

INTEGRIDADE, PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E NEOLIBERALISMO PROCESSUAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Gustavo Candian Filardi¹

DOI: <https://doi.org/10.37497/esa-sc.v3iOAB-SC.7>

INTRODUÇÃO

Com a criação do novo Código de Processo Civil – CPC pela Lei nº 13.105/15, foi incorporado ao sistema processual brasileiro o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, fortalecendo o microsistema de formação e aplicação de precedentes judiciais em construção no Brasil principalmente a partir da década de 1990. Referido instituto, em termos práticos, estabelece que, constatada a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, haverá a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão. Dois ou mais casos serão, então, selecionados para análise e julgamento perante um tribunal, de modo que, ao final do incidente, fixada a tese jurídica no precedente judicial, será essa aplicada aos processos sobrestados e futuros em que a questão decidida se repete. Como se percebe, o resultado do IRDR é um precedente judicial obrigatório, que será incorporado ao repertório jurisprudencial do tribunal que o construiu, atraindo, assim, a normativa contida no art. 926 do CPC, segundo a qual os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Nesse contexto, o que se objetiva é analisar a compatibilidade do IRDR às noções de integridade e coerência previstas no art. 926 do CPC, articulando-se, enquanto marco teórico, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin (2007) e a concepção de processo jurisdicional democrático defendida por Dierle José Coelho Nunes (2009) a partir da teoria paradigmática de Jürgen Habermas. Fundado nesse referencial teórico, busca-se construir um sistema analítico de conceitos, estruturados segundo uma noção íntegra e democrática de processo, cujo escopo é melhor compreender os impactos desse novo instituto processual em nosso sistema de direitos e prática institucional. Metodologicamente, por meio de uma pesquisa qualitativa, extraem-se traços de significação das reformas processuais até então empreendidas,

¹ Procurador da Fazenda Nacional em Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). E-mail: gcandianfilardi@gmail.com

investigando-se os fundamentos e possíveis consequências da institucionalização do IRDR, sem diluir, mediante uma postura crítico-historiográfica, a tensão entre validade e facticidade inerente ao Direito.

Em tal empreitada, o pano de fundo histórico das reformas processuais e a colonização empreendida pelo neoliberalismo econômico sobre o fenômeno processual são destacados, vislumbrando-se, dessa maneira, uma aproximação crítica do instituto do IRDR, com a análise de sua gênese, procedimentos, efeitos e possibilidades no momento institucional atual de nossa comunidade. Momento em que – tanto na elaboração legislativa, quanto no exercício da atividade jurisdicional –, tem-se privilegiado a celeridade e a produtividade judicial através de técnicas procedimentais de aglutinação e prolação de decisões em massa, sob o argumento de isonomia de julgamento e eficácia, em detrimento das pretensões de correção normativa (procedimental e substancial) que deveriam conformar a via processual.

Num primeiro momento, expõe-se os principais conceitos da teoria dworkiniana, como as noções de integridade jurisdicional e legislativa, comunidade personificada, interpretação criativo-constitutiva e a ideia do romance em cadeia, as quais conduzem o debate sobre a criação, desenvolvimento, interpretação e aplicação do direito a uma esfera moral de adequação e legitimação política, conectando-o a uma estrutura de princípios substantivos intersubjetivamente compartilhados e cristalizados no ordenamento jurídico. Posteriormente, a partir dos paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito, empreende-se uma reconstrução histórica das reformas processuais, evidenciando suas repercussões doutrinárias e práticas e a tensão atual entre a concepção democrática de processo e os imperativos neoliberais, propondo-se, ainda, uma articulação (histórica) entre integridade e processo jurisdicional democrático. Por fim, realiza-se uma análise crítica do instituto do IRDR, com vistas a responder a seguinte pergunta: mais um instituto processual neoliberal de produtividade e massificação de decisões judiciais ou *uma questão de princípios*?

1 A COMUNIDADE PERSONIFICADA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN: UMA TEORIA LEGAL SUBSTANCIAL

Ronald Dworkin (2007) é um dos principais representantes da filosofia jurídica contemporânea, tendo por mérito o resgate dos argumentos moral e filosófico para a construção de uma teoria geral do direito, de modo a unificar moral individual, justificação legal e legitimação política. Com tal intuito, insurge contra a tese positivista de que não poderia haver

respostas “certas” para questões jurídicas polêmicas, mas tão somente respostas “distintas”. Segundo o autor, entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas certas é pouco atrativa, podendo o intérprete encontrá-las a partir de uma atitude interpretativa racional e criativa, desde que fundado na ideia de integridade, unidade e coerência moral do sistema jurídico.

Como alicerce de toda sua construção teórica, o autor desenvolve a noção de interpretação criativo-constructiva, consubstanciada na prática de se impor a um objeto ou prática social um propósito, de modo a justificá-lo e concebê-lo em sua melhor luz. Nesta linha, o Direito e a própria Política, enquanto práticas sociais comunicativo-argumentativas carentes de interpretações, aperfeiçoam-se por meio de leituras criativas dos princípios morais e políticos de uma comunidade, porquanto nem sempre possível a extração de uma resposta definitiva mediante uma leitura uníssona de um enunciado normativo, instituto jurídico ou prática política institucional.

Em tal processo, contrariando o que desejavam os formalistas, não haverá a eliminação da subjetividade. Como afirmou Kelsen (2006), a interpretação consiste em um ato cognitivo, seguido por um ato de vontade, no qual se escolherá uma entre as diversas interpretações passíveis de serem enquadradas na moldura de uma norma. No entanto, esse instrumento interpretativo tem por mérito o fato de direcionar de maneira lógica, racional e moral a subjetividade do intérprete, que, valendo-se da coerência principiológica do ordenamento, irá balizar sua interpretação na busca por uma resposta para as questões jurídicas intrincadas enquanto coautor de um romance em cadeia², de modo a escolher a “melhor” interpretação moral possível das práticas jurídicas e políticas em vigor em sua comunidade.

Realiza-se essa tarefa submetendo determinada interpretação a duas dimensões – as quais, quando conduzidas pelo ideal da integridade, estabelecem uma relação necessária entre o requisito da adequação e o elemento moral. Primeiramente, por meio de considerações formais e estruturais, verifica-se a adequação da interpretação, de maneira que ela flua e se ajuste aos diversos segmentos do texto jurídico. Posteriormente, na segunda dimensão, caso se chegue a mais de uma solução possível, deverá o intérprete optar por aquela que melhor se

² “Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda muito fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.” (DWORKIN, 2007, p. 275-276).

adéqua à prática jurídica em desenvolvimento, testando sua interpretação contra uma complexa matriz de princípios políticos e morais consubstanciados em sua comunidade.

Decerto, a integridade elaborada por Dworkin vê o direito como instrumento material de legitimação entre as decisões institucionais passadas e a coerção atual. Supõe que uma comunidade não se beneficia apenas por razões instrumentais de previsibilidade e igualdade processual ao se vincular ao direito, mas também por razões substanciais, ao aperfeiçoar sua justificativa moral para o monopólio do poder político e da coerção oficial por parte das instituições públicas. Reconhece, destarte, direitos e deveres jurídicos não somente quando esses estiverem explicitamente contidos em um enunciado normativo, reconhecendo-os, também, quando advierem dos princípios da moral particular e pública que as decisões políticas explícitas passadas pressupõem a título de justificativa.

O direito como integridade pressupõe, ainda, uma personificação profunda da comunidade. Faz com que a comunidade política e o Estado sejam concebidos como agentes morais personificados dotados de integridade, detentores de princípios morais e políticos próprios, distintos da moral convencional ou popular, os quais podem honrar ou desonrar, sendo a eles fiel ou não no exercício de suas funções. Nesse sentido, exige que todo ato de escolha, alteração, desenvolvimento e interpretação do direito seja visto de maneira global, fundado na unidade, integridade e coerência principiológica do ordenamento jurídico, como se esse fosse fruto da obra de um único autor: a comunidade personificada (DWORKIN, 2007).

