



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO  
CIENTÍFICO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE  
DEMANDAS REPETITIVAS NA LEI PROCESSUAL CIVIL: UM RECORTE  
SOBRE OS PROVIMENTOS VINCULANTES E SUA APLICABILIDADE**

**Arlem Oliveira de Carvalho  
Martha Franco Leite**

**Aracaju  
2016**

**ARLEM OLIVEIRA DE CARVALHO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE  
DEMANDAS REPETITIVAS NA LEI PROCESSUAL CIVIL: UM RECORTE  
SOBRE OS PROVIMENTOS VINCULANTES E SUA APLICABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Tiradentes – UNIT, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

**Aprovado em...**

**Banca Examinadora**

---

**Martha Franco Leite**  
**Professora Orientadora**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**  
**Universidade Tiradentes**

# **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA LEI PROCESSUAL CIVIL: UM RECORTE SOBRE OS PROVIMENTOS VINCULANTES E SUA APLICABILIDADE**

Arlem Oliveira de Carvalho<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo tem como objeto de estudo o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – sob um olhar constitucional, analisando os contornos que justificam a aplicabilidade da tese jurídica vinculante e outras peculiaridades, além de passear pela influência do *common law* no ordenamento pátrio. O foco principal incide na análise crítica em torno do controle de constitucionalidade no direito brasileiro associado à expansividade do IRDR e nos argumentos que sustentam a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do instituto. Utilizando o método dialético, traz uma pesquisa qualitativa, eminentemente bibliográfica, e procura refletir a respeito da inserção desse instituto no Código de Processo Civil – CPC/2015 – considerando a sua importância e a clara intenção legislativa de otimizar o processo, mas levantando e provocando debates a respeito de possíveis vícios relacionados à sua compatibilidade com a Constituição Federal.

**Palavras-chave:** IRDR. Precedente Vinculante. Tese Vinculante. Controle de constitucionalidade. Código de Processo Civil.

## **1 INTRODUÇÃO**

O tradicional processo civil, de raízes individualistas e cujo alvo se direciona para a pretensão resistida conduzida ao Judiciário, mostrou-se inadequado para a resolução das litigâncias seriadas, em virtude do fracasso das variadas alterações legislativas e da pulverização do ideal de coletivização das demandas judiciais. *A priori*, as modificações sociais e a transição do Estado de Direito, formalista e desprovido de sentimento social, para o Estado Democrático de Direito, que se submete à observância de princípios constitucionais somados a uma legalidade material, fazem emergir um novo Código de Processo Civil – CPC/2015 – que pretende solucionar os anseios processuais existentes.

Em verdade, o CPC/2015 apresenta uma inovadora cisão cognitiva que objetiva a análise abstrata e conjunta de processos que possuam a mesma questão controvertida de direito, com o fito de preservar princípios constitucionais, quais sejam, isonomia, celeridade e

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. E-mail: [arlemcarvalhodi@hotmail.com](mailto:arlemcarvalhodi@hotmail.com)

segurança jurídica. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, inspirado no procedimento modelo alemão (*Musterverfahren*), tem a finalidade justamente de redefinir os caminhos e solucionar o problema da litigiosidade repetitiva e, por via reflexa, evitar a dispersão das decisões judiciais e minimizar a quantidade de postulações ao Judiciário, tendo em vista que a possibilidade de tutela coletiva através da ação civil para reger os direitos individuais homogêneos não foi capaz de solucionar o impasse.

Os percalços que envolvem a possibilidade de manejo de recurso especial e extraordinário, a falta de requisitos que atestem a representatividade no incidente, a própria obrigatoriedade de vinculação da tese jurídica (consequência do IRDR), inclusive nos processos em tramite no juizado especial, por exemplo, acarretaram no surgimento de diversos questionamentos acerca da constitucionalidade do instituto.

Entrementes, é inegável que o atual Código de Processo Civil apresenta considerável aperfeiçoamento do sistema processual, propondo a extinção direta, ainda que de forma implícita, de determinados obstáculos que distanciam o *common law* do *civil law*, tendência essa já percebida timidamente em diversos institutos presentes no direito brasileiro, como no controle difuso de constitucionalidade<sup>2</sup>. Agora, com o ideal de valorização do precedente judicial, é mais clara a tangibilidade dessa aproximação entre os dois sistemas no processo civil pátrio.

Em que pese a intenção do legislador em contribuir para a celeridade do processo civil, é sabido que a constitucionalização do ordenamento jurídico ocorrida em 1988, cumulada com os ensinamentos do jurista e filósofo Hans Kelsen, traz a necessidade de que haja uma compatibilização entre as normas infraconstitucionais (CPC/15) e a própria Constituição Federal, sob o prisma do escalonamento normativo que compõe a unidade jurídica pátria e do princípio da supremacia constitucional.

Diante dessa realidade, o foco central do presente artigo é demonstrar, em um contexto genérico, as aplausíveis tendências confirmadas na Lei 13.105/15, que instituiu o Código de Processo Civil e, no que tange ao IRDR, especificamente, os contornos que levam ao questionamento a respeito da sua (in)compatibilidade com a Constituição Federal. Para isso, por não existir ainda um entendimento jurisprudencial consolidado, faz-se uso de pesquisas bibliográficas e artigos científicos publicados.

---

<sup>2</sup> Segundo entendimento de Marinoni (2012, p. 10) o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto se aproxima da função do juiz do *common law*.

Assim, sem a intenção de esgotar a discussão ainda necessária nesta seara, espera-se que esse trabalho seja mais um passo na abertura dos debates que pretendem colaborar para uma prestação jurisdicional mais efetiva, célere e democrática.

## **2 OS ASPECTOS DE CONFLUÊNCIA ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*: OS LIMITES DOS PRECEDENTES E O IRDR**

Antes de analisar toda a sistemática processual que corrobora com as novidades trazidas pelo advento da Lei 13.105/15, impende destacar as principais características dos dois sistemas – *common law* e *civil law*, as suas consequências fundamentais para o processo civil contemporâneo e as influências que exercem nos julgamentos dos casos concretos e, especificamente, no IRDR.

A unidade processual brasileira tem sido alvo de diversas implementações legislativas que aproximam o *civil law* e o *common law*<sup>3</sup>, com a principal finalidade de desobstruir as vias judiciárias e dar mais amparo à efetividade do processo. Assim, a edição de um novo regramento processual civil, da forma como foi pensado e concluído, direcionou o olhar do intérprete para um novo segmento baseado na superação do protagonismo judicial absoluto, aquele pautado na irrestrita aplicação do livre convencimento dos juízes, e a consequente valorização de um modelo democrático desenvolvido para tutelar situações com base nos princípios constitucionais e na ampla participação das partes, além de efetivar a aplicação dos precedentes visando uma uniformização de jurisprudência.

Nestes escólios, por saber que o *common law* inglês surge no período em que os reis anglo-saxões imperavam, ele nasce como direito consuetudinário, ou seja, alicerçado nos costumes imemoriais do reino, porém tratou-se apenas de fase inicial. Hodiernamente, portanto, não mais subsistem os costumes como fonte de aplicação no *common law*<sup>4</sup>.

De fato, hodiernamente o direito coadunado ao sistema anglo-saxão possui forte ligação com o entendimento jurisprudencial, ou seja, prezam-se muito mais pelas decisões judiciais do que pela lei em tese. Por outro lado, o *civil law*, base do direito brasileiro, pode ser definido como aquele em que a lei é considerada como fonte primária do direito, devendo o magistrado aplicar a subsunção do fato à norma, com as devidas interpretações.

---

<sup>3</sup> De acordo com o entendimento de Lima Júnior (2015, p. 99) o Brasil tem implementado, nas últimas décadas, sucessivas reformas na legislação processual que resultaram na inevitável aproximação entre os sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxônico.

<sup>4</sup> Marcelo Augusto Biehl Ortolan (2012, p.15) em sua obra *Common law, Review e Stare Decisis: uma abordagem história do sistema de controle de constitucionalidade Anglo-Americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro, sistematizam o mesmo posicionamento.*

Não obstante o ordenamento brasileiro adotar as tradições do *civil law*, como afirmado supra, Lima Junior (2015) chama a atenção para o fato de que:

O constitucionalismo moderno, marcado pelo império de constituições escritas e rígidas, alocadas nos ápices dos ordenamentos jurídicos nacionais, conferiu ao Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei ou ato normativo do poder público ante a constatação de incompatibilidade do texto impugnado com os preceitos fundamentais. (LIMA JÚNIOR, 2015, p. 102)

Desta forma, o *civil law* brasileiro, diante da possibilidade de controlar a constitucionalidade de uma lei no caso concreto, abrangeu o papel do magistrado e solidificou significativamente a possibilidade de aplicação dos precedentes judiciais<sup>5</sup>.

