[...] que nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar. Se no *civil law* imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver. [...] (*ibidem*, p. 51)

Por conseguinte, o Direito Inglês, de tradição *common law*, conquanto haja a aproximação para uma maior legislação do direito, é embasado no direito consuetudinário, e os precedentes judiciais, especialmente os *binding precedents* (precedentes vinculantes), constituem o supedâneo informativo da atuabilidade e do

exercício do Direito pela sociedade e pelo Estado como fonte primária e formal daquele, à medida que a “[...] a instituição do *stare decisis* pode ser vista como um elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do *common law*. [...]” (*ibidem*, p. 52), o qual promove a segurança jurídica e a legalidade sistêmica, cujo manuseamento, uma vez que é em si um componente do ordenamento jurídico, dá-se pelo uso de ferramentas judiciais pelas Cortes Supremas.

Diante disso, os inúmeros diplomas legais que participam do ordenamento jurídico pátrio, à primeira vista, serviriam para garantir a sistematicidade e, com isso, a segurança jurídica pela previsibilidade decisória dos diversos juízos, de sorte que “[...] Se a doutrina da tradição do *civil law* supunha que a sua sistematicidade era uma garantia de segurança jurídica, o *common law* adotou o *stare decisis* como meio para atenuar a sua menor racionalidade e pouca previsibilidade. [...]” (MARINONI, 2016, p. 52)

Naturalmente, o Brasil, por se tratar dum sistema jurídico de tradição *civil law* tinha, originariamente, como primado afirmativo da vontade a lei concreta, incluída nos Códigos, e estes considerados o centro de todo o ordenamento jurídico, balizados pelo Dogma da Completude do Ordenamento Jurídico, o qual se consubstanciava num compêndio plenamente íntegro e capaz de regular a vida social.

Nesse patamar, o papel dos magistrados de tradição *civil law*, bem como a finalidade atribuída ao processo e à função da jurisdição, e sobretudo a dissociação entre o texto legal e a norma jurídica, concorreram para a formação, mesmo que acanhada nessa plaga, duma teoria da decisão judicial, cuja racionalização-argumentativa e interpretação não se esmaece diante da proclamação duma única direção da decisão judicial.

Como explicitado por Zaneti Jr.,

[...] A teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual. [...] (ZANETI JR., p. 315)

Assim, a racionalização dos precedentes dá-se em duas direções da organização administrativo-judiciária: no plano horizontal e vertical. Isto significa dizer que uma decisão judicial proferida por uma Corte Suprema ao tomar corpo dum precedente deverá obrigatoriamente ser seguida pelos membros da Corte que a

julgaram, tanto quanto pelos órgãos judiciários abaixo na pirâmide hierárquica.

Um precedente judicial, nas palavras de Neves

[...] é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente. [...] (2016, p. 1297), [...] como também [...] é objetivo, já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento do decidir em outros processos. Ainda mais o precedente brasileiro, já que no sistema instituído pelo Novo Código de Processo, diferente do que ocorre com o precedente no direito anglo-saxão, o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante. (*ibidem*, p. 1298)

Todavia, a simples utilização duma decisão proferida num caso concreto anterior não é o suficiente para fazer daquela um precedente. Destarte, “[...] Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente. [...]” (*ibidem*, 1297-8)

Assim, um precedente é formado pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dicta* (*dictum*), cujas experiências se dão quando da utilização das diversas técnicas dedicadas às suas delimitações.

Conceitualmente,

[...] a *ratio decidendi* ou as razões determinantes da solução do caso que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros. [...] (MARINONI, 2016, p. 61).

A *ratio decidendi* [...] Distingue-se da fundamentação *obiter dicta*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem em sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento. [...] (NEVES, 2016, p. 1313)

Ressalta-se, em relação à natureza da tese, a divergência doutrinária no que toca a ser ele ou não verdadeiramente um precedente.