Antes de constituir uma metafísica ruim ou agulhão semântico – em que tal expressão não passaria de uma conveniente figura de linguagem –, a integridade percebe a personificação com muito mais seriedade, atribuindo, além de influência, responsabilidade moral sobre tal entidade³. Distingue, por essa ótica, a moral particular da moral pública institucional, fazendo com que a responsabilidade dos cidadãos e autoridades sejam expressões naturalmente atribuídas pela comunidade personificada quando esses não forem passíveis de serem moral e individualmente responsabilizados ou houver dúvidas quanto a quem se deve responsabilizar.

Cria-se, assim, um agente moral que tem seu repertório de valores como elemento necessário para a estruturação de uma comunidade de princípios, evitando incoerências entre os atos do estado personificado. Além disso, estabelece-se um patamar do qual deve ser emitido todo e qualquer julgamento ou ato de aplicação do direito pelas autoridades públicas, com a

³ “A personificação é profunda [...]. Mas será ainda uma personificação, e não uma descoberta, pois reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica independente, que ela própria é criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve” (DWORKIN, p. 208, 2007).

finalidade de torná-los politicamente legítimos e substancialmente adequados aos princípios morais da comunidade personificada.

De acordo com a teoria do direito como integridade, tem-se como primeiro princípio da moral política o princípio da integridade, cujo conteúdo pode ser resumido na simples proposição: tratar a todos com igual consideração e respeito. Este irá exigir que as normas de determinada comunidade política, ao serem criadas, aplicadas e interpretadas – tanto no âmbito legislativo quanto jurisdicional –, sejam encaradas de modo a expressar um sistema único e coerente de diferentes princípios de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo⁴. Desse modo, instruirá as autoridades públicas que se depararem com um caso difícil, no qual não há uma regra específica a ser aplicada, a tentarem encontrar, em algum conjunto coerente de princípios consubstanciados na comunidade personificada, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua sociedade, com vistas a obter uma solução justa, equânime, coerente e, sobretudo, moralmente válida.

Logo, ao tomar uma decisão com base em um princípio preexistente, as autoridades públicas – Executivo e Judiciário – não estarão a criar direitos, aplicar leis retroativas ou fixar objetivos sociais; ao contrário, estarão a garantir direitos de maneira ampla e íntegra, não apenas do ponto de vista da justiça, mas também do ponto de vista dos princípios de equidade e devido processo legal adjetivo. Tratarão, dessa forma, a todos os cidadãos como reunidos e vinculados em uma comunidade de princípios, em que as pessoas aceitam ser governadas não apenas por regras explícitas fruto de um acordo político e institucional passado, mas também por princípios morais substantivos intersubjetivamente compartilhados e insuscetíveis de serem transacionados.

O direito como integridade pretende evitar a incoerência de princípios entre os atos do Estado personificado, conferindo-lhe legitimidade substancial ao exigir que aja segundo a moral institucional da comunidade – tanto na esfera legislativa quanto jurisdicional. Ao mesmo tempo, atribui força vinculante aos diplomas legais, democraticamente promulgados pelos representantes populares, e aos princípios substanciais, responsáveis pela atribuição de

⁴ “[...] a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuam o poder político de maneira adequada. [...] procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam. A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos [...]” (DWORKIN, 2007, p. 200).

densidade moral a uma dita ordem normativa. Faz, pois, com que o Direito e a Política sejam vistos enquanto práticas sociais argumentativas fundadas em princípios; e, mais que isso, encara-os como atitudes autorreflexivas e interpretativas em processo contínuo de aperfeiçoamento, tornando todos os cidadãos solidariamente responsáveis por imaginar quais são os princípios atribuíveis à moral pública institucional.

2 INTEGRIDADE E PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: POR UMA ARTICULAÇÃO (HISTÓRICA) NECESSÁRIA

Em sua obra “Processo Jurisdicional Democrático”, Dierle José Coelho Nunes (2009) empreende uma reconstrução crítico-historiográfica das reformas processuais, utilizando, como marco teórico, a teoria paradigmática desenvolvida por Jürgen Habermas. Segundo esta, a forma através da qual determinado sistema jurídico é estruturado guarda relação umbilical com a própria organização estatal implementada num dado momento histórico e com o modo pelo qual o Estado busca realizar seu sistema de direitos, extraindo do paradigma jurídico um fértil horizonte interpretativo das reconstruções processuais e das práticas elaboradas em torno do fenômeno social processo judicial.

Tal abordagem, mediante uma construção paradigmática do Direito, conduz ao reconhecimento da existência de um sentido histórico da prática jurídica factual, ao mesmo tempo em que internaliza as pretensões normativas concretamente articuladas pelos sujeitos envolvidos em questões jurídicas em um determinado contexto social (NUNES, 2009). Tal postura metodológica visa a superação tanto de leituras puramente normativas quanto de aproximações meramente descritivas do fenômeno jurídico, atracando-o ao “pano de fundo de mundo da vida compartilhada” – conceito basilar na teoria habermasiana–, sem perder de a vista a permanente e incontornável tensão entre validade e facticidade do Direito (HABERMAS, 1997), cujo foco, aqui, é direcionado ao campo e à história do direito processual.

Num primeiro momento, por meio de um recorte historiográfico, tem-se a delimitação dos aspectos técnico-procedimentais do processo a partir da estruturação de um paradigma Liberal de Estado no período pós-Revolução Francesa, com o delineamento de um liberalismo processual fundado, principalmente, no protagonismo e igualdade formal das partes, na escritura e na passividade judicial. Sob tal paradigma de Estado, instaura-se uma perspectiva privatística do processo, concebido como instrumento particular de resolução de conflitos

orientado segundo a autonomia da vontade, cujo escopo, por meio desses princípios técnicos, é a preservação da imparcialidade e um comportamento passivo do órgão julgador. O contraditório, por sua vez, é reduzido a um princípio lógico-formal, apreendido por um viés mecânico de contraposição de teses ou enquanto mera bilateralidade de audiência (NUNES, 2009).

No entanto, ainda no curso do século XIX e até antes da segunda grande guerra, as propostas liberais em âmbito processual começam a dar sinais de esgotamento e degeneração, dentro de um contexto histórico marcado pelo recrudescimento da luta de classes e aprofundamento das desigualdades sociais e econômicas, ambas maximizadas pelo paradigma do Estado Liberal. Novas perspectivas teóricas emergem, inclusive em âmbito processual, passando a creditar ao direito a função de instrumento de transformação social. Trata-se, pois, do denominado socialismo jurídico, futuramente reforçado pelo paradigma Social de Estado, a partir do qual o processo deixa de ser “coisa das partes” e passa a ser encarado como instituição estatal de bem estar social, que, mediante um protagonismo judicial, deve fundir em si objetivos políticos, sociais e econômicos, de forma a viabilizar, em seu interior, uma igualdade material entre os sujeitos processuais com ênfase na oralidade⁵.

Referidas tendências socializadoras permanecem ao segundo pós-guerra, com a eclosão do movimento pelo acesso à justiça, hipertrofiando ainda mais o papel do Judiciário enquanto engenheiro social sob o paradigma de Estado Social, sendo possível visualizar, de forma mais explícita, a crise desse modelo a partir da década de 1970, com o enfraquecimento do *Welfare State* (NUNES, 2009). Nesse contexto, a figura do juiz ativo – antes visto como canal privilegiado de comunicação entre a carga axiológica de sua sociedade e os enunciados normativos – começa a ruir ante à percepção de uma crescente tendência dos particulares em confiar num paternalismo estatal que aniquilava a técnica do processo e a participação dos sujeitos em âmbito processual⁶.