Essa inevitável valorização dos precedentes, através da interpretação dos princípios constitucionais, conduziu à necessidade de que as partes e procuradores analisassem minuciosamente as decisões judiciais, pois na medida em que essas se dissociavam do texto frio da lei e aplicavam a hermenêutica constitucional, aproximavam-se cada vez mais das tradições do *common law*<sup>6</sup>.

O conceito de precedente, nas lições de Didier Jr. (2016, p. 455), consiste na “decisão tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Mais especificamente, precedente é resultado da atividade jurisdicional que poderá ser utilizado em outras pretensões resistidas, seja pelo magistrado ou pela parte e seus patronos para dar subsídio à procedência ou improcedência de sua demanda judicial.

Desta forma, é possível concluir que todo precedente emana necessariamente de uma decisão judicial, porém para que uma decisão seja considerada precedente é essencial que haja a observância dos elementos que o adjetivam. Destaca Marinoni (2013, p. 604) o que realmente deve ser observado: “O verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la”. E complementa ainda o jurista, precedente é “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (MARINONI,

---

<sup>5</sup> A doutrina de Mello (2008, p. 317) coaduna esse posicionamento quando afirma que o Brasil sofreu a influência dos dois sistemas: “em sede de controle de constitucionalidade, adotou, a partir da constituição de 1981, um modelo difuso de *judicial review*, de inspiração norte-americana, e, com a Emenda Constitucional nº 16/1995, assimilou também a fiscalização abstrata da constitucionalidade, de origem europeia, através da representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Esta diversidade de influências levou a configuração do sistema constitucional brasileiro como um sistema misto de controle”.

<sup>6</sup> Conforme enfatizado pelo jurista Ortolan (2012, p.37), não se desenvolveu até agora uma doutrina da vinculação obrigatória dos precedentes em nosso país, a despeito de admitirmos o controle de constitucionalidade pela via concreta, incidental, em razão de nosso apego ao dogma da estrita aplicação da *civil law*, do qual decorre a inabalável garantia ao livre convencimento motivado de nossos juízes, desde a jurisdição ordinária até a mais alta corte.

2013, p. 214). E são justamente os elementos diferenciadores que justificam a limitação na aplicação do precedente judicial.

Conforme Tucci (2004, p. 12), “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Ou seja, é possível perceber a existência de uma fundamentação na decisão judicial, por força de exigência constitucional (art. 93, IX, da CF<sup>7</sup>), e essa não pode ser confundida com o precedente, embora este extraia sua existência daquela. A fundamentação tem a finalidade de informar às partes litigantes os motivos que ensejaram a decisão, enquanto que o precedente, por possuir função externa à relação processual, tem o objetivo de informar a sociedade, não participante do processo específico, para que possa ter acesso a esse modelo de conduta<sup>8</sup>.

A partir dessa compreensão é possível detectar que somente a *ratio decidendi* possui o caráter de norma geral passível de observância quando posta em análise. Como bem pontuado por Lima Júnior (2015, p. 43) “a *ratio decidendi*, denominada de *holding* no contexto norte-americano, é o elemento de eficácia persuasiva ou vinculante do precedente”. Ao revés, tudo aquilo que é exposto como argumento de passagem, sem relevância direta com o resultado da tese jurídica, é conhecido como *obiter dictum* e também é considerado elemento do precedente, mas não carece de observância no ato decisório.

Nestes termos, diante desses esclarecimentos pertinentes, é possível perceber claramente a relação existente entre o sistema de precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – adotado pelo CPC/2015, alvo central deste trabalho, tendo em vista que o provimento final emanado do IRDR foi feito exclusivamente para ser precedente<sup>9</sup>. Porém, diferentemente da doutrina de precedentes que está intimamente coadunada a uma decisão sobre um caso concreto, no IRDR, por se destinar à fixação de teses (como alhures será explicado), seu trâmite é carregado de abstração e sua decisão é proferida em processo dessubjetivado<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

<sup>8</sup> Essa linha de raciocínio não é autoral, BERTINI e PEREIRA (2014) chegaram à mesma conclusão.

<sup>9</sup> Esse mesmo entendimento é extraído da obra de Sofia Temer (2016, p. 201).

<sup>10</sup> Trata-se de terminologia empregada por Temer (2016, p. 203), ao explicar as distinções entre o sistema de precedentes e o processamento do IRDR. A autora aponta que “a decisão não visa ao julgamento de conflito subjetivo e, por isso, não gera norma relativa ao caso concreto, mas apenas a norma geral. De modo que não é possível extrair, no IRDR, o discurso do caso concreto, mas apenas o discurso do precedente. De outro lado, pautado principalmente no art. 978, parágrafo único do CPC/15, há autores que defendem que o incidente julga

Entretanto, é necessário atentar que dentro dessa cognição em abstrato não se está desconsiderando o quadro fático existente no processo, haja vista a necessária congruência entre fato e norma para a compreensão do fenômeno jurídico<sup>11</sup>, mas que não haverá instrução probatória e averiguação concreta desses fatos, pois estes serão dispensados. Portanto, é chegado ao entendimento da adoção de um procedimento híbrido, mas pendente para a objetivação da jurisdição.

Com efeito, a decisão do IRDR é precedente vinculativo e, portanto, deverá ser obrigatoriamente seguida em casos análogos. Ademais, bem como no processamento do precedente formulado no caso concreto, no IRDR as questões marginais não possuem o condão de vincular, em virtude de possuírem força tão somente persuasiva.

Em suma, pode-se dizer que, hoje, a doutrina dos precedentes visa primordialmente curar a síndrome da insegurança jurídica, através da necessidade de consideração do posicionamento das teses consolidadas (inclusive a tese jurídica vinculante do IRDR) ou de questões já decididas em instâncias superiores. Porém, antes de adentrar efetivamente nos tópicos que se seguem e na pauta da eventual inconstitucionalidade do IRDR instituído pelo CPC/15, é preciso observar a gênese da litigiosidade repetitiva e de que forma essa crise processual influenciou para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

### **3 OS PORMENORES DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA: A CRISE NUMÉRICA DE PROCESSOS JUDICIAIS E O SURGIMENTO DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Não obstante a existência de diversos institutos no sistema processual brasileiro para assegurar a isonomia na aplicação da lei, ainda é visível o quadro de instabilidade gerado pela grande diferença existente nas respostas judiciárias para casos iguais. Essa problemática está associada, originariamente, à formulação de um regramento processual desenhado para vislumbrar uma sequência cognitiva de atos que gere um provimento final para cada caso

---

também o “caso-piloto”, instrumentalizando-se numa unidade cognitiva e decisória (CÂMARA, 2015, p. 484), apesar do próprio regramento processual excepcionar essa regra em seu art. 976, §1º, quando abre a possibilidade de desistência ou abandono, caso em que se limita à fixação de tese. Merece especial referência o entendimento externado por Temer (2016, p. 86), quando esclarece que “esse movimento de apropriação de algumas características do processo objetivo na atividade jurisdicional “típica” é o que vem justificando algumas consequências que antes eram indispensáveis nos processos que tutelam, originariamente, situações subjetivas concretas. Vem se reconhecendo, no bojo de processos “subjetivos”, esferas de dessubjetivação. Um dos aspectos que comprova essa afirmação é, como visto anteriormente, a autonomia do processo de técnicas para resolução de questões de direito e fixação de teses jurídicas, mesmo no caso de desistência da pretensão subjetiva”.

<sup>11</sup> Temer (2016, p. 73) se encarrega de explicar mais detalhadamente sobre essa relação entre a fixação de teses e o fato-tipo.

concreto, ou seja, um devido processo legal desenvolvido para processos particulares e únicos. E não poderia ser diferente, pois as bases do clássico processo civil estão fundadas no individualismo exacerbado, na igualdade formal e no aspecto prioritariamente patrimonialista das demandas<sup>12</sup>.

Com efeito, os motivos que atestam a crise quantitativa de demandas judiciais rodeiam principalmente os movimentos de facilitação do direito de acesso à justiça expressamente previsto na CRFB/88, porém não se trata de uma previsão maléfica para o sistema processual; muito pelo contrário, o que se quer dizer é que esse direito fundamental inevitavelmente acarretou o crescimento acentuado dos chamados litígios de massa. Além desse, que é considerado como clássico motivo justificador do tumulto processual existente, Ataíde Jr. (2014, p. 45) atribui a diversos outros fatores, quais sejam: “i) as transformações sociais, especialmente, a inclusão de milhares de pessoas no mercado de consumo; ii) a evolução tecnológica e econômica, que proporciona a produção e distribuição em série de bens de consumo e, iii) a complexidade e pluralidade próprias das sociedades contemporâneas”. Assim, fez-se necessária a adaptação do sistema jurídico brasileiro no intuito de regulamentar corretamente essa inovação social.