De início,

[...] O desenho procedimental do incidente de resolução de demandas e a eficácia conferida pela lei para suas decisões demonstra que ele foi criado para que, numa sede qualificada – tanto em termos de competência do órgão julgados como de participação democrática – seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratam da questão analisada. [...] (TEMER, 2018, p. 217)

Sofia Temer assevera ser a tese jurídica um precedente de eficácia vinculativa, e não vinculante, cuja nomenclatura fora adotada para diferenciar a eficácia da tese com relação à súmula vinculante.

Em contraposição a Marinoni, Temer entende que não se trata de tese jurídica com eficácia de coisa julgada material e os seus característicos efeitos: imutabilidade e indiscutibilidade, mas uma decisão que após ser proferida adquirirá estabilidade e, “[...] apesar de estável, a decisão pode ser revisada ou superada, sempre que houver mudança substancial nas condições determinantes para a fixação da tese jurídica. [...]” (*ibidem*, p. 281), não lhe sendo, pois, atribuível insuperabilidade ou a imutabilidade própria do trânsito em julgada da decisão, assim como não impediria a rediscussão pelos litigantes afetados se houvesse desrespeito aos critérios estabelecidos para a instrução do Incidente, de modo que

[...] Equivale a dizer que a tese poderia ser revogada com base no argumento de que a questão de direito foi mal resolvida. Verifica-se, também por isso, que a tese firmada no incidente realmente não pode ser pensada como precedente. [...] (MARINONI, p. 109)

Além disso, Marinoni compreende que

[...] um precedente não está preocupado apenas em resolver o caso ou dar uma solução às partes do litígio. Fala-se em precedente quando se sabe que a vocação do órgão judicial que prefere a decisão é a de, ao lado de solucionar o litígio, dar desenvolvimento ao direito e, assim, orientar as pessoas e dar regulação aos casos que estão por vir (2016, p. 171)

Assim, a decisão proferida no Incidente de Resolução não se configuraria num precedente por ser oriunda de órgãos jurisdicionais que não uma Corte Suprema, vez que a suscitação do Incidente ocorre perante os tribunais de justiça dos estados ou os tribunais regionais federais.

Não bastasse, embora o Incidente seja qualificado como procedimento-modelo porque não destinado a decidir mérito das ações individuais e, com isso, um processo de natureza objetiva, a tese prenuncia o uso para decidir os casos em que apresentam a mesma questão de direito repetitiva, como confirmado pelo excerto da obra de Temer: “[...] a decisão do IRDR é propositadamente destinada a servir como padrão decisório para os casos pendentes e futuros. [...]” (2018, p. 224)

A questão decidida de forma incidental, tradicionalmente, não constitui elemento formador da coisa julgada material, eis que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, se se pretendesse estender os efeitos da coisa julgada à questão decidida incidentalmente, far-se-ia necessária a propositura duma ação declaratória, já que a *quaestio praeiudicium*, até então, em razão da sua capacidade de constituir outra ação, não seria alcançada pela decisão prolatada no processo originário.

Naturalmente, tendo em vista a eficácia vinculante e obrigatória da tese

proferida em análise no Incidente, é dotada duma amplitude de maior dimensionamento, uma vez que será aplicada às amostras que se encontram no tribunal, aos processos sobrestados e aos casos futuros na circunscrição de competência do respectivo tribunal que vinculem a mesma questão de direito.

Mesmo sendo atribuído à tese jurídica a eficácia dum precedente judicial, necessariamente, ele não se constitui um aos olhos do *common law*, tanto mais pela capacidade cognitiva e jurídica para a consolidação dum verdadeiro precedente, bem como o prazo temporal, sendo adstrito às Cortes Supremas, cuja posição se concentra no vértice da ordenação judiciária, imbuída do dever e da obrigação de controle da interpretação judicial através da uniformidade do Direito.

Não obstante, a tese fixada ressaí como produto vinculativo do processo criativo técnico-legislativo da “[...] busca de uma isonomia jurídica, seja no sentido de igualdade entre os jurisdicionados [...], seja em relação às decisões emanadas do próprio Poder Judiciário, [...]” (ALMEIDA, CRUZ, 2018), e constitui, por força de lei, decisão para qual a observância dos magistrados deve voltar-se.

CONCLUSÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas demonstra a escolha por um mecanismo inovador e consentâneo para com o modo pelo qual os aspectos fundamentais do processo e, acima de tudo, as relações jurídicas – que são o motivo do próprio processo – têm-se manifestado, bem como a disposição pela observância de meios de instrumentalizá-lo de acordo com a apresentação perante o Poder Judiciário, isto é, uma adaptação em conformidade com as garantias processuais.

De igual maneira, tendo em vista a definição da tese objetivamente, pretende-se a celeridade processual mediante o julgamento de casos que, apesar de reservarem ou não diferenças substanciais, são capazes de, em conjunto, propulsionar a eficiência na prestação jurisdicional.

Muito embora as intenções sejam congruentes com relação à conjectura processual, a sua instrução, invariavelmente, não deve levar em conta tão somente o contingenciamento dos casos repetitivos, porém atar-se imperiosamente ao cumprimento em todos os termos dos direitos e garantias fundamentais a fim de legitimar o procedimento e a sua consequente tese, e não acarretar, em detrimento do ordenamento jurídico, uma dupla lesão.

No que toca à natureza jurídica da tese fixada, a despeito do embate doutrinário, a escolha legislativa deve prevalecer como sinônimo do processo criativo da recepção brasileira da Teoria dos Precedentes anglo-saxã, de modo que se pode concluir como um verdadeiro *precedente à brasileira*.

Ademais, objetivando alcançar o fim através do qual fora o Incidente estruturado, as relações substanciais repetitivas deduzidas em juízo, conquanto a nomenclatura utilizada, não requerem a integral identidade dos elementos que as formam, de sorte que, a partir de técnicas as quais reproduzem satisfatoriamente as suas essências, aliada à efetiva cooperação dos interessados, a legitimação para a aplicação da tese fixada poderá dar-se sem implicações atinentes à alegação de desrespeito das garantias processuais.

Desta maneira, a técnica repetitiva empregada pelo Código de Processo Civil de 2015, na qual está incluso o IRDR, busca a priorização do julgamento de mérito – dado não apenas o exercício do direito de ação –, bem como prazo razoável para a prestação jurisdicional, uma vez que a tutela deve ser adequada e oportuna à situação em que prestada, titularizando direitos e deveres concernentes aos envolvidos nos processos originários na pessoa do sujeito (s) condutor (es), o qual, num primeiro momento, será assumido pela (s) parte (s) munida (s) das melhores condições de exercer o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Notas Introdutórias ao Estudo do Direito**. 2. ed., São Paulo: Ícone, 1990.

ALMEIDA, Adriene Rodrigues do Nascimento, CRUZ, Francieli Borchatt da. **O Uso da Técnica de Distinção (*distinguishing*) no Sistema de Precedentes Judiciais Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4699/o-uso-tecnica-distincao-distinguishing-sistema-precedentes-judiciais-brasileiro>> Acesso em: 20. 05.2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7. reimpressão

CARDOSO, Juliana Provedel. **O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. Coleção Eduardo Espínola.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed., Campinas: Bookseller, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos: Tutela Pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (Arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo Código de Processo Civil - CPC para concursos: Doutrina, Jurisprudência e questões de concurso**. 7. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2017. (coordenador: Ricardo Didier)

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso Completo do Novo Processo Civil**. 4. ed., Niterói: Editora Impetus, 2017.

JR. ZANETI, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 3. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1985. (com a colaboração de Marina de Andrade Marconi)

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 8. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NEVES, Eduardo Viana Portela, et al. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Vade Mecum. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2018. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SPINOZA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução e prefácio de José Pérez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5. ed., São Paulo: Método, 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2018. (Coleção Eduardo Espínola.)

TRINDADE, André Karam. Garantismo e Decisão Judicial. In: _____. STRECK, Lenio Luiz (org.). **A Discrecionalidade nos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**. Salvador: Editora

JusPodivm, 2017. Parte 1, p. 75-99 (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A Vinculatividade dos Precedentes e o Ativismo Judicial – Paradoxo Apenas Aparente. In: __. DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de et. al., (Coord). **Precedentes**. 2. ed., Salvador: Editora *JusPodivm*, 2016. Cap. 12, p. 263-274.