⁵ “Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico (ou pseudo-publicístico, pois fruto do subjetivismo particularista dos juízes em várias hipóteses) do ativismo e protagonismo judicial, discurso este reforçado pela consolidação do Estado Social nos países europeus, pelo aumento da importância do Poder Judiciário, especialmente com a criação de Tribunais Constitucionais.” (NUNES, 2009, p. 105).

⁶ “O processo que, durante o liberalismo processual, foi acusado por Calamandrei e Goldschmidt, respectivamente, de ser jogo (CALAMANDREI, 1962, p. 259-294) ou guerra (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 49) entre advogados que possuísem maior esperteza, volta a sê-lo a partir da credulidade na **ideia salvacionista do órgão julgador**, pois esse, atuando e objetivando um respaldo institucional de ‘protagonismo’, poderá construir provimentos **solitariamente**, sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem o respaldo técnico do processo, uma vez que a busca

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e ruptura com o estado de exceção militar-ditatorial, foram levadas a cabo profundas alterações econômicas e políticas cujos efeitos se espalharam, inclusive, sobre a legislação e prática processuais. Embora fundadas, a priori, num discurso ideológico socializador – sem que se possa cogitar da existência, “no mundo da vida”, de uma estrutura estatal efetivamente alicerçada no paradigma do Estado Social –, os movimentos de reforma processual brasileiros sofreram fortes degenerações de ordem neoliberal, inclusive sob o lobby e pressão de Estados estrangeiros e organizações internacionais⁷, desembocando no denominado neoliberalismo processual (NUNES, 2009).

Segundo Nunes, enquanto momento histórico da prática jurídica brasileira, o neoliberalismo processual – ou pseudo-socialização –, sob o pano de fundo das reformas econômicas empreendidas na década de 1990, se materializou numa perspectiva interpretativa funcional direcionada à celeridade procedimental e produtividade judicial, tendo-se como consequências, mediante verdadeira mutilação das ideias socializadoras, a quase supressão do espaço público processual, com o esvaziamento da visão dinâmica dos princípios processuais constitucionais e da importância técnica e institucional do processo.⁸ Em termos

de rapidez procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que **reduzem a dialogicidade** e chancelem o **solipsismo judicial**.” (destacamos) (NUNES, 2009, p. 48).

⁷ “Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente o interesse dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de importar e atender ao serviço da dívida externa, levou ao *Institute for International Economics* a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para a sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano Johan Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia grande consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e think tanks. As proposições, visando estabilização monetária e ao **pleno reestabelecimento das leis de mercado**, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2 – mudanças nas prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – liberalização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8- privatização das empresas estatais; 9 – desregulamentação das atividades econômicas; 10 – garantia dos direitos da propriedade. (destacamos) (NUNES, 2009, p. 157-158 apud BANDEIRA, 2002, p.135).

⁸ “Percebe-se, em nosso país, que a degeneração da busca desenfreada de rapidez procedimental foi fruto do próprio modelo de estado imposto a partir da década de noventa. Essa tendência gerou um discurso processual peculiar, no qual a aludida rapidez permitiu a defesa sub-reptícia de supressão de direitos fundamentais, mediante sua leitura formal, além do ideal de julgamento de ações em larga escala [...], massificantes, eficientes [...], de modo a atender às tendências do mercado e à defesa da propriedade (conforme documento apresentado pelo Banco Mundial [...]).

habermasianos, o imperativo racional neoliberal da máxima produtividade no menor espaço-tempo possível transpõe os muros do sistema-mercado e passa a colonizar a máquina estatal, sem deixar de fora sequer o chão de fábrica judicial.

É a partir desse horizonte histórico que se promove uma radical crítica às reformas processuais neoliberais empreendidas a partir da redemocratização em 1988, travestidas sob a roupagem de “modernização do sistema jurídico” e “tecnicismo apolítico”. Conforme o autor, erigida a economia de mercado em ideologia dominante, para quem a política deve restringir seu papel a propiciar as condições de possibilidade para sua operacionalização e alargamento, a utilização do processo enquanto instituto de participação popular e controle estatal, juntamente com o intervencionismo judicial derivado das teorias socializadoras do processo, passam a ser encaradas como potenciais ameaças às reformas econômicas, administrativas e políticas que, informadas pela ideologia neoliberal, se buscava implementar⁹. Não por outra razão, grande parte dessas reformas, orquestradas conforme diretrizes estabelecidas pelo Bando Mundial, privilegiaram a celeridade processual e a produção industrial de decisões, bem como a defesa da propriedade privada e do mercado, amalgamando o acesso à justiça à proteção do setor privado e da livre iniciativa sem se preocupar com o caráter público e garantista do sistema jurídico-processual (NUNES, 2009).

Como resultado prático e teórico do neoliberalismo (ou pseudo-socialização¹⁰) processual enquanto consequência das políticas econômicas implementadas, tem-se um sistema processual cuja apreensão se dá tão somente pelo enfoque da produtividade e eficácia, segundo parâmetros valorativos formais oriundos das leis de mercado, de modo a desconsiderar o

No entanto, uma ressalva importante deve ser feita: a degeneração aqui apontada representa uma subversão das próprias ideias dos socializadores (entre elas as de Dinamarca), uma vez que estes não estruturaram suas linhas teóricas buscando uma colonização do Direito pelos imperativos do Mercado, como vem sendo realizado de modo sub-reptício e sob o rótulo de “socialização” pelo aqui chamado neoliberalismo processual.” (NUNES, 2009, p. 154-155).

⁹ “Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas sem se assegurarem as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla.” (NUNES, 2009, p. 159).

¹⁰ “Poder-se-ia argumentar que seria contraditório intitular esse movimento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo. No entanto, ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura) uma infraestrutura institucional para o exercício socializador da prática decisória [...], mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em grande escala de provimentos; d) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado. Isso quer dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante.” (NUNES, 2009, p. 166).

arcabouço principiológico processual trazidos pela Constituição enquanto vetor de conformação da prestação da tutela jurisdicional. Nesse sistema perverso, o cidadão é reduzido a um passivo consumidor do Estado-privado-jurisdicção, concebido aos moldes uma empresa prestadora de serviços, a qual, sob gestão do juízo-administrador, varia suas ofertas, da forma mais rápida possível, consoante as demandas apresentadas por seus clientes-jurisdicionados (NUNES, 2009).

Feito esse diagnóstico historiográfico dos movimentos de reforma processual civil e suas consequências (atuais) na prática jurídica brasileira, busca-se, como prognóstico, a estruturação de algumas bases para um modelo democrático de processo, arraigadas num processualismo constitucional democrático que garanta a participação efetiva dos cidadãos na construção do provimento jurisdicional, sem perder de vista a necessidade de um dimensionamento espaço-temporal adequado. Nesse modelo, os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social permanecem em tensão, tentando-se preservar, contudo, as “virtudes” de cada um desses macromodelos.

Para tanto, parte-se da concepção procedimental do Estado Constitucional Democrático habermasiano, apto a se legitimar mediante procedimentos dispostos em conformidade com a soberania popular e os direitos fundamentais (HABERMAS, 1997). Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o que se propõe é um quebra das narrativas segundo as quais o processo seria um mero procedimento à disposição dos particulares para a resolução pacífica e paritária de seus conflitos (liberalismo processual) ou um instrumento de bem estar-social e interesse coletivo que tem por figura central um juízo solipsista-voluntarista (socialização do processo), substituindo-as por um modelo de processo cujo escopo imediato é sua materialização enquanto livre espaço discursivo de formação de decisões racionais, com a interdependência e comparticipação de todos os atores processuais que integram as sociedades plurais e complexas da alta modernidade.

Dessa forma, a fim de estruturar, no plano constitucional e da técnica processual, uma efetiva democratização do processo, tem-se um resgate do papel garantista do processo, apresentando-o como espaço público de garantia contra o exercício ilegítimo de qualquer dos poderes públicos e, até mesmo, dos agentes privados, cujos interesses seriam refreados pela necessidade de legitimidade racional-discursiva e democrática das decisões, as quais, a seu turno, devem ser o resultado de um procedimento dialético participativo e policêntrico. Em tal empreitada, a revisão do lugar ocupado pelos sujeitos no processo torna-se questão central,

com vistas à eliminação de protagonismos processuais presentes tanto na concepção liberal quanto nas (pseudo) socializadoras.