Diante dessa nova realidade<sup>13</sup> de padronização das relações jurídicas<sup>14</sup>, é possível perceber que as alterações legislativas acarretaram em um regime processual próprio para as causas repetitivas<sup>15</sup>, destinado a impedir a disseminação de decisões judiciais díspares para casos semelhantes. Assim, após a influência de uma trajetória pré-constitucional<sup>16</sup> que teve início no contexto dos direitos de terceira dimensão<sup>17</sup>, surge o processo coletivo como remédio aparentemente infalível para a crise do Poder Judiciário, principalmente no que tange aos direitos individuais homogêneos. Essa previsão de tutela coletiva rompeu com o ideal

---

<sup>12</sup> Ataíde Jr. (2014, p. 47) apresenta os traços marcantes do processo civil tradicional e esclarece que esse “é inadequado para solucionar célere e satisfatoriamente milhares de lides com identidade de tese, onde o resultado de cada uma repercute sobremaneira no das demais”.

<sup>13</sup> O termo não foi empregado para ser associado a uma problemática que surgiu recentemente, mas a uma realidade que tem sido alvo de profunda preocupação atualmente.

<sup>14</sup> Termo empregado por Temer (2016, p. 31) em um contexto de condutas seriadas reproduzidas no Judiciário.

<sup>15</sup> Terminologia apresentada por Ataíde Jr. (2014, p. 50). E acrescenta ainda o jurista que o microsistema é “norteador por regras e princípios específicos a fim de que tais causas sejam solucionadas com maior uniformidade, previsibilidade, estabilidade, isonomia e celeridade”.

<sup>16</sup> O direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro passou a ganhar notoriedade após a disciplina dada pela lei 4.717/65 referente à Ação Popular, que passou a ter efetividade concreta. Logo após, surge a lei da Ação Civil Pública (lei 7.347/85) e em seguida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que abrangeu amplamente a tutela de direitos e garantias metaindividuais. Também o Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), mais especificamente em seu art. 81, que embora não tenha relevância específica para o estudo aqui tratado, deve ser referenciado como importante diploma legal que consagrou o microsistema de proteção coletiva de direitos, conforme bem esclarece Sofia Temer (2016, p. 34).

<sup>17</sup> Os direitos de terceira geração ou dimensão surgem numa realidade de ascensão da globalização, de consumo em massa, voltados à defesa do gênero humano e de seus direitos transindividuais.

individualista do processo civil pátrio e apresentou a necessidade de revisão dos conceitos atinentes à prestação jurisdicional, de forma a ensejar uma reformulação da nova realidade das demandas civilistas.

Entrementes, a tutela coletiva tornou-se bastante insuficiente para resolver a litigância repetitiva e a dispersão jurisprudencial excessiva, pois na prática é possível detectar a existência de fragilidades no que tange à restrição direcionada a determinadas matérias que poderiam ser regulamentadas pelo processo coletivo<sup>18-19</sup> e, ainda, desponta a principal lacuna da tutela coletiva, qual seja, a ação coletiva não leva o jurisdicionado para um provimento final que satisfaça completamente o direito material objeto de litigância, pois ainda continua a mercê da necessidade de liquidação e execução individualizada da sentença, estimulando totalmente o legitimado a fazer uso do processo individual.

Sem uma prestação jurisdicional coletiva adequada e eficiente, torna-se patente a necessidade de uma reformulação do direito processual no intuito de apresentar novos institutos capazes de bloquear o avanço desse volume de demandas de massa, sob pena de contribuição para uma patológica divergência jurisprudencial e, por via de consequência, afronta direta a dispositivos constitucionais importantes, como a segurança jurídica e a isonomia. Noutro aspecto, contudo, como será averiguado oportunamente, as intenções positivas do legislador não podem se tornar um escudo impenetrável que evite a incidência dos ditames constitucionais e das consequências de seus efeitos, devendo o intérprete, nesse caso, orientar-se pelos princípios da unidade e do efeito integrador.

Ora, é evidente que a problemática adstrita às demandas seriadas merece uma análise acurada por toda a comunidade jurídica e é diante dessa preocupação que o legislador pátrio, desde 2001<sup>20</sup>, vem inserindo diversos institutos com o objetivo de contingenciar estas demandas marcadas pela repetitividade, como por exemplo a repercussão geral e a súmula vinculante, ambas instituídas pelo poder constituinte derivado reformador (EC 45/2004) que acrescentou à CF/88 o §3º ao art. 102<sup>21</sup> e o art. 103-A<sup>22</sup>. E para complementar esse rol, o

---

<sup>18</sup> Através de uma análise superficial do art. 1º, parágrafo único, da lei 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, é possível notar a exclusão de matérias específicas que poderiam ser tuteladas coletivamente, *in verbis*: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

<sup>19</sup> Ademais, Temer (2016, p. 35) apresenta outros variados motivos que ensejaram o fracasso do sistema coletivo para tutelar os direitos individuais homogêneos, como a falta de critérios para aferir e controlar concretamente a adequação da representatividade; o sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada; a falta de uma cultura de associatividade e a tendência a propositura de processos individuais, além de outros.

<sup>20</sup> Trata-se de informação extraída da obra de Ataíde Jr. (2014, p. 50) ao afirmar que foi a partir do ano de 2001 que no Brasil fora instituído um microssistema processual das demandas de massa.

<sup>21</sup> Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: §3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais

CPC/15 criou mecanismos processuais diferenciados com a finalidade de resolver concentradamente as questões repetitivas, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>23</sup>.

Nestes termos, é importante fazer um sucinto parêntese no que se refere à inquietude jurídica das divergências existentes entre o IRDR e as demandas coletivas. Não se questiona a convivência necessária entre os institutos, porém é sabido que existe diferença entre a fixação de teses (art. 927, III do CPC/15<sup>24</sup> é pedagógico) e a tutela coletiva. O IRDR garante solução para as questões repetitivas, de modo que os legitimados seriam afetados por uma incorporação da tese jurídica extraída de um procedimento com restrição do contraditório<sup>25</sup>. Neste diapasão, pelos ensinamentos de Cabral (2014), haveria uma execução combinatória das decisões dos dois órgãos judiciais<sup>26</sup>.

Já as ações coletivas, diferentemente, visam o trato da coisa subjetiva sob o crivo da coletivização, ou seja, o IRDR não é uma coletivização propriamente dita<sup>27</sup>. Conforme a doutrina de Temer (2016, p. 38), existem ainda determinadas demandas que, mesmo veiculadas em ações individuais repetitivas, seriam melhor resolvidas pelo processo coletivo,

---

discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

<sup>22</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>23</sup> A exposição de motivos elaborada pela comissão de juristas encarregados de projetar o novo CPC, destaca que: “talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência” (BRASIL, 2010).

<sup>24</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

<sup>25</sup> Esta afirmativa se confirma, *de per se*, pelo texto expresso do art. 984, II, “a” e “b” do CPC/15, tendo em vista a repartição do tempo dentro da possibilidade de sustentação oral, pois dentro da “fase” de escolha ou “seleção” (com impacto direto no contraditório como oportunamente será explicado) as partes do processo afetado terão maior possibilidade de manifestação, com tempo maior, inclusive, coisa que os demais interessados não terão. Aliás, nesse ponto, é importante atentar que para os demais interessados há de haver uma filtragem de participação, haja vista a necessidade de “efetiva multiplicação de processos” e a participação de todas as partes descaracterizaria o instituto.

<sup>26</sup> Cabral (2014) explica que “no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo). Neste caso, temos uma decisão objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciais”.

<sup>27</sup> Cavalcanti (2015, p. 504), contrariando totalmente esse posicionamento, afirma que: “o IRDR tem natureza jurídica de incidente processual coletivo”.

como por exemplo aquelas decorrentes de um ato lesivo único que necessite de instrução probatória que aproveite a todas as pretensões.

Deveras, a nova lei processual civil regulamenta um microssistema processual das demandas de massa<sup>28</sup> que contribui consideravelmente para a extinção da jurisprudência lotérica<sup>29</sup> e da insegurança jurídica, porém, sendo o incidente de resolução de demandas repetitivas uma das principais criações do novo regramento e o foco do presente trabalho, é importante estudá-lo cuidadosamente para que doravante se possa compreender em que contexto se insere a doutrina que defende sua falibilidade, inconsistência e inconstitucionalidade.

