



O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE CIVIL PROCESS CODE AND THE SUSTAINABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Franchesco Maraschin de Freitas¹

Lucas Carini²

RESUMO: Tratar a racionalidade do direito processual condiz com a verificação de atrelar os Direitos Fundamentais à sua efetivação. Isto é, se é possível ter um direito apenas voltado aos procedimentos ao invés de contemplá-lo juntamente com os Direitos Materiais. Desta forma, chegou-se a problemática se o artigo 8º do Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas têm o condão de retificar a racionalização impregnada no Direito Processual e contemplar os Direitos Fundamentais? Foram postuladas duas hipóteses contrapostas para essa problemática. Tem-se como objetivo demonstrar que a Dignidade da Pessoa Humana e a não racionalização do direito processual são essenciais para a concretização dos preceitos constitucionais, devendo o aplicador da Lei fazer uma análise totalitária dos Direitos, tanto procedimental quanto material. Como método de pesquisa foi utilizado o Categórico e o Conceito Operacional. Chegou-se a conclusão de que o Direito processual foi inovador em seu artigo 8º, todavia, no momento que contempla o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não consegue concretizar de forma efetiva os Direitos Fundamentais.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais; Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: Treating the rationality of procedural law is consistent with the verification of linking Fundamental Rights to its effectiveness. That is, whether it is possible to have a procedural right rather than contemplating it together with the Material Rights. In this way, the question has arisen whether Article 8 of the New Code of Civil Procedure and the Incident of Resolution of Repetitive Demands have the right to rectify the rationalization impregnated in the Procedural Law and to contemplate the Fundamental Rights? Two conflicting hypotheses have been postulated for this problem. The objective is to demonstrate that the Dignity of the Human Person and the non-rationalization of procedural law are essential for the implementation of constitutional precepts, and the applicator of the Law must make a totalitarian analysis of

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED - bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (2012). Professor das Faculdades João Paulo II. Professor convidado no curso de pós-graduação do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo. E-mail: freitas.franchesco@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Faculdade IMED - Passo Fundo/RS, 2018. Pós-graduado em Direito Educacional pela Faculdade Unyleya do Distrito Federal (2017). Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014). Latim Legum Magister - L.L.M em Direito Empresarial em andamento pela Fundação Getúlio Vargas, 2017. E-mail: lucas@guedesadvocacia.com.br.



the Rights, both procedural and material. As a research method, the Categorical and Operational Concept were used. It was concluded that procedural law was innovative in its Article 8, however, when contemplating the Incident of Resolution of Repetitive Demands can't effectively implement Fundamental Rights.

Keywords: Fundamental rights; Incidents of Resolution of Repetitive Demands; New Civil Process Code.

INTRODUÇÃO

A racionalidade sempre foi o adjetivo que o Direito Processual foi/é tratado, servindo apenas para demonstrar às partes litigantes e ao juiz os procedimentos adequados para satisfação dos direitos materiais pleiteados. Ou seja, o papel do processo era exclusivo na procedimentalização dos atos judiciais.

O Novo Código de Processo Civil tratou de (tentar) reverter essa moléstia que acobertava o Direito Processual brasileiro. No seu artigo 8º tratou de descrever que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve pautar-se pelo atendimento dos fins sociais e no resguardo e promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais tratou de trazer a inovação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que visa (i) dar celeridade à prestação jurisdicional, (ii) reduzir as demandas judiciais e (iii) gerar uniformidade na jurisprudência dos Tribunais.

Nesse ponto surge o problema de pesquisa: O artigo 8º do Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas têm o condão de retificar a racionalização impregnada no Direito Processual e contemplar os Direitos Fundamentais? A primeira hipótese é de que a Dignidade da Pessoa Humana é pressuposto absoluto para modificação interpretativa de qualquer direito, seja o material ou o processual e que o Incidente contempla a concretização dos Direitos Fundamentais. Como segunda hipótese verifica-se que o artigo 8º proporciona uma retificação da racionalização processual desde que devidamente aplicada pelo judiciário e que o Incidente prejudica a devida aplicação dos Direitos Fundamentais ao caso prático objeto do litígio visto não analisar de forma individual cada lide avençada ao judiciário.

Como objetivo tem-se por necessário demonstrar que a Dignidade da Pessoa Humana é essencial para concretização dos preceitos constitucionais,



devendo o aplicador da Lei fazer uma análise totalitária dos Direitos, tanto procedimental quanto material. Ademais, outro objetivo é demonstrar a (in)devida existência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para com a evolução da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais.

O trabalho desenvolvido, tendo como técnica de pesquisa a Categórica e o Conceito Operacional³, concentrando-se na pesquisa bibliográfica, com a verificação e aprofundamento das doutrinas relacionadas ao assunto.