A isso se soma, outrossim, a necessidade de análise dos princípios processuais constitucionais em sentido forte ou dinâmico, seja enquanto baliza procedimental para o exercício da atividade jurisdicional, seja como garantidores do fluxo discursivo entre aqueles que atuam no processo, tendo-se no princípio do contraditório o principal vetor estruturador do procedimento e fundamento para a cooperação entre as partes. Tal princípio, muito mais do que uma garantia formal de bilateralidade de audiência, ganha novas roupagens, apresentando-se como possibilidade concreta de influenciar criticamente na formação do conteúdo da decisão e no desenvolvimento do processo, inviabilizando, ainda, a prolação de decisões surpresas (NUNES, 2009). Isso porque, em sua releitura democrática, o contraditório adquire um efetivo contorno participativo, impondo ao juízo o dever de promover um real debate sobre as questões de fato e de direito – inclusive as passíveis de conhecimento oficioso – sobre as quais se fundam suas decisões, sob pena de nulidade.

Ademais, no plano técnico, é proposta uma nova percepção dos procedimentos ou fases da cognição com vistas à efetiva democratização do processo, mediante uma estrutura bifásica, em que num primeiro estágio (fase preparatória) são filtrados, inclusive por meio de uma maior oralidade, os argumentos de fato e de direito que serão discutidos no segundo estágio (fase de discussão). O objetivo é a existência de um efetivo saneamento, capaz de impedir o desencadeamento de procedimentos desnecessários, ao mesmo tempo em que, mediante preparação metódica, viabilizaria um real diálogo entre as partes no processo antes da prolação das decisões, reduzindo-se, por consequência, o manejo de recursos e decisões surpresas¹¹.

¹¹ “Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendessem aos anseios participativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como *locus* de formação do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se assim desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena. Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz na coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexequíveis, ocorreria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.” (NUNES, 2009, p. 243-244).

O processo jurisdicional democrático, sob o enfoque participativo e policêntrico e numa perspectiva histórica, é apresentado como espaço público capaz de impedir a legitimação de interesses antissociais e neoliberais, rompendo com suposto privilégio cognitivo dos agentes estatais ao impor-lhes o dever de fundamentação discursivo-racional de suas decisões sob a lógica da interdependência dos sujeitos processuais enquanto corolário da soberania popular e dinamização dos princípios constitucionais processuais fundamentais. Visa, portanto, a correção normativa (procedimental) das decisões, cujo fundamento devem ser os argumentos normativos (frutos do debate), e não a lógica de mercado, a qual, cada vez mais, coloniza o interesse público e privatiza a ainda tão precária cidadania brasileira.

No entanto, muito mais que uma correção normativa de caráter procedimental, o que se propõe, aqui, é uma correção normativa de caráter também substancial, mediante a articulação (histórica) da concepção de processo jurisdicional democrático com a teoria do direito como integridade proposta por Dworkin, fugindo-se, porém, de um comunitarismo que, capturado pelo neoliberalismo, além de hipertrofiar o lugar ocupado pelo órgão julgador, *não leva os direitos a sério*¹². Para isso, o paradigma do Estado Constitucional Democrático é elevado à condição de possibilidade e aperfeiçoamento da integridade e seus imperativos de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo, fundindo-os ao espaço público participativo e policêntrico representado pelo processo.

A concepção do direito como integridade, de fato, engloba não apenas princípios, mas também diretrizes políticas, passíveis de identificação por seu conteúdo e força argumentativa. As diretrizes políticas estariam relacionadas ao avanço do objetivo geral, àquilo que é considerado socialmente benéfico à comunidade como um todo. Os princípios, ao contrário, consubstanciarão direitos individuais derivados do direito abstrato a igual consideração e respeito, de modo que, em razão de sua carga moral, normativa e vinculante, não podem ser

¹² “Vislumbra-se que a apropriação pelo neoliberalismo de uma perspectiva comunitarista, de prevalência da soberania popular em detrimento dos direitos humanos, permite uma aplicação jurídica do direito por agentes políticos ‘iluminados’ pelos valores compartilhados da sociedade, ‘valores’ estes lidos a partir da dominação do mercado ou do poder administrativo.

Tal apropriação somente é possível porque o comunitarismo, ao equacionar normas a valores, possibilita a dissolução do caráter obrigatório (de dever ser) das normas jurídicas, contribuindo, portanto, para que se trate a aplicação do direito como uma questão de preferência (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 118-119), muitas vezes, de interesses setorializados ou particulares.

Desse modo, quando a questão vira uma disputa de valores, permite que se implemente tanto uma posição ‘progressista’ (social) quanto uma posição ‘conservadora’ acerca dos direitos, uma vez que se perde o caráter obrigatório (normativo) dos direitos e se viabiliza sua interpretação de modo particularista, privilegiando-se um ponto de vista em detrimento de outro.” (DIERLE, 2009, p. 220).

confundidos com simples valores. Garantir os direitos individuais seria, ademais, a função primordial de um sistema jurídico – tarefa na qual o processo e suas garantias se apresentam como instrumentos indispensáveis –, não sendo admitida pela teoria liberal igualitária de Dworkin a restrição de um princípio por uma política pública ou objetivo social, principalmente no âmbito de um processo judicial, visto esses serem legítimos apenas quando respeitarem os direitos individuais. Dessa forma, os princípios, e mais especificamente o direito a igual consideração e respeito, deixam de ser compreendidos apenas como trunfos políticos dos indivíduos perante possíveis ingerências do Estado ou da maioria em sua esfera de liberdade pessoal, para se tornarem a fonte de legitimidade, até mesmo moral, dos próprios objetivos sociais e das práticas institucionais – dentre as quais se inclui o exercício da jurisdição.

Por essa razão, rechaça-se, de imediato, posturas solipsistas-voluntaristas das autoridades estatais investidas de jurisdição que buscam se acobertar no comunitarismo. Trata-se, em verdade, do que Dworkin denomina de pragmatismo jurídico, concepção interpretativa cética e utilitária do direito, que nega a existência de pretensões juridicamente tuteladas e de direitos e responsabilidades decorrentes de decisões institucionais passadas. Referida concepção do direito instrui os juízes e as autoridades administrativas a agirem, por uma questão de estratégia, a fim de se preservar a segurança jurídica, “como se” os cidadãos possuíssem direitos jurídicos reais, de modo a abandonarem as convenções legais e os precedentes judiciais sempre que, de alguma forma, forem contrários à justiça, à eficiência ou ao interesse coletivo à luz de suas próprias convicções morais e políticas (DWORKIN, 2007).

Tal concepção interpretativa rejeita, pois, “a coerência de princípios como algo importante em si mesmo” (DWORKIN, 2007, p. 197), estando as autoridades públicas livres para aperfeiçoarem o sistema jurídico de forma consequencialista e prognóstica, com base naquilo que, a seu ver, irá produzir a melhor comunidade futura. Como afirma Dworkin, a função dessas autoridades, contudo, não é assinalar objetivos sociais ou traçar diretrizes políticas, e sim garantir direitos individuais preestabelecidos, de maneira a tratar a todos, indistintamente, durante o exercício de qualquer função pública, como destinatários moralmente legítimos de igual consideração e respeito. E é justamente ao lado deste imperativo jurídico-moral que se deve articular a perspectiva democrática de processo.