#### **4 A CRIAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA DISSONÂNCIA COM O PROCEDIMENTO MODELO ALEMÃO**

Inicialmente cabe destacar que o inovador instituto acrescentado no ordenamento jurídico brasileiro já nasceu sendo nomeado equivocadamente – e não se trata de preciosismo –, pois o IRDR não visa propriamente a análise de *demandas* repetitivas, podendo essa terminologia levar ao equívoco de imaginar um julgamento de pretensões subjetivas diretamente, sendo que na verdade se opera a análise de *questões* repetitivas com uma mescla de abstratividade e concretude, separando o julgamento do caso concreto e o do IRDR, mas sem completa desconsideração dos danos emergentes dos conflitos subjetivos<sup>30</sup>, para se fixar uma tese jurídica vinculante.

Neste viés, o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme já explicado anteriormente, nasce com a finalidade de combater a crise instalada pela repetitividade de demandas que versam sobre a mesma questão de direito<sup>31</sup>, fixando uma tese jurídica com efeito vinculante para as pendentes e futuras lides. Mais precisamente, o IRDR é instaurado a partir da efetiva multiplicidade de processos<sup>32</sup> e, após juízo de admissibilidade e eventual admissão colegiada, haverá a suspensão dos processos individuais e coletivos nos limites da

---

<sup>28</sup> Esse termo está sendo utilizado no sentido de repetitividade de demandas cuja razão de ajuizamento são idênticas, não se confundindo com as demandas coletivas que são ajuizadas para tutelar os direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.

<sup>29</sup> Nomenclatura utilizada por Ataíde Jr. (2014, p. 53) para se referir a que o resultado da causa está diretamente associado à distribuição do feito.

<sup>30</sup> Sobre o assunto, amplamente, os ensaios extraídos da obra de Sofia Temer (2016, p. 88).

<sup>31</sup> Embora o incidente não seja cabível para questões de fato comuns, não se trata de objeto do presente estudo a complexidade da problemática que gira em torno da separação entre questões de fato e de direito no IRDR.

<sup>32</sup> Do ponto de vista doutrinário, essa ideia remonta os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 579) quando esclarece que “não basta o potencial risco de multiplicação” e acrescenta em nota de rodapé que “para situações que envolvam potencial multiplicação da mesma questão de direito, ou em que, mesmo sem essa potencial multiplicação, haja questão de direito relevante, reserva o código outro incidente: o de assunção de competência, disciplinado no art. 947”.

atuação jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado ou do Tribunal Regional Federal. Desse ponto em diante ocorrerá uma cisão cognitiva que se desenvolve a partir um “procedimento-modelo” consubstanciado na análise das questões comuns e, ao final, na sessão designada para julgamento, a fixação da tese jurídica, cabendo ao magistrado *a quo*, dialogicamente, fazer as devidas aplicações.

Diverge desse posicionamento a doutrina que defende o modelo de julgamento a partir da causa-piloto, onde através da unidade cognitiva e decisória que se justifica na expressividade do art. 978, parágrafo único do CPC/15<sup>33</sup>, será selecionado determinados processos representativos da controvérsia<sup>34</sup> com consequente suspensão dos demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica e, a partir desse ponto, haverá o julgamento das lides nos casos-piloto e a fixação de tese para servir de referência para os demais processos<sup>35</sup>.

Acontece que, o formato adotado pelo CPC/15 para o IRDR é totalmente híbrido<sup>36</sup>, pois, não obstante o tribunal julgar a questão comum e o caso afetado pendente, há um verdadeiro desmembramento no julgamento do IRDR e da causa pendente, ou seja, tem-se provimentos finais específicos para cada julgamento. Essa cisão cognitiva se inicia com o julgamento do IRDR e sua consequente decisão (tese jurídica vinculante) para então, não necessariamente na mesma sessão de julgamento, julgar o caso concreto e aplicar a tese jurídica, observando, como de praxe, os ditames estabelecidos no art. 10 e no art. 489, V e VI, ambos do CPC/15, exatamente como determina o art. 927, §1º, também do CPC/15<sup>37</sup>.

Em que pese o instituto ter sido implementado com a máxima inovação no direito processual brasileiro, a exposição de motivos do anteprojeto do código de processo civil expõe claramente que o incidente não é inédito no ordenamento internacional e que possui forte influência do procedimento modelo alemão, conhecido como *Musterverfahren*<sup>38</sup>. Porém, são gritantes as diferenças entre os institutos<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

<sup>34</sup> Cavalcanti (2016, p. 227) esclarece de forma mais aprofundada as principais diferenças entre o sistema de procedimentos-modelo e o julgamento da causa-piloto.

<sup>35</sup> Nesse contexto, Cavalcanti (2016, p. 227) informa que esse foi o modelo adotado pelo CPC/15 para o regime jurídico dos recursos extraordinário e especial repetitivos, segundo expressão do art. 1039 desse mesmo diploma legal.

<sup>36</sup> Cavalcanti (2016, p. 227) também corrobora com esse posicionamento.

<sup>37</sup> A respeito do assunto, Cavalcanti (2016, p. 223-229) ao atentar sobre a necessidade de causa pendente no tribunal, faz as devidas ponderações sobre o modelo misto adotado pelo CPC/15 e apresenta os artigos mencionados como de observância essencial no ato de aplicação da tese jurídica vinculante.

<sup>38</sup> Cabe a transcrição: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente

Primeiramente o *Musterverfahren* foi introduzido no direito alemão com especificidade do tema, ou seja, aplicação limitada ao âmbito das controvérsias oriundas do mercado de capitais<sup>40</sup> e com lapso temporal específico de efeitos, sendo prevista até 2020, podendo versar sobre questões fáticas comuns e questões de direito. Além desse, o procedimento modelo alemão estabelece um requisito quantitativo de admissão, ou seja, a lei exige que no prazo de seis meses, pelo menos, outros nove requerimentos sobre a matéria tenham sido apresentados para completar o número mínimo de dez requerimentos, podendo o juiz de origem, a partir desse número, proferir sua decisão judicial<sup>41</sup>.

Outra diferença entre os institutos é a impossibilidade do *Musterverfahren* ser instaurado de ofício pelo magistrado e, segundo Baltazar José Vasconcelos Rodrigues (2011) existe ainda uma amplitude do contraditório, na medida em que haverá um lapso temporal de quatro semanas entre a divulgação da pauta e o julgamento do caso-modelo, além da preocupação em tornar a controvérsia o mais pública possível. E no que tange aos limites subjetivos da vinculação do julgado, Rossoni (2010) aponta que o *Musterverfahren* determina a aplicação da decisão somente para os casos pendentes.

No procedimento modelo alemão há, ainda, a possibilidade de autoexclusão, tendo em vista que a parte só irá participar se efetivamente optar. A vinculação absoluta no modelo alemão possui ainda criterioso controle da representatividade adequada, ou seja, através de uma eleição é determinado o autor preponderante do trâmite procedimental do instituto. Já no direito brasileiro, além de diferir em todos os pontos apresentados, há um que se destaca, qual seja, no modelo pátrio – IRDR – não há essa previsão de controle da representatividade adequada e, em qualquer hipótese, sua decisão de mérito, favorável ou desfavorável, poderá vincular todos os processos repetitivos<sup>42</sup>. O IRDR possui aplicação abrangente, ou seja,

---

de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes”. (FUX, Luiz. [Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009] [et al]. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: [www.senado.gov.br]. Acesso em: 15.10.2016).

<sup>39</sup> Segundo Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 227) esse foi o mesmo modelo adotado pelo CPC/15 para os recursos extraordinário e especial repetitivos.

<sup>40</sup> Abboud e Cavalcanti, apresentam essa diferença marcante entre os institutos sob um olhar crítico. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Inconstitucionalidades-do-IRDR-e-riscos-ao-sistema-decisorio-.pdf>> Acesso em: 15/10/16.

<sup>41</sup> Requisito apresentado e amplamente explicado por Cavalcanti (2016, p. 67).

<sup>42</sup> Essa problemática também aponta para um debate em torno da uma má prestação do ensino jurídico no Brasil. De fato, o ensino jurídico está em crise (art. 374, I do CPC/15). A aplicação correta do direito está distorcida e isso se deve principalmente ao estudo que se desenvolve nas universidades brasileiras, voltadas apenas para uma produção técnica direcionada à formação de um profissional com conhecimento básico para o desempenho das atividades profissionais e, no caso das universidades privadas, o problema se agrava um pouco mais, pois, muitas vezes, somente a obtenção de lucro é fonte de preocupação, aliada, é claro, à falta de curiosidade do acadêmico em buscar o conhecimento. E é justamente essa falha educacional no sistema brasileiro que acarreta a

qualquer matéria jurídica pode ser objeto do incidente, inclusive questões processuais, e sua instauração poderá ser requerida pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e, também, de ofício, pelo juiz ou relator (Art. 977 do CPC/15<sup>43</sup>)<sup>44</sup>.