Os temas são envolvidos entre si, sendo que a razão de existir do Estado Democrático de Direito é a Dignidade da Pessoa Humana e a concretização dos Direitos Fundamentais, devendo o próprio Estado ser supervisor, guardião e provedor deste conceito intrínseco ao Ser humano pelos seus Poderes.

1 O Novo Código de Processo Civil e alguns pontos relevantes para com os Direitos Fundamentais e o contraponto racionalista

O jusracionalismo moderno traz em si a herança do jusnaturalismo da antiguidade. Contudo, não se deve esquecer que a corrente voluntarista, proveniente de Hobbes e demais herdeiros do nominalismo de Ockham, exerceu inocultável predomínio na formação dos sistemas processuais modernos. Ademais, os elementos da filosofia jurídica greco-romana também foram preservados pelo jusracionalismo moderno à custa de sua submissão aos princípios formadores da nova ordem filosófica (NOVAIS, 2010, p. 68).

O racionalismo moderno privilegiou apenas a “justiça comutativa” de Aristóteles como forma de justiça, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da “justiça distributiva”, cuja representa o componente revolucionário do Direito. Consequentemente, o novo ordenamento jurídico concebido, como sistema de segurança legal, priorizou esta forma revolucionária de justiça (NOVAIS, 2010, p. 68).

³ A Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. Na realidade o próprio rol de Categorias é estabelecido para facilitar o entendimento da pesquisa e de seu relato e, portanto, requer segurança, a qual lhe será conferida pela busca de um consenso, qual seja a ideia de que a Dignidade da Pessoa Humana é elementar tanto para o direito material quanto o direito processual, ou seja, partindo-se de comandos jurídicos (art. 8º, da Lei 13.105/2015) é buscado na pesquisa a elaboração de um Conceito mais adequado à realidade jurídico-social processual.



A influência racionalista sobre o Direito Processual Civil tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Esse ponto foi o fulcral da eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor de uma racionalidade das “verdades claras e distintas” de Descartes, “que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico” (NOVAIS, 2010, p. 69).

Ressalta-se: nossa ordem jurídica pode ficar estagnada no campo, apenas, da dogmática? Na visão de Piero Calamandrei, sim. O direito processual serve apenas como aparato legislativo para eficácia jurídica de um ato, ou seja, o ato deve ser realizado de modo e na ordem que a lei (Direito Processual) “estabeleceu de uma vez para sempre”. Para o autor, verificasse a imutabilidade do Direito Processual. A regulamentação das formas processuais serve, substancialmente, como “uma espécie de metodologia fixada pela lei para servir de guia a quem queira pedir justiça; quase, seria possível dizer, o manual do litigante, que lhe ensina como se deve comportar com o juiz para ser ouvido por este” (CALAMANDREI, 2003: 268).

Nessa senda, sendo o direito processual moderno, como disciplina abstrata, que independe de experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esse legado deixado é o que se tem que exorcizar se quisermos libertar de seu jogo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É essa a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos dos sistemas, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura (NOVAIS, 2010, p. 79).

Não existe uma resposta certa para o Direito. Todavia, podem-se indicar caminhos que permitam melhor articular a prática jurídica/política nas sociedades contemporâneas, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana (SILVA, 2012, p. 284).

1.1 Interpretação do Direito Processual. Existe?



A garantia e a afirmação da Dignidade da Pessoa Humana é um direito imediatamente aplicável. Essa “determinação”, para o direito alemão, foi fundamental para formulação do artigo 1º, inciso 1, 2ª parte, da Lei Fundamental, que trata dos deveres de todo o poder estatal, e, de forma indireta, do artigo 79, inciso 3, da Lei Fundamental, “que exclui os ‘princípios fundamentais’ rígidos do art. 1º de qualquer alteração constitucional” (STARCK, 2013, p. 199), tornando tal, destarte, direito vinculante de todas as Leis, inclusive, vinculante ao legislador constituinte reformador.

A expressão “princípio” utilizada pela Lei Fundamental alemã, não significa um enfraquecimento ou privação da normatividade da garantia da Dignidade, mas especifica que só o essencial é garantido. Independentemente de qual caráter jurídico-subjetivo a ser questionado, o dever de todo o poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) de proteger a Dignidade Humana acima de qualquer imperativo, pertence aos “princípios constitutivos estruturantes” (STARCK, 2013, p. 217). A obrigação existente contém uma premissa do direito objetivo cujo normatiza jusfundamentalmente a relação entre Estado e indivíduo, no que derivam, por óbvio, deveres para os poderes estatais.