De fato, personificada a comunidade, não há lugar para um “pragmatismo processual”. Isso porque o fenômeno processual passa a ser apreendido enquanto conquista histórica, social e moral da comunidade personificada, devendo, como tal, ser utilizado para o aperfeiçoamento moral e jurídico de suas práticas institucionais. Em outras palavras, o processo jurisdicional

democrático, interpretado de forma criativo-constructiva, se torna um aliado na busca pela coerência e integridade nos atos do Estado e em seu sistema de direitos, garantindo, por outro lado, que essa busca não se dará de forma solitária pelas autoridades judiciais. Ao exigir que os cidadãos tenham acesso efetivo a uma estrutura interna de esfera pública, orientada pela participação e policentrismo, cria-se um espaço jurídico-moral no qual todos os cidadãos devem ter a possibilidade concreta de debater acerca de quais princípios densificam a moral institucional de sua comunidade, princípios estes que, por sua vez, irão balizar e legitimar o processo de tomadas de decisões dentro de um horizonte histórico e coletivo.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: INSTITUTO PROCESSUAL NEOLIBERAL DE PRODUTIVIDADE E MASSIFICAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS OU *UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS?*

Com a consolidação do capitalismo avançado e a intensificação da distribuição de bens e serviços em larga escala, verificou-se o aparecimento do fenômeno das litigâncias em massa, fazendo com que o processo, historicamente fundado em litígios individuais e estruturado de forma a considerar única cada demanda, passasse a ser pensado para também abarcar lides coletivas (DIDIER; CUNHA, 2016). Surge, assim, o denominado processo coletivo, cuja normatização exigiu a elaboração de um regime processual próprio – dentro do qual se incluem, por exemplo, os diplomas legais que disciplinam a ação popular (Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) e o mandado de segurança coletivo (Lei nº 12.016/09).

Todavia, inobstante a implementação de um regime específico para os processos coletivos, referido sistema não foi suficiente para solucionar a questão das demandas repetitivas, que continuam a se multiplicar¹³. Por esse motivo, foi criada pela Lei nº 13.105/15

¹³ “As ações coletivas não têm o alcance de abranger todas as situações repetitivas, por várias razões [...]:

a) Não há uma quantidade suficiente de associações, de sorte que a maioria das ações coletivas tem sido propostas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, não conseguindo alcançar todas as situações massificantes que se apresentam a cada momento.

b) Há uma inadequada restrição de atuação das associações, com a exigência, por exemplo, de autorização expressa do indivíduo para se beneficiar da ação coletiva proposta pela associação.

c) As ações coletivas não são admitidas em alguns casos. A Medida Provisória n. 2.180-35/2001 acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985, estabelecendo a vedação de ação civil pública para vincular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

(Código de Processo Civil – CPC) a técnica processual denominada “julgamento de casos repetitivos”, a qual engloba os institutos jurídicos do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 928, CPC), cujo objeto podem ser questões de direito material (individual ou coletivo) ou de direito processual (art. 928, par. ún., CPC).

Como gênese ou matriz normativa de inspiração do IRDR, tem-se o sistema processual alemão¹⁴, no qual foi concebido enquanto procedimento-modelo, isto é, incidente processual em que são analisadas por um tribunal todas as questões comuns a casos similares, competindo ao juízo originário, levando em consideração as peculiaridades fáticas e probatórias do caso concreto, a aplicação individual da decisão-modelo firmada pela instância superior. Além disso, como no modelo alemão, o sistema do IRDR brasileiro também possui um caráter trifásico, a saber: i) instauração do incidente e eleição da causa-modelo; ii) processamento da demanda

d) O regime da coisa julgada coletiva contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas.”

[...]

e) A restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, estabelecida pelo art. 16 da Lei. n. 7.347/85 e, igualmente, pelo art. 2º-A da Lei 9.494/1997, que lhe impõe uma limitação territorial [...].

f) Embora seja razoável entender que demanda coletiva interrompa a prescrição das pretensões individuais, há polêmica e insegurança quanto a isso, por não haver previsão específica na legislação do processo coletivo. [...]

g) O regime jurídico do processo coletivo serve aos direitos individuais homogêneos, mas não serve para a tutela jurídica de direitos coletivos homogêneos nem de questões processuais repetitivas.” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 585-586).

¹⁴ “A origem da *KapMuG* diz respeito ao caso *Deutsche Telekom (DT)*, empresa com mais de três milhões de acionistas na Alemanha. Em função de suposta veiculação de informações equivocadas a respeito da extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações (em 1999 e 2000), milhares de investidores ditos lesados (aproximadamente 15 mil), representados por mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, propuseram demandas contra a *DT* perante a corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os prospectos circularam. O conjunto das ações representava valor superior a cento e cinquenta milhões de euros.

Depois de quase três anos sem que uma única audiência fosse designada, parte dos demandantes apresentou queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), sob a alegação de negativa de acesso à justiça.

O Tribunal rejeitou as queixas, mas reconheceu a necessidade de a corte distrital agilizar a tramitação dos procedimentos instaurados.

Nesse contexto, o **legislador reagiu** com a edição da lei de procedimento-modelo para o mercado de capitais (*KapMuG*), objetivando facilitar o tratamento das causas propostas no caso *Deutsche Telekom*. Perceba-se que os números que induziram a reação legislativa alemã são ínfimos comparados aos números das litigiosidades brasileiras.

A ideia da lei alemã era simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos seriam posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculada ao *civil law*.” (NUNES, 2015).

perante o tribunal no qual será construída uma decisão-modelo; iii) julgamento das causas sobrestadas pelo juízo de origem com base na decisão-modelo prolatada (NUNES, 2015).

Como se percebe, a decisão-modelo se incorpora ao repertório jurisprudencial do tribunal que a construiu, devendo, destarte, se submeter à normativa estabelecida pelo art. 926 do CPC. Segundo este, os tribunais tem o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a *estável, íntegra e coerente*, vislumbrando-se, aqui, mediante a exigência de coerência e integridade, o lugar-legal de entrada da teoria dworkiniana no sistema de precedentes judiciais que se objetiva construir. Nada obstante, é imprescindível uma análise crítica e cuidadosa do IRDR, a fim de que tal instituto, acobertado por uma *pseudointegridade*, não se degenere, na prática, em mais um instrumento de produtividade e massificação de decisões judiciais forjado pelo neoliberalismo processual, concentrando ainda mais poderes nos órgãos jurisdicionais – o que, historicamente, ocorreu com os movimentos (pseudo) socializadores do processo.

Consoante doutrina renomada, o IRDR tem por objetivo “*gerir e decidir*” os casos repetitivos, mediante a formação de um precedente obrigatório – e não da coisa julgada –, o qual vinculará o próprio tribunal que o fabricou, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. Nota-se que em torno desse instituto gravitam, de forma híbrida, tanto as normas processuais relativas à gestão e julgamento de casos repetitivos, quanto as concernentes à aplicação e formação dos precedentes judiciais (DIDIER; CUNHA, 2016), não sendo possível desconsiderar, de início, a existência de argumentos oriundos da lógica neoliberal de gestão e produtividade enquanto fundamentos para a criação legislativa e aferição do custo-benefício da incorporação e operacionalização do IRDR enquanto técnica processual¹⁵.

Todavia, o que se defende é uma leitura criativo-constructivo desse instituto, com sua aplicação a partir da concepção democrática do processo erigida sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Concepção esta que deverá perpassar as 3 (três) fases do IRDR enquanto *condition sine qua non* para a materialização da integridade preceituada pelo art. 926 do CPC – tanto na construção do acervo jurisprudencial dos tribunais, quanto no ato de aplicação de seus precedentes pelos juízos originários –, honrando-se, assim, o compromisso político-moral firmado pelo Legislativo com a comunidade personificada quando da

¹⁵ “Não suspender os processos em curso frustra os benefícios proporcionados pelo microsistema de gestão de casos repetitivos, pois a) contribui para a proliferação de decisões conflitantes; (b) aumenta os custos da solução da disputa para cada caso, permitindo que as mesmas questões sejam tratados por juízos distintos, com dispêndio de tempo, recursos financeiros e de pessoal; c) desperdiça a atenção dos integrantes do Judiciário que, em vez de focar em uma única causa, tem de examinar diversos processos individuais.” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 600).

positivação desse novo instituto processual, cujo escopo imediato deve ser o aperfeiçoamento procedimental e substancial de nossa prática institucional.