Em linhas finais, embora seja inegável que o IRDR possua finalidades constitucionais claras, é necessária uma análise exauriente do instituto tomando como base o próprio modelo alemão, haja vista que o legislador do direito comparado se mostrou bastante preocupado com as garantias processuais das partes, pois não se pode compactuar com uma distorção maléfica dos direitos e garantias constitucionais. Assim, levando em consideração as divergências existentes entre o instituto brasileiro e a sua inspiração alemã, é de extrema importância uma construção doutrinária que demonstre os limites do julgamento do IRDR no que tange às demais pretensões resistidas, sem esvaziamento da celeridade processual e do contraditório, fazendo as devidas ponderações entre os casos sobrestados e a aplicação da tese jurídica. Ora, se o ideal é prolatar decisões mais igualitárias, que o faça de acordo com os padrões constitucionalmente assegurados.

## **5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO IRDR**

### **5.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e a Eficácia Expansiva do IRDR**

Ainda que em breve síntese, é inevitável a necessidade de apresentar o caminho trilhado pelo constitucionalismo brasileiro, os atributos de sua jurisdição e os aspectos desencadeadores do controle de constitucionalidade, para que doravante isso possa ser perfeitamente conectado à análise do IRDR.

Assim, nestes termos, é sabido que após o processo de revalorização dos ditames constitucionais determinado pelo movimento conhecido como neoconstitucionalismo, a força normativa da Constituição, amplamente defendida por Konrad Hesse<sup>45</sup>, ganhou uma maior nitidez e notoriedade, de modo a deflagrar sua eficácia irradiante em relação a todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação aos poderes públicos e aos particulares.

Essa nova condição de superioridade e imperatividade, associada à rigidez constitucional, remete à noção de um escalonamento normativo onde a Constituição Federal

---

necessidade de se estabelecerem critérios que atestem a representatividade adequada no IRDR, pois não se sabe se o patrono terá condições de sustentar uma defesa consistente e, em qualquer sorte, a tese fixada deve vincular todos os processos repetitivos.

<sup>43</sup> Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

<sup>44</sup> Abboud e Cavalcanti (2015) apresentam esse mesmo raciocínio.

<sup>45</sup> Portes (2012, p. 415) introduz os seus estudos abordando o contexto da expressão “força normativa da Constituição” consagrada por Konrad Hesse.

se encontra estrategicamente alocada no mais alto grau hierárquico do sistema e se reveste como norma de validade para as demais normas do ordenamento pátrio. Mais detalhadamente, trata-se do princípio da supremacia da Constituição, que rechaça qualquer tipo de incompatibilidade vertical entre as normas infraconstitucionais e a própria carta cidadã. E, como forma de efetivar essa conformação, determinou-se a competência para que um órgão externo ao que produziu a lei<sup>46</sup> verificasse essa compatibilização, ou seja, a Suprema Corte, enquanto componente do Poder Judiciário, realiza a interpretação mais adequada no caso concreto<sup>47</sup>.

A atribuição dada a esse órgão externo, diverso do criador da lei, portanto, foi determinante para a criação da jurisdição constitucional, que se consolidou na noção de controle de constitucionalidade, levando o Judiciário a assumir uma posição ativista e, segundo as lições de Portes (2012, p. 416), “transformando os tribunais constitucionais em partícipes da concretização dos fins do Estado”. Diante disso, os acórdãos prolatados em controle concentrado possuem a característica de generalidade, que, por serem desenvolvidos em processos objetivos, se aplicam com eficácia *erga omnes*<sup>48</sup>.

Nessa sistemática, a participação do juiz como mero anunciador do texto frio da lei abre espaço para uma participação efetiva de atualização da Constituição, por meio de uma interpretação constitucional criativa, que propicia uma maior aplicabilidade dos preceitos fundamentais e acarreta no inevitável reconhecimento do fenômeno da criação judicial do direito<sup>49</sup>. Assim, embora o processo legislativo e o processo judiciário criem o direito, esse crescimento do Poder Judiciário traz a possibilidade de efetivação dos ditames constitucionais, independentemente de ingerência do Legislativo.

Pois bem, após as ingerências legislativas no decorrer da marcha histórica do direito processual civil, como as que introduziram as súmulas vinculantes e o efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade, acrescentou-se no CPC/15 uma abrangência vinculativa das decisões judiciais dos tribunais de segundo grau, de modo que os juízes de

---

<sup>46</sup> Portes (2012, p. 416), ao compactuar com esse mesmo pensamento, explica que “Essa atribuição da jurisdição constitucional, de realizar um juízo de valor impositivo sobre a constitucionalidade das normas jurídicas, representa um contrapeso em favor da função judiciária do Estado, em contraposição às demais funções, em especial à função legislativa”.

<sup>47</sup> É importante destacar que o Brasil adota um sistema jurisdicional misto que comporta a possibilidade de controle tanto pela via concentrada (STF) quanto pela via difusa (qualquer juiz ou tribunal).

<sup>48</sup> Aprioristicamente, o controle difuso teria eficácia *inter partes*, porém, dentro dos limites do art. 52, X, da CRFB/88, poderia ser adotado, segundo entendimento de Lenza (2012, p. 278), uma abstrativização do controle difuso, de modo a permitir uma transcendência dos motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), ou seja, teria eficácia para todos.

<sup>49</sup> Esse raciocínio não é inaugural, pois Cunha Júnior (2015) se posiciona da mesma forma ao desenvolver um estudo sobre a interpretação constitucional e a criação judicial do direito.

piso obrigatoriamente as observarão e, além disso, essa tese jurídica poderá ter uma expansiva vinculação em todo o território nacional, desde que, com base no art. 987, §2º do CPC/15<sup>50</sup>, haja a apreciação do mérito do recurso especial ou extraordinário, ampliando assim a esfera de aplicação da tese.

Nesse sentido, faz-se mister analisar com afincos a possibilidade de generalização do acórdão em sede de IRDR, tendo em vista a ausência de previsão constitucional que lhe autorize tal proeza. Assim, diante desses pontos, resta a análise da constitucionalidade dos comandos infraconstitucionais que autorizam a expansividade do IRDR.

### 5.1 A Constitucionalidade do IRDR

O alicerce do incidente – que norteia seu desenvolvimento, aplicação, interpretação e justifica sua existência – é a própria Constituição Federal, por estabelecer a unidade do ordenamento jurídico e, por óbvio, irradiar seus efeitos ao direito processual<sup>51</sup>. Assim, dentro dessa pedra angular, alguns direitos fundamentais são apontados como principais sustentáculos para legitimar o instituto como técnica diferenciada, quais sejam, a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual<sup>52</sup>, espécies do gênero devido processo legal.

A *isonomia*, por concretizar o tratamento uniforme das causas idênticas e por obrigar que a mesma questão jurídica unicamente de direito (processual ou material) tenha a mesma incidência e interpretação, estabelecendo padrões decisórios, pois, conforme Temer (2016, p. 40) “a prestação jurisdicional dispar a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia”. A *segurança jurídica*, por efetivar a previsibilidade do provimento final e uniformizar o entendimento jurisprudencial<sup>53</sup>. E a *celeridade processual*, por auxiliar na redução do tempo de duração dos processos judiciais sob duas perspectivas: a primeira, por limitar a rediscussão do tema atinente à questão comum, aplicando a tese jurídica às demandas muitas vezes procrastinatórias e pela análise

---

<sup>50</sup> Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] §2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

<sup>51</sup> Essa preocupação se comprova na própria exposição de motivos elaborada pela comissão de juristas incumbida de elaborar o projeto do novo código de processo civil ao destacar: “talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e a estabilidade da jurisprudência”. (BRASIL, 2010).

<sup>52</sup> Temer (2016, p. 39) traz o mesmo entendimento ao desenvolver seu raciocínio no sentido de esclarecer a “triade isonomia-segurança-celeridade”.

<sup>53</sup> Neste aspecto, Cavalcanti (2016, p. 152) reforça: “o órgão jurisdicional, ao julgar de forma divergente situações jurídicas homogêneas, instaura um ambiente de *incerteza* formado pelo sentimento de *imprevisibilidade*, de *incoerência* e de *descredibilidade* do Poder Judiciário”.

concentrada das questões jurídicas, auxiliando na qualidade e evitando a reanálise pelo tribunal; a segunda, por permitir o desentupimento das artérias judiciárias e auxiliar no julgamentos de outras pretensões resistidas<sup>54</sup>. Além desse, o acesso à justiça em sua concepção substancial<sup>55</sup> também é amparado por nesse novo regramento processual constitucional na medida em que propõe uma prestação jurisdicional adequada e que efetive a aplicação desses mencionados princípios decorrentes do devido processo legal.