A norma da Dignidade da Pessoa Humana é imperativa para toda ordem jurídica receptiva ao Estado Democrático de Direito. “Todo o Direito deve estar vinculado à insígnia da dignidade do homem, todas as normas devem ser colocadas, tanto na sua (...?) formulação como na sua aplicação, em consonância com esse princípio supremo” (STARCK, 2013, p. 220). Como há o dever de proteção da Dignidade Humana, o Estado deve garanti-la contra si e contra terceiros, e essa proteção só será eficaz se for assegurada pela ordem jurídica nos seus pormenores. Ou seja, deve haver a transposição normativa da garantia à Dignidade.

É imperioso salientar que a função jurisdicional, e por implicação, a jurisdição, “não é apenas a expressão de um poder ou instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele escolhido, mas, sobretudo, a atividade dirigida e disciplinada pela norma jurídica, em especial os direitos e garantias fundamentais” (STAFFEN, 2012, p. 68).



Para constituição do Direito como instrumento democrático é indispensável discutir casos práticos, evidenciando a problematidade essencial ao fenômeno jurídico, de modo que o direito abandone o dogmatismo para se lançar na dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a natureza de ciência da compreensão e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial (SILVA, 2006, p. 37).

Se uma Constituição acolhe o catálogo destinado à proteção dos Direitos Humanos em sua Carta, quais as conseqüências para a sociedade, entes públicos e para a ordem jurídica?

Após a consagração dos Direitos Humanos na Constituição, tornou-se comum uma interpretação hermenêutica mais favorável à maximização desses direitos, o que se fez de forma imatura, leia-se não suficiente maturada, corre-se o risco da argumentação política ser fundada equivocadamente na simplificação de quanto mais, melhor, ou seja, todas as atitudes que conduzem a realização dos Direitos Fundamentais são boas.

No plano jurídico-constitucional há opções para não incorrer nesse enleio como, por exemplo, eficácia limitada ou eficácia plena das normas sociais; aplicabilidade direta ou mediata; relevância da reserva do possível afetando especificamente os direitos sociais ou desvalorização dessa especificidade; entre outros. Assim se chega, pois, à conclusão de que quando é enquadrado o rol dos Direitos Humanos na Constituição, isso significa a possibilidade de ação judicial contra o Estado reivindicando a prestação fundamental/social em causa e, ademais, a possibilidade do juiz decidir sobre a viabilidade independentemente de prévia autorização orçamentária - quando se tratar de um "direito positivo" - por parte do órgão competente para tanto (NOVAIS, 2010, p. 25-26).

Na concepção de Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 65-66), o autoritarismo ocultado sob o dogmatismo, foi o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil, como ciência formal e abstrata. Do mesmo modo que as verdades matemáticas eram absolutas, quiseram absolutizar as instituições processuais, separando-as de seus compromissos históricos, o que as



relativizaria, situação em que o capitalismo nascente – exigente com a segurança jurídica – não poderia tolerar.

O modelo decisório clássico racionalista (individual-liberal-normativista) vem se mostrando impotente para solução das demandas hodiernas, visto que a expansão da constitucionalização e da democratização se tem implicado em uma progressiva institucionalização do direito na vida social (STAFFEN, 2012, p. 49).

2 A concretização dos Direitos Fundamentais e o acesso à justiça: o Novo Código de Processo Civil e a(s) resposta(s) existente(s) para Dignidade da Pessoa Humana em matéria processual – Artigo 8º: como concretizá-lo?

Com o descompromisso do Estado Liberal para com os aspectos sociais - haja vista ser fundado apenas na igualdade formal -, fez-se nascer o reconhecimento da igualdade social - ou seja, uma igualdade de cunho material - pelo Estado, fazendo refletir uma mudança no conceito de justiça. No Estado Liberal, a justiça é voltada apenas para cumprimento das igualdades formais, ou seja, era apenas preocupada com o cumprimento formal do processo, sem haver a necessária atenção com o cumprimento das necessidades materiais pleiteadas. A mudança fundamental foi de uma forma central, com a “justiça social”, isto é, nas palavras de Mauro Cappelletti (2002, p. 93) “com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”. Contudo, a “busca pela justiça” só poderia ser suportada por aqueles que pudessem fazer frente aos altos custos de ativação da máquina judiciária.

Essa “busca pela justiça” foi concebida fundamentalmente como um direito de defesa do particular perante os poderes públicos, sendo entendida em dupla dimensão após o reconhecimento pelos textos constitucionais, internacionais e legislativos: *“(1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros”* (CANOTILHO, 1997, p. 496), ou seja, um dever de proteção do Estado e direito do particular de exigir essa proteção.