Inicialmente, a fim de que haja a instauração do IRDR, estabelece o art. 976, incisos I e II, do CPC o preenchimento de dois pressupostos simultâneos, quais sejam, uma “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e a existência de “risco de ofensa a isonomia e segurança jurídica”. Como legitimados para a instaurá-lo, tem-se o juiz ou o relator, de ofício, ou as partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, por petição (art. 977, I, II e III, CPC), devendo-se, anteriormente à sua instauração e julgamento, haver ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979, CPC).

Em termos práticos, sob a perspectiva teórica do processo jurisdicional íntegro e democrático, a causa-modelo, selecionada dentre dois ou mais casos representativos da controvérsia (art. 1.036, §§ 1º e 5º, CPC), deverá conter em sua argumentação o maior número de questões fáticas e jurídicas relativas à controvérsia sobre a qual se funda a demanda repetitiva (art. 1.036, § 6º, CPC), considerando-se, ainda, a sua amplitude e a representatividade dos sujeitos envolvidos (NUNES, 2015), bem como a densidade – aferida pela ótica da comunidade personificada –, dos princípios em conflito a serem sopesados na decisão-modelo. A ampla publicidade e divulgação exigida pelo art. 978 do CPC, por seu turno, devem ser levadas ao limite, enquanto corolárias da comparticipação, policentrismo e igual consideração e respeito, fazendo com que o maior número possível de legitimados para instaurar o incidente e interessados fiquem cientes de que determinada questão foi considerada como repetitiva e possam aduzir argumentos na etapa seguinte. Para isso, a participação dos órgãos de primeira instância, comunicados pelo tribunal mediante ofício (art. 979, § 1º, CPC), é de extrema importância prática.

Em um segundo momento, admitido o incidente pelo relator, suspende-se os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região (art. 982, I, CPC). Referida suspensão se dará pelo prazo de 1 (um) ano, ao termo do qual, salvo decisão contrária fundamentada, haverá a cessação da suspensão (art. 980, *caput* e par. ún., CPC). É possível, também, a requisição de informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, devendo o Ministério Público ser intimado para, querendo, manifestar-se (art. 982, II e III, CPC). Ademais, deverá o relator ouvir as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, os quais poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de

direito controvertida, havendo, inclusive, a possibilidade designação de audiência pública para a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983, *caput* e § 1º, CPC).

Destaca-se que a lei processual é cogente quanto à oitiva das partes, interessados e eventuais *amici curiae*, mediante participação ampliada, com a possibilidade de realização de diligências e designação de audiência pública com vistas a incorporar novos argumentos ao debate (art. 983, *caput* e § 1º, CPC). A isso se soma, outrossim, o fato de que, no momento do julgamento do incidente, será viabilizado ao autor e ao réu do processo originário, ao Ministério Público e aos demais interessados a oportunidade de sustentação oral de suas razões (art. 984, II, “a” e “b”, CPC).

Não é difícil visualizar que o legislador, já antevendo o impacto da decisão-modelo sobre um grande número de casos, incorporou ao IRDR diversos instrumentos que viabilizam sua utilização a partir de uma perspectiva intersubjetiva e participativa. Referidos instrumentos, mais do que procedimentos figurativos, devem assumir um protagonismo na história institucional do IRDR, transformando-o num lugar de mobilização discursiva e expressão de fluxos comunicativos oriundos dos mais diversos setores sociais, capaz de impor, mediante um contraditório dinâmico (art. 10, CPC), um real confronto argumentativo relativo aos princípios substantivos que subjazem as pretensões dos sujeitos processuais na dinâmica de construção do precedente obrigatório.

Além de conferir legitimidade democrática à decisão-modelo, ao se adotar um modelo procedimental policêntrico dentro do IRDR, evita-se a hipertrofia do órgão julgador, erro histórico no qual se degeneraram as concepções socializadoras do processo, bem como posturas pragmáticas dos tribunais, rechaçadas pela teoria do direito como integridade. Por outro lado, dificulta-se a colonização das instâncias judiciais por interesses antissociais e neoliberais, obstaculizando a instrumentalização “do *microsistema de litigiosidade repetitiva* por litigantes habituais que estrategicamente buscam forjar padrões decisórios favoráveis às suas pretensões” (NUNES, 2015).

Salienta-se que, como mencionado, o IRDR é constituído por normas de gestão e julgamento de causas repetitivas e por normas de formação e aplicação de precedentes judiciais. Na segunda fase, haverá a formação do precedente obrigatório, devendo o acórdão, mediante uma visão abrangente e profunda da controvérsia, enfrentar todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica discutida (art. 984, § 2º, e art. 1.038, § 3º, CPC). Isso densifica a compreensão dos princípios em conflito e o peso que lhes foi conferido pela decisão-modelo, atribuindo-lhe maior legitimidade para fins de aplicação da terceira fase. Ademais, embora

apresente peculiaridades quanto à sua estrutura¹⁶, o precedente formado por meio do IRDR possui pretensão de correção procedimental e substancial, estando submetido, enquanto decisão que irá compor o acervo jurisprudencial do tribunal que o construiu, às exigências de estabilidade, coerência e integridade (art. 926, CPC).

A estabilidade é um conceito autorreferente, que guarda relação com os demais precedentes do tribunal e tem como vetor axiológico principal é a segurança jurídica. Por sua vez, “a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso” (STRECK, 2013). De fato, o direito como integridade pressupõe que uma comunidade não se beneficia apenas por razões instrumentais de previsibilidade e igualdade processual ao se vincular ao direito e aos seus precedentes judiciais, mas também por razões substanciais, ao aperfeiçoar sua justificativa histórico-moral para o monopólio do poder político e da coerção oficial por parte das instituições públicas, impondo que todo ato de criação, alteração, desenvolvimento e interpretação do direito seja visto de maneira global, fundado na unidade, integridade e coerência principiológica do ordenamento jurídico. Este imperativo decorre da moral pública de uma comunidade de princípios – diferente da moral particular que conduz os indivíduos na tomada de decisões em sua esfera pessoal –, devendo guiar todos aqueles que, na condição de coautores de um romance em cadeia, ingressarão no IRDR para compartilhar da construção da decisão-modelo.

Ainda na segunda fase, não se pode descuidar da amplitude da causa-modelo selecionada, da representatividade dos sujeitos envolvidos e da densidade dos princípios nela em colisão, o que exige que não só seu procedimento de resolução, mas o conteúdo nela fixado também seja fundado nas exigências da integridade. Em tal sentido, após deduzidos todos os

¹⁶ “O relatório do acórdão do julgamento de casos repetitivos deve ser tão mais minucioso e completo quanto possível [...].

O histórico dos debates em torno do assunto e a identificação precisa do caso – descrição do substrato fático sobre o qual incidirá a norma do precedente que está sendo construída – são imprescindíveis.

Além disso, é preciso que do relatório conste uma espécie de lista, sumário ou índice de todos os argumentos, contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, examinados pelo tribunal. Essa lista deve ser apresentada de modo claro e didático, para que funcione como um verdadeiro guia de consulta. É possível, inclusive, a apresentação desse conjunto de argumentos em forma de tabelas, de modo a que se facilite a visualização do confronto entre os argumentos. [...] a identificação do repertório argumentativo que foi enfrentado pelo tribunal na construção do precedente possui múltiplas funções, todas elas importantíssimas para o bom desempenho do sistema de precedentes obrigatórios que o CPC busca implantar.