Com efeito, a litigância repetitiva ainda gera outra consequência prejudicial ao sistema jurídico, qual seja, impactos econômicos à atividade jurisdicional, haja a vista a necessidade de manutenção da máquina judiciária no que tange a sua estrutura, interna e terceirizada, para comportar a massificação dessas demandas. (CAVALCANTI, 2016, p. 153)

Nesse contexto, como outrora se analisou, a própria judicialização atomizada<sup>56</sup> se apresenta como o principal fator desencadeante da repetitividade de processos e na consequente violação da cláusula do devido processo legal e do efetivo acesso à justiça. E, em razão da imediata congruência entre questões jurídicas homogêneas e a litigância seriada<sup>57</sup>, essas pretensões poderiam ser julgadas em bloco, seja por uma demanda coletiva ou pelo próprio IRDR, por exemplo. Assim, o IRDR terá sua legitimidade confirmada quando efetivamente concretizar esses ditames constitucionais que se fizeram norte quando pensados para o direito processual civil brasileiro<sup>58</sup>.

Entrementes, não obstante o IRDR ter sido esculpido com base nesses ditames constitucionais mencionados, essas finalidades não são capazes de retirar, *de per si*, as eventuais violações a outras espécies da cláusula do devido processo legal (como o contraditório, por exemplo<sup>59</sup>) e a outros dispositivos constitucionais, pois, como mencionado, as intenções positivas do legislador ordinário não retiram o ônus de observar a Constituição como núcleo central e único dentro do sistema normativo, afinal, segundo Barroso (2015, p. 334), a carta cidadã é resultado de uma manifestação especial de vontade popular. Nessa

---

<sup>54</sup> Essa mesma interpretação é extraída da obra de Temer (2016, p. 40-41) quando fundamenta e contextualiza as demandas repetitivas.

<sup>55</sup> Segundo Cavalcanti (2016, p. 156-157), essa finalidade do acesso à justiça não está associada a acessibilidade do Poder Judiciário a todos (aspecto formal), mas sim a um acesso adequado e qualificado.

<sup>56</sup> A terminologia, inicialmente empregada por Watanabe, é também referendada por Cavalcanti (2016, p. 149-150) para caracterizar os conflitos judicializados individualmente, contrapondo-se aos litígios em uma configuração molecular, ou seja, judicializados coletivamente.

<sup>57</sup> Cavalcanti (2016, p. 150-151) explica que “onde houver a disseminação repetitiva de processos, necessariamente haverá homogeneidade fática e/ou jurídica entre as questões ali versadas”.

<sup>58</sup> Essa afirmação *ad futurum* foi inserida dessa forma em razão da atual inexistência de entendimento jurisprudencial a respeito do IRDR.

<sup>59</sup> Exemplo dado também na obra de Cavalcanti (2016, p. 155), ao explicar os fundamentos constitucionais do incidente.

hipótese, diante da presunção relativa de constitucionalidade das leis, a partir de agora serão apontadas algumas inconstitucionalidades das propostas do IRDR veiculadas pelo CPC/15.

## **5.2 O Sólido Argumento de Inconstitucionalidade do IRDR: sua autoincoerência e desconformidade com a Constituição Cidadã**

Aprioristicamente cabe observar que o IRDR possui subsídios suficientes para, junto com as demais técnicas de processamento e julgamento das demandas repetitivas<sup>60</sup>, ensejar uma completa regulamentação da problemática coadunada à litigância seriada. Ao revés, caso seja aplicado fora dos padrões constitucionalmente adequados, demandaria riscos ao sistema decisório e à essencialidade da hermenêutica no desenvolvimento da decisão<sup>61</sup>. Nessa ordem, não se defende a completa incompatibilidade do instituto com a carta cidadã, entretanto, não há como negar as flagrantes inconstitucionalidades que inquinam o mecanismo.

Dentro desse campo de inobservância aos ditames constitucionais, Cavalcanti (2016, p. 365) aponta cinco pontos críticos que demonstram inconstitucionalidades e obstam a aplicação do IRDR, quais sejam, a evidente ausência de previsão constitucional no que tange à eficácia vinculante da tese jurídica fixada, violação ao contraditório, ao direito de ação, ao sistema de competências do STF e do STJ no julgamento de recurso extraordinário e recurso especial, além da incidência direta nos processos que tramitam no microssistema dos juizados especiais.

É possível perceber de imediato uma face anti-hermenêutica do IRDR e uma flagrante violação à independência funcional dos magistrados, à separação de poderes e à reserva legal. O CPC/15 expandiu consideravelmente a aplicabilidade vinculante das decisões judiciais no intuito específico de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente<sup>62</sup>. E, para garantir que esses vetores possuam visualização clara e efetiva dentro do contexto processual, o art. 927<sup>63</sup> do mesmo diploma elenca um rol de dispositivos que obrigatoriamente deverão ser observados por juízes e tribunais, incluindo nesta previsão os

---

<sup>60</sup> Cavalcanti (2016, p. 154), ao abordar esse mesmo pensamento aduz que: “O texto aprovado consagrou e aprimorou o regramento das técnicas de coletivização já existentes no direito brasileiro, tais como a improcedência liminar do pedido, a repercussão geral, os recursos repetitivos, etc.”

<sup>61</sup> Abboud e Cavalcanti (2015), apontam os principais pontos que acarretam no risco ao sistema decisório.

<sup>62</sup> É bastante comum na doutrina a menção a essas finalidades associadas ao IRDR. Cavalcanti (2016, p. 335) atribui esses objetivos às intenções do art. 926 do CPC/15.

<sup>63</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

acórdãos proferidos em IRDR, configurando, segundo Cavalcanti (2016, p. 336) em uma “tendência desmesurada à hipertrofia das decisões dos tribunais, com sua imposição vinculante aos juízes de hierarquia inferior”.

Neste ponto é necessário atentar que, levando em consideração o paradigma pós-positivista da norma jurídica, o precedente judicial (resultado do IRDR, portanto) corresponde ao programa normativo que preexiste à problematização do caso concreto, ou seja, é apenas texto normativo abstrato que necessita de construção interpretativa associada ao contexto social para só depois ser compreendido dentro do processo estruturante da norma jurídica. Desta feita, os precedentes seriam um ponto de partida para a resolução da lide, sob pena de se igualar muito mais à súmula vinculante do que ao *stare decisis* do *common law*, porém com uma sobrecarga: sem previsão constitucional, atestando, assim, sua inconstitucionalidade<sup>64</sup>.

Segundo Cavalcanti (2016, p.367) “até mesmo as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato pela mais alta corte do país (o STF) precisaram de previsão expressa que lhes atribuisse efeito vinculante”. Ora, a patente essencialidade de previsão constitucional para a expansão de decisões judiciais se mostra presente até mesmo nos processos incidentais de inconstitucionalidade, que uma vez declarada inconstitucional pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, será remetida para o Senado Federal para que, nos termos do art. 52, X, da CF/88<sup>65</sup>, possa haver a suspensão da lei no todo ou em parte<sup>66</sup>.

Além disso, a título de exemplo, para a completa compatibilidade com a Constituição Federal, a criação de enunciados com efeito vinculante (103-A da CF/88<sup>67</sup>) necessitou de manifestação do poder constituinte derivado reformador (EC 45/2004) para que pudesse ser

---

<sup>64</sup> Cavalcanti (2016, p. 328), ao adentrar na temática da interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes, explica a transição do positivismo normativo de Kelsen para o paradigma pós-positivista inicialmente formulado por Friedrich Muller. Nesse sentido ainda explica que “a norma jurídica não é pré-existente, não é abstrata e somente deve ser compreendida quando problematizada diante do caso concreto no qual será aplicada após complexa atividade interpretativa que envolve a junção do programa normativo e do âmbito normativo. A interpretação, compreensão e aplicação da norma jurídica são atos que ocorrem simultaneamente diante da problematização de um caso concreto. Por isso é equivocado dizer que primeiro decide para depois buscar o fundamento da decisão. Essa conduta constitui em verdadeira arbitrariedade do intérprete”.

<sup>65</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

<sup>66</sup> Lenza (2012, p. 277) explica que a expressão “no todo ou em parte” deve ser interpretada como sendo impossível o Senado ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF.

<sup>67</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

aplicada no ordenamento jurídico. No caso do IRDR, no entanto, a tese jurídica vinculante não possui previsão constitucional<sup>68</sup>.

Com relação ao IRDR, pairou entendimento no sentido de que não seria necessária a manifestação do poder constituinte derivado reformador, como fora feito com a súmula vinculante, pois somente essa afetaria diretamente a Administração Pública. Porém, de acordo com os ditames de Cavalcanti (2016, p. 371) “esse entendimento é absolutamente inconsistente. Tanto a súmula vinculante quanto o IRDR irão atingir a administração pública se ela for destinatária do comando normativo”<sup>69</sup>.

Desta feita, a falta de previsão constitucional no que tange ao efeito vinculante viola a independência funcional do magistrado e a reserva legal, sendo nesse ponto, plenamente inconstitucional<sup>70</sup>.

Já à ausência de controle da representatividade adequada acarreta inevitavelmente em violação ao princípio do contraditório, pois uma vez que se trata de mecanismo fiscalizatório da adequada defesa em sede de IRDR, tanto as partes representativas quanto o patrono constituído deverão passar por essa importante análise de representação adequada, sob pena de ser desqualificada e implicar na vinculação dos demais processos suspensos<sup>71</sup>.

Segundo Cavalcanti (2016, p. 373) “os objetivos da regra são: a) evitar ou minimizar a possibilidade de conluio entre as partes; b) assegurar uma conduta robusta da parte representativa e do advogado do grupo na defesa dos direitos coletivos; c) garantir que se levem ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros do grupo”.

---

<sup>68</sup> Como forma de embasar o argumento de inconstitucionalidade do efeito vinculante do IRDR, Cavalcanti (2016, p. 368-369) aborda a análise realizada pelos tribunais brasileiros no que tange ao *prejulgado*, que tinha finalidade análoga ao do IRDR. O doutrinador cita ainda Sérgio Ferraz (1970), que explica em sua obra: “No processo comum, o *prejulgado* assume a natureza jurídica de um incidente processual, suscitado no julgamento de um recurso, com vistas ao acerto preliminar de uma tese jurídica, antes de aplicá-lo ao caso que sugeriu sua adoção. Essa característica – incidente prévio ao julgamento – é afirmada pela mais autorizada doutrina”. Ainda segundo Cavalcanti, “o STF, no exame da Representação 946/DF, entendeu que o art. 902, §1º, da CLT, o qual dava força normativa geral às decisões do TST, não havia sido recepcionado pela Constituição de 1946. Nas palavras do Ministro relator, Xavier de Albuquerque, *salvo exceções expressamente previstas na Constituição*, é vedado a delegação de poderes”. E complementa: “No mesmo caminho, o TSE, no julgamento do REsp 9.936/RJ, também apreciou a constitucionalidade do *prejulgado* previsto no art. 263 do Código Eleitoral. Na ocasião, o TSE declarou, em controle difuso, a inconstitucionalidade do instituto. Para o relator do recurso, ministro Sepúlveda Pertence, o *prejulgado* eleitoral conflita com a Constituição porque “dá ao precedente judicial força de lei, o que viola o princípio de separação funcional de poderes. (...) É tão violenta a força vinculante que o *prejulgado* pretende, que ele é maior do que a força obrigatória da lei”.

<sup>69</sup> Para atestar a afirmação, Cavalcanti (2016, p. 372) lança o seguinte questionamento: “se a questão jurídica a ser dirimida no incidente for referente a um tributo federal ou municipal, o julgamento não atingiria respectivamente a União e os Municípios? Obviamente que sim. Se a Administração Pública não observar a tese jurídica firmada em IRDR, o particular poderá ingressar em juízo com sua demanda e requerer, inaudita altera parte, a concessão de tutela provisória de evidência (art. 311, II, do CPC/15)”.

<sup>70</sup> Cavalcanti (2016, p. 372) corrobora com esse pensamento.

<sup>71</sup> Cavalcanti (2016, p. 374), compactuando com essa linha de raciocínio, explica que “mesmo após o julgamento final de uma ação de classe, as decisões judiciais podem ser atacadas sob o argumento de que a representatividade dos interesses da classe foi inadequada”.

Porém, é possível notar que o real motivo que enseja a importância da representatividade adequada dentro do ordenamento jurídico é a o necessário respeito à cláusula do devido processo legal, pois os membros ausentes do grupo<sup>72</sup> serão afetados diretamente pela vontade das partes representativas do incidente.

Hodiernamente, o princípio constitucional do contraditório recebeu uma outra feição, abrangendo, além daquela finalidade única de informação e de reação, uma outra pautada na participação no desenvolvimento e no resultado do processo. Esse princípio deve assegurar uma participação mais paritária e de forma ativa e efetiva<sup>73</sup> na formação da tese jurídica vinculante.

Apesar dessa evidente necessidade de representatividade adequada, o sistema processual brasileiro não aceita a tese do controle da representatividade adequada. O IRDR veiculado pelo CPC/15, dessa forma, assume uma posição de inobservância a essa medida e indica que a tese jurídica deverá vincular todos os processos repetitivos individuais e coletivos, pendentes e futuros<sup>74</sup>. Destarte, diante dessa possibilidade de que decisão desfavorável, na via de tese jurídica, vincule processos repetitivos, é necessária a observância do princípio do contraditório aos litigantes abrangidos pelo incidente<sup>75</sup>. Além disso, segundo Cavalcanti (2016), o CPC/15 não assegura que a causa representativa seja a mais adequada e representativa da controvérsia, podendo assim deixar de analisar diversos argumentos para o desenvolvimento de uma tese jurídica correta.

Conclui-se assim que, sem critérios específicos que atestem a maturação da causa e a representatividade adequada das partes e advogado, o instituto paira no vazio da inconstitucionalidade.

A violação ao direito de ação é uma consequência lógica da ausência de previsão do direito de autoexclusão, haja vista a completa vinculação do IRDR. Nestes termos, o CPC/15 desautoriza o particular de caminhar individualmente com sua demanda, acarretando, por via reflexa, em restrição ao direito de ação, pois como é sabido a suspensão dos processos

---

<sup>72</sup> Esse termo repousa na obra de Cavalcanti (2016, p. 373).

<sup>73</sup> Cavalcanti (2016, p. 375), ao afirmar essa tese, explica que: “É, em suma, o direito de influência que a parte pode exercer perante o juízo com a finalidade de obter uma decisão que lhe seja favorável”.

<sup>74</sup> Cavalcanti (2016, p. 382), ao concluir esse pensamento, aduz que “não somente a decisão favorável, mas também a desfavorável, alcança com força vinculante todos os processos repetitivos. Essa determinação do NCPC viola flagrantemente a cláusula do devido processo legal e o princípio do contraditório”.

<sup>75</sup> Cavalcanti (2016, p. 383) aduz que “é possível extrair do NCPC a norma no sentido de que, não somente as partes da causa pendente no tribunal, mas as partes de qualquer demanda poderão suscitar e participar do IRDR. Acontece que tais interessados nem sempre terão condições de realizar a defesa adequada dos interesses em jogo”.

pendentes no limite jurisdicional do Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal, não admite a possibilidade de a parte se manifestar subjetivamente no intuito de se autoexcluir<sup>76</sup>.

Segundo Cavalcanti (2016, p. 388), o CPC/15 apenas regulamenta a possibilidade de desistir da ação no juízo *a quo*, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo IRDR. Além disso, o regramento processual autoriza que a parte comprove de forma fundamentada que seu caso é perfeitamente distinto da questão comum discutida no IRDR. Ora, é inadmissível que o CPC/15 não autorize a parte a demandar individualmente, ou seja, fora do procedimento do IRDR. É necessário que a lei processual civil assegure ao demandante o direito de opção, pois essa escolha é decorrente do direito fundamental de ação. Não cabe ao legislador ordinário estabelecer restrições a direito constitucionalmente assegurado e, pior, com previsão de vinculação absoluta.

É necessário atentar que o problema estrutural de abarrotamento do Poder Judiciário no tocante à infinidade de demandas ajuizadas não pode justificar a violação à Constituição Federal, mais especificamente no tocante ao direito de ação<sup>77</sup>. Desse modo, para rechaçar violação ao direito de ação, é necessário que o CPC/15 assegure às partes o direito de não participarem do julgamento do IRDR.

Noutro termo, ainda é possível perceber a clareza da violação à competência dos juizados especiais. Segundo Cavalcanti (2016, p. 391), a inconstitucionalidade paira sobre a possibilidade de a tese jurídica vinculante decorrente do IRDR incidir diretamente sobre os processos pendentes no juizado especial – em razão da previsão do art. 985, I, *in fine*, do CPC/2015<sup>78</sup> –, pois “o próprio STF já deliberou, por diversas vezes, que os juizados não estão submetidos aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, pois seus magistrados não são subordinados às suas decisões<sup>79</sup>. Portanto, segundo o autor, a eficácia suspensiva e a aplicação vinculante da tese jurídica aos processos em tramitação nos juizados

---

<sup>76</sup> Cavalcanti (2016, p. 386) aborda essa mesma perspectiva em sentido semelhante e complementa que “em terrenos processuais mais democráticos, a KapMug permite que os litigantes individuais, antes da decisão paradigma, peçam desistência da demanda (uma forma de opt-out), para não serem atingidos pela decisão. No NCPC não consta essa possibilidade. A vinculação é absoluta, cega ao fato e cronofóbica”.

<sup>77</sup> Essa linha de pensamento possui autoria, pois Cavalcanti (2016, p. 390) assim também estabelece em sua obra e complementa: “Em uma democracia, a Constituição obrigatoriamente deve valer, ou seja, ter força valorativa. Essa normatividade não pode ser afastada por razões pragmáticas por mais graves que elas sejam. Da mesma forma que uma lei não pode esvaziar o direito à educação, saúde, creche, previstos na Constituição, pela alegação de que o Poder Público brasileiro não tem condições de fornecê-los adequadamente para toda a população, o NCPC não pode esvaziar o direito de ação do cidadão sob o argumento de que o Judiciário não consegue absorver a quantidade de ações apresentadas. A lei inconstitucional não deixa de conter a inconstitucionalidade porque a realidade infelizmente é inconstitucional”.

<sup>78</sup> Cavalcanti (2016, p. 391) aborda ainda o Enunciado 93, cuja redação é a seguinte: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”.

<sup>79</sup> STF, Pleno, RE 586789-PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011.

especiais do respectivo Estado ou Região são inconstitucionais, já que não há vinculação entre juízes de Juizado Especial e TJ's ou TRF's (CAVALCANTI, 2016). Assim, até por força de entendimentos jurisprudenciais que poderiam ser utilizados como referência<sup>80</sup>, parece evidenciar-se, com clareza, a inconstitucionalidade do dispositivo que autoriza essa vinculação.

Por fim, ainda é possível perceber uma quinta inconstitucionalidade que está relacionada aos recursos especial e extraordinário contra julgamento abstrato (fixação de tese jurídica), pois segundo consta do art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição Federal, compete ao STJ e STF, respectivamente, julgar as *causas decididas* em única ou última instância, pelo TJ ou TRF, do Distrito Federal e Territórios. Desta feita, como outrora foi demonstrado, no IRDR não há causa decidida, tendo em vista a abstratividade do seu julgamento, que só fixará a tese jurídica vinculante. Desta forma, o art. 987, §§1º e 2º do CPC/15 viola frontalmente a carta cidadã<sup>81</sup>.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que os entendimentos externados pela via do CPC/15 apresentam grandes avanços para o sistema processual brasileiro, pois foram pensados para conduzir a uma racionalização das atividades jurisdicionais, impondo coerência, economia processual e celeridade, além de evitar que os provimentos finais resultantes da dialogicidade do novo processo civil sejam díspares com o de outro caso similar. Assim, o IRDR, dentro dessa sistemática, surge como mecanismo que promete laborar com a necessária higidez e coerência das decisões judiciais, para que todas possuam entre si uma ligação integrada e, por consequência, evitando exageros hermenêuticos.

Entrementes, as interpretações constitucionais que conduziram as formulações dessas intenções do legislador ordinário no que tange ao IRDR e a inobservância dos principais aspectos do procedimento modelo alemão, confirmam o alerta de perigo ao sistema processual pátrio, uma vez que sua aplicabilidade, nos moldes aqui apresentados, demandaria em flagrante inconstitucionalidade.

---

<sup>80</sup> STF, Tribunal Pleno, CC 7081/MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.08.2002, PP 00117.

<sup>81</sup> Novamente, parece relevante citar o entendimento de Cavalcanti (2016, p. 396) que ao compactuar com essa linha de pensamento, complementa que “o cabimento de recurso especial e extraordinário contra decisão de mérito do IRDR é inconstitucional por *não haver*, na hipótese, qualquer causa decidida, mas apenas fixação de tese jurídica (julgamento abstrato). Exatamente por esse motivo que o STF não permite o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão de plenário ou de órgão especial que decide incidente de arguição de inconstitucionalidade. Segundo entendimento do STF, o recurso extraordinário somente é cabível, posteriormente, contra acórdão que aplica a tese jurídica ao caso concreto”.

Além disso, ao utilizar a doutrina dos precedentes como forma de aprimorar a lei processual anterior, o CPC/15 atribui ao IRDR a condição de ser precedente por excelência no intuito de estabilizar e unificar o entendimento jurisprudencial, porém eles devem ser o primeiro passo na caminhada rumo à resolução da pretensão resistida. Neste ponto, o regramento processual civil hodierno, ao importar o *stare decisis* do *common law*, não atenta para essa peculiaridade, pois para os países que possuem influência do sistema *civil law*, a finalidade dos precedentes se resume a resolver casos pendentes e futuros como norma plenamente acabada, porém, como visto, é o paradigma pós-positivista da norma jurídica que deve nortear a interpretação dos precedentes.

Ora, concordando plenamente com a conclusão de Cavalcanti (2016, p. 410), a qualidade da decisão no Brasil não deve ser encarada como um problema adstrito somente à inobservância da doutrina dos precedentes, mas também em virtude do desrespeito a determinados dispositivos constitucionais, como o art. 5º, XXXV, e o art. 93, IX. Na verdade, a tese jurídica vinculante está empregada no texto processual como norma jurídica pronta e acabada, configurando-se como padrão decisório de aplicabilidade obrigatória nos casos concretos.

Em linhas finais, diante de todas as inconstitucionalidades apontadas nesse estudo, a eficácia vinculante ganha notório destaque na medida em que esse tipo de mecanismo não pode ser instituído por lei infraconstitucional, pois a obrigatoriedade de observância de provimentos vinculantes, em especial a tese jurídica vinculante, deve estar prevista na Constituição Federal, sob pena de grave violação à independência funcional dos magistrados e à própria separação de poderes.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo** 2015. RePro 240. vol. 240/2015 | p. 221 - 242 | Fev/2015 DTR\2015\808. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br>>. Acesso em 15 out 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **As novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. III. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 45-69.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318-319.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de juristas responsáveis por elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo** 2014. vol. 231/2014 | p. 201 - 223 | Mai / 2014 DTR\2014\1789. Disponível em: < <https://disciplinas.stoa.usp.br> >. Acesso em 29 out 2016.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br>>. Acesso em: 28 de outubro 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 146-183.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *Common law, Review e Stare Decisis: uma abordagem história do sistema de controle de constitucionalidade Anglo-Americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos**

**precedentes:** estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 15-40.

PORTES, Maira. Eficácia *erga omnes* e coisa julgada: aspectos da jurisdição constitucional brasileira. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes:** estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 415-437.

RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos Rodrigues. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz do direito alemão. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VIII. p. 93. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 28 outubro de 2016.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O “incidente de resolução de demandas repetitivas” e a introdução do group litigation no Brasil: avanço ou retrocesso. 2010. s/n. Trabalho (Pós graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://uspbr.academia.edu>>. Acesso em: 28/10/16.

STRECK, Lênio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. **Viva o common law! Coluna Senso Incomum**. Portal Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

SIMÃO, Lucas Pinto. **O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)**. Disponível em <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 15 out 2016.

## **A (UN)CONSTITUTIONALITY THE DEMANDS REPETITIVE RESOLUTION INCIDENT IN LAW CIVIL ADJ: A CUT ON PROVISIONSES BINDING AND THEIR APPLICABILITY**

### **ABSTRACT**

The present article has as object of study the incident of resolution of repetitive demands - IRDR - under a constitutional view analyzing the contours that justify the applicability of the legal thesis binding and other peculiarities, besides going by the influence of the common law in the patrimony. The main focus is on the critical analysis of the constitutionality control in Brazilian law and associated with the expansiveness of the IRDR and the arguments that support the constitutionality and unconstitutionality of the institute. Using the dialectical method, it brings a qualitative research, eminently bibliographical, and seeks to reflect on the insertion of this institute in the Code of Civil Procedure - CPC / 2015 - considering its importance and the clear legislative intention to optimize the process, but raising and

provoking Debates about possible vices related to its compatibility with the Federal Constitution.

**Keywords:** IRDR. Previous Binding. Binding Thesis. Control of constitutionality. Code of Civil Procedure.