Contudo, não basta, porém, ao contrário do que muitas vezes se julga, um poder judicial separado de outros poderes. A independência judicial postula o reconhecimento de uma “reserva de jurisdição” entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional (CANOTILHO, 1997, p. 491). Ou, conforme anota Celso Bastos quando argumenta que nenhuma lei “poderá auto excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja invocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação” (BASTOS, 2000, p. 731).

Além disso, segundo colaciona André Ramos Tavares, o acesso à justiça possui duas finalidades básicas: o sistema pelo qual se podem reivindicar direitos e/ou resolver litígios sob os auspícios do Estado (TAVARES, 2012, p. 730). Pelo primeiro, deve-se ser igualmente acessível a todos; já o segundo deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. Ou seja, em primeiro lugar é preciso analisar o direito material com o fito de saber a situação jurídica substancial que se pretende proteger judicialmente para depois analisar de forma personalíssima os meios que melhor se enquadram para sua proteção.

O princípio do acesso à justiça é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, pois de nada adiantaria um elevado rol de Direitos Fundamentais e leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, elas fossem desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância ou fosse cerceado o direito de ação, pois, a partir do momento que o Estado reivindicou para si o monopólio do uso da força – proibindo a autotutela -, assumiu o dever de assegurar a prestação jurisdicional. É da imbricação entre o direito de acesso ao judiciário e Direitos Fundamentais que resultam dimensões inelimináveis do “núcleo essencial da garantia institucional judiciária”, visto que a garantia institucional se conecta com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado (CANOTILHO, 1997, p. 497).

Mas, conforme Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2014, p. 716), o acesso à justiça é uma das três perspectivas do direito à tutela jurisdicional, sendo as outras duas a adequação da tutela e a efetividade da tutela. Ou seja,



a tutela jurisdicional tem de ser adequada para tutela dos direitos. O processo tem de ter condições de promover a realização material e o meio tem de ser idôneo à promoção do fim. Luiz Guilherme Marinoni, também entende que o acesso à justiça “não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito” (MARINONI, 2013, p. 360).

O acesso à justiça tem diversos corolários, mas possui como base um “tripé”: o dever de fundamentação das decisões judiciais, o princípio da publicidade dos atos judiciais e o princípio do contraditório. A partir do momento que o Estado passa a prestar o serviço jurisdicional, a simples possibilidade de ingressar com uma ação no Judiciário não significa que foi garantido o acesso à justiça. Caso fosse, estaríamos incorrendo no problema de que as liberdades públicas passariam a ser vistas como privilégios de alguns poucos (MARINONI, 2013, p. 631). A ação é exercida através do procedimento adequado para caso.

O acesso à justiça contempla entre seus deveres o direito de informação, obrigando o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação, o qual assegura ao acusado/defendente a possibilidade de manifestar-se nos autos sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo e; direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (MENDES, 2012, p. 279).

Nesse sentido, Eduardo Cambi (2001, p. 117) também se manifesta quando aduz que a “a garantia da ação, em uma perspectiva constitucional, compreende um complexo tecnicamente indeterminado de situações processuais ativas”, ou seja, não se assegura apenas o mero direito ao processo, mas ao processo justo. É dever do legislador estruturar o processo em atenção à adequada prestação jurisdicional e, por conseguinte, é dever do juiz de adaptá-lo concretamente, a partir da legislação, a fim de viabilizar tutela adequada aos direitos. Não é por acaso, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013, p. 725), que a efetividade da prestação jurisdicional compõe o



Assim sendo, o artigo 8º da Lei 13.105/15 é claro quando condiciona o juiz a atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” quando na aplicação do ordenamento jurídico. Como se analisa, o presente dispositivo assinala verdadeiros critérios hermenêuticos que podem condicionar a abdução da aplicabilidade de exegeses procedimentais. A possibilidade de empregar esses princípios como norteadores fundamentais de uma decisão alude probabilidade de alheamento da legalidade formal, consentindo a flexibilização da decisão mesmo perante dispositivos legais expressos.

Contudo, é sempre importante frisar a obrigação do magistrado em respeitar o artigo 93, IX e o artigo 5º, XXXV, ambos da Constituição Federal. É necessário fundamentar substancialmente a decisão pelo afastamento da Lei, devendo indicar com veemência quais e por quais motivos sua decisão buscou afastar o empenho pela Dignidade da Pessoa Humana ou promovê-la em prol de alguma das partes.

Pode-se supor não ser competência do legislador processual explicitar a essência do princípio da Dignidade Humana, por se tratar de direito próprio do plano material. Todavia, o processo é a ferramenta