Em relação à fundamentação e ao dispositivo, é preciso lembrar que, no julgamento de casos repetitivos, há *dois núcleos decisórios*: a) a definição da tese jurídica que deve ser aplicada aos processos pendentes e aos futuros; b) a solução do caso-piloto.” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 619-620)

argumentos sobre a controvérsia, deverão as teses jurídicas serem submetidas a duas dimensões – as quais estabelecem a relação defendida por Dworkin entre o requisito da adequação e o elemento moral. Em primeiro lugar, mediante considerações formais e estruturais, verifica-se a adequação das teses, de maneira que elas fluam e se ajustem aos diversos segmentos do texto jurídico e ao repertório jurisprudencial do tribunal. Após, na segunda dimensão, caso se vislumbre mais de uma solução possível, deverão os intérpretes, sem perder de vista o policentrismo e a comparticipação, optarem por aquela que melhor se adéqua à prática jurídica e institucional em desenvolvimento, testando suas interpretações contra a matriz de princípios políticos e morais consubstanciados na comunidade personificada e cristalizados no ordenamento jurídico, de forma a construírem, criativamente, a melhor a tese jurídica que irá normatizar os demais casos na etapa seguinte.

Finalmente, na terceira fase, aplica-se o precedente obrigatório a todos os processos individuais ou coletivos, sobrestados ou futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 985, I e II, CPC). O órgão julgador originário considerará a tese jurídica definida, que será integrada à sua decisão como fundamento determinante, através da exposição de razões pelas quais o caso a ele submetido se subsume à tese jurídica contida no precedente obrigatório (art. 489, § 1º, V, CPC). Não será necessário, destarte, o enfrentamento de todas os argumentos trazidos pelas partes, previamente examinados pelo órgão julgador que decidiu o IRDR, mas tão somente a demonstração de que a tese firmada se ajusta ao caso *sub judice* (DIDIER; CUNHA, 2016).

Não sendo aplicada a tese jurídica adotada ou havendo sua aplicação equivocada a caso distinto, caberá reclamação (art. 985, § 1º, CPC). A segunda hipótese permite, ainda, o ajuizamento de ação rescisória (art. 966, § 5º, CPC). Ajuizada demanda que contraria o entendimento firmado em um IRDR, não havendo necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido independentemente da citação do réu (art. 332, II e III, CPC), não sendo vislumbrado, por doutrina de relevo, a existência de lesão ao contraditório e à função garantidora do processo no julgamento liminar.¹⁷ Trata-se, porém, de técnica semelhante à contida no art. 285-A do antigo

¹⁷ “Nesse caso, o juiz deve, na sua sentença, sob pena de nulidade, indicar os fundamentos determinantes do julgamento proferido e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, V, CPC), merecendo, por causa disso, a improcedência liminar. Não há ofensa ao contraditório nessa hipótese, pois o julgamento é de improcedência e beneficia o réu. O julgamento de improcedência deverá ser comunicado ao réu, para que tenha ciência do desfecho do processo.” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 614).

CPC, introduzido pela Lei 11.277/06, já criticada pela concepção democrática de processo em razão de seu horizonte pouco social e massificante das decisões judiciais¹⁸.

Embora se conforme, num primeiro momento, à lógica neoliberal da máxima produtividade a qualquer preço, tal dispositivo, mediante um privilégio cognitivo do juiz na aplicação do precedente, lesa frontalmente a integridade e a efetividade normativa do sistema, em que o contraditório, enquanto garantia de influência, constitui umas das principais expressões (NUNES, 2009). Inviabiliza, ainda, debates mais profundos entre os sujeitos processuais sobre a adequação dos princípios que subjazem a decisão-modelo aos princípios em conflito na demanda individual ou coletiva, cuja resolução dificilmente será encarada como *uma questão de princípios*, mas por uma ótica vazia e mecânica de isonomia formal, sob a perspectiva da tese jurídica em si mesma, que se tornará autorreferencial, desconsiderando eventuais especificidades do caso concreto e a singularidade das partes (consumidoras) a quem se dirige a (prestação de serviço) atividade jurisdicional.

Por outro lado, ainda que sob o enfoque neoliberal da produtividade e celeridade, sem um contraditório dinâmico, o efeito almejado pode ser justamente o contrário, com o aumento do tempo de tramitação dos processos em razão do risco de duas atividades perante o tribunal, mesmo problema verificado em relação ao art. 285-A do antigo CPC¹⁹: i) formação do

¹⁸ “O discurso de produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixam de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento *do caso concreto* em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v. g. art. 285 A, 543A e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga escala. **O judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos.**

A funcionalidade de um sistema que se auto-reproduz em perspectiva instrumental, sem criar problemas para o capital financeiro que se impôs no Brasil desde a década de 1960, permite, por meio de poucas sentenças realmente socializadoras (v.g. em questões fundiárias, consumeristas, em autorização de tratamentos médicos), um lastro para que se imponha, na maioria dos casos e de forma sub-reptícia, a tônica neoliberal, embasada em decisões repetitivas e que faz crer que o único aspecto que possui relevância no processo civil e a busca de resultados eficientes, rápidos, com mínimo (ou inexistência) desenvolvimento de atividades processuais (sumarização cognitiva extrema). (destacamos) (NUNES, 2009, p. 210).

¹⁹ “[...] veja-se que o tempo dificilmente será reduzido na prática, caso se aplique o novo art. 285-A, uma vez que, quase sempre, o autor interporá seu recurso de apelação contra a sentença, e, em face disso, o réu deverá ser citado [...] para se defender via contra-razões, ao invés de se defender via contestação. Desse modo, não se entende por que não se implementar uma efetiva discussão antes da decisão (contraditório antecipado), com a possibilidade de um sucessivo julgamento conforme o estado do processo, ao contrário de se garantir um tão-somente um contraditório sucessivo (via razões e contrarrazões de recurso), que gerará na prática, a potencialidade de duas atividades recursais e uma quebra indiscutível da celeridade.

precedente por meio do IRDR, período no qual os demais processos ficarão suspensos; ii) julgamento da apelação interposta pelo autor em face da decisão liminar, com a citação do réu para apresentar contrarrazões (art. 332, III, §§ 2º, 3º e 4º, CPC)

Sem desconsiderar as limitações estruturais do aparato estatal brasileiro, teria sido mais acertada a adoção de uma cognição bifásica quando do julgamento da causa no juízo originário, assegurando-se uma fase preparatória, na qual partes, advogados, juízes e promotores pudessem debater acerca da adequação ou não da tese jurídica ao caso concreto, com a discussão de todos os pontos controvertidos de fato e de direito antes da prolação da decisão individual ou coletiva final²⁰. Todavia, o que a lei impõe nas hipóteses em que não há necessidade de dilação probatória é uma aplicação solitária do precedente pelo órgão julgador, o que, além de fomentar arbitrariedades e o voluntarismo-solipsista dos magistrados, com a aniquilação do contraditório e possibilidade de decisões surpresas, direciona nossa história institucional para uma aplicação mecânica e em larga escala de precedentes judiciais – práticas neoliberais que a concepção íntegra e democrática do processo busca rechaçar.

Por último, tem-se a questão da superação do precedente construído no IRDR ou *overruling* (art. 986, CPC). Como condição para a revisão da tese jurídica, deve-se instaurar um novo IRDR, em razão “ (a) da revogação ou modificação da norma em que se fundou a decisão ou (b) da alteração econômica, política ou social referente à matéria discutida” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 614). No ponto, é fundamental ter em mente que o aperfeiçoamento jurídico e moral de uma comunidade de princípios deve ser encarado numa perspectiva dinâmica e histórica. Por esse motivo, a previsão legal de mecanismos processuais como o da revisão de precedentes obrigatórios é imprescindível, permitindo uma dialogicidade permanente entre a historicidade da comunidade e os imperativos de integridade e coerência em seu sistema de direitos, que não podem ser apreendidos de maneira estática e atemporal. Para isso, a previsão de uma fase preparatória, mais uma vez, teria sido de extrema importância, já que viabilizaria, na prática, uma maior abertura do sistema a novos fluxos racionais-discursivos e outros

Percebe-se que somente na hipótese de um desempenho atécnico da atividade de defesa por parte do advogado é que o processo ficará mais rápido, pois a atividade recursal atécnica por ele patrocinada em nome de seu constituinte não gerará aumento de tramitação” (NUNES, 2009, p. 172-173).

²⁰ “Além disso, quando a preparação é realizada de modo metódico e bem delineada, conduz à redução do tempo processual, uma vez que reduz a possibilidade de redução de recursos pelas partes, com o debate mais aprofundado das questões relevantes [...], garantindo, ainda, uma chave para a realização de acordos legítimos, e não impostos (TARUFFO, 2002a, p. 80), na hipótese de as partes perceberem ser estes mais interessantes tecnicamente, após a delimitação de todos os aspectos fático-jurídicos relevantes (nesta primeira fase), que a futura decisão.” (NUNES, 2009, p. 243).

argumentos de princípios pelas partes quando da aplicação do precedente, tensionando, de forma histórica e permanente, a decisão-modelo, com a possibilidade de superação substancial do precedente formado de modo concentrado.

Como se viu, embora haja uma maior abertura do sistema para uma prática processual íntegra e democrática no momento da formação do precedente, o que não se verifica, entretanto, no momento de sua aplicação ao caso concreto, é fácil perceber que a incorporação da integridade ao sistema de precedentes que se busca construir exige um alto grau de comprometimento dos membros da comunidade com os princípios que densificam seu pano de fundo jurídico, político e moral, seja em âmbito legislativo, seja em âmbito jurisdicional. Não basta, portanto, sua previsão legal ou vasto repertório doutrinário sem que haja uma alteração radical do raciocínio jurídico, da cultura institucional e da própria formação daqueles que atuam no processo judicial²¹ – esferas hoje completamente colonizadas pela facticidade das práticas neoliberais. Embora existam “boas intenções normativas” na incorporação da teoria dworkiniana à legislação processual, não se vislumbra, no estágio atual de nossa prática jurídica, a existência de condições de possibilidade, no mundo da vida, para a alteração dessas condicionantes num futuro próximo, permanecendo enquanto aporia e questão aberta à história a resposta acerca da utilização factual do IRDR como mais um instituto processual neoliberal de produtividade e massificação de decisões judiciais ou como *uma questão de princípios*.

CONCLUSÃO

²¹ “O problema começa desde o início da formação dos profissionais do direito.

Os cidadãos que se propõem a fazer um concurso de direito, em sua grande maioria, não apresentam a menor vocação para a área jurídica. Eles a escolhem tão-somente com o objetivo de ampliar suas possibilidades individuais e profissionais no mercado de trabalho. E, pelo menos após a assunção de suas funções jurídicas, estes deveriam, profissionalmente, assumir a total responsabilidade social de seu múnus.

Tal fato conduz a um perfil de candidatos aos concursos de magistrados que buscam tão somente um bom emprego público, uma carreira rentável (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 31), e não uma melhoria do bem-estar da sociedade, como alguns defendem no plano teórico.

Verifica-se, desse modo, que, infelizmente, o exercício do direito, na média dos profissionais, “*não passa de ofício burocrático, ou requisito para exercício de determinadas funções públicas ou de acesso em carreiras dentro do próprio funcionalismo público*” (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p. 46).

Essa constatação, aliada a uma profusão de cursos jurídicos (cerca de 1.046 em junho de 2007) com nível discutível, a uma indústria de cursos preparatórios para concursos, “*formatadores de cérebros, cujo único objetivo é a provação do aluno-candidato*” (FERRAZ DE ARRUDA, 2007, p.46) e a um recrutamento [...] mediante concursos públicos de agentes estatais (juízes, promotores, procuradores e advogados públicos) [...] dogmatas e burocratas, que não se preocupam, em boa parte, com a reflexão [...], com um pensar crítico reflexivo, vai criando um quadro em que a lógica econômica e quantitativa da produtividade e do julgamento em massa (em escala industrial) vai provocando o desmantelamento da aplicação dos direitos fundamentais e dificultando sua obtenção pelos cidadãos.” (NUNES, 2009, p. 168-169).

A noção de processo jurisdicional íntegro e democrático é resultado de uma interpretação criativo-constructiva do fenômeno processual atual, concebido como uma conquista social, histórica e moral de uma comunidade de princípios. Visa não só uma correção normativa de caráter procedimental, através da comparticipação e policentrismo, indispensáveis para se garantir o livre fluxo discursivo de argumentos racionais de matiz liberal ou social. Objetiva, também, uma correção normativa de caráter substancial, mediante a construção de um espaço público para o debate acerca dos princípios que perpassam a matriz moral e política da comunidade personificada, densificando seu ordenamento jurídico e aparato estatal.

Decerto, a perspectiva íntegra e democrática de processo exige que todo ato de criação, alteração, interpretação e aplicação do direito seja feito de forma coletiva e dialógica, fundada na unidade, coerência e integridade dos atos do Estado e seu sistema de direitos, desacreditando qualquer tipo de aperfeiçoamento institucional fundado no protagonismo de cognições ilustradas – lição histórica deixada pelas experiências processuais nos paradigmas de Estados Liberal e Social. Não por outra razão, busca operar sob o imperativo da garantia de que todos os cidadãos, considerados enquanto destinatários de igual consideração e respeito, tenham um acesso efetivo às estruturas internas de esfera pública de construção de decisões, com vistas a torná-las politicamente legítimas e substancialmente adequadas aos princípios da comunidade personificada.

A partir desse horizonte teórico, as garantias e institutos processuais emergem como *condition sine qua non* da própria integridade e do aperfeiçoamento moral e político das instituições, pressuposto a partir do qual foi analisado de forma crítica e histórica o instituto do IRDR, sem desconsiderar a facticidade das práticas neoliberais que têm colonizado e privatizado o espaço público processual. Como se viu, ainda no plano normativo, vários são os argumentos orientados pela deificação do mercado e por práticas privadas de gestão que visam justificar e orientar a aplicação do IRDR. A exigência de integridade e coerência contida no art. 926 do CPC, por outro lado, busca fazer frente à instrumentalização desse instituto pelo neoliberalismo processual, impondo ao sistema de precedentes, ainda em vias de construção, uma carga de correção normativa procedimental e substancial, fugindo da aplicação industrial e mecânica de teses jurídicas, cuja consequência, de fato, será a massificação de decisões judiciais.

Embora naturalizada, a ideologia neoliberal não pode ser apreendida como um simples fato ou dado empírico natural, desconsiderando-se seu caráter normativo, porquanto

incorporada enquanto um conjunto de regras de conduta na moral privada e pública institucional. Trata-se, em verdade, de uma “norma”, cuja facticidade tem se mostrado muito mais potente do que normas com status jurídico, inclusive de envergadura constitucional. Em outras palavras, o neoliberalismo, enquanto ideologia, tem logrado uma fusão quase completa entre as dimensões da validade e facticidade, ao passo que a integridade, recém positivada na legislação processual, ainda é embrionária, havendo um abismo entre os planos normativo e factual.

Por essa razão, como forma de se escapar do positivismo jurídico, que encerra o direito apenas no plano normativo, e das concepções realistas e céticas, que o compreendem somente a partir da facticidade, conclui-se que, inobstante o disposto no art. 926 do CPC, os argumentos neoliberais e de *princípios* que gravitam em torno do IRDR permanecerão em tensão ao longo de sua história factual, não se enxergando, porém, no momento atual, condições de possibilidade para se crer na facticidade de uma integridade que interrompa, a curto prazo, a colonização empreendida pelo neoliberalismo em nossas instituições e práticas jurídicas mediante mudança, ainda que substantiva, da legislação processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de março de 2015. **Código de Processo Civil**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil - v. 3**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. **volume I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 22 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que dá para apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em: 16 out. 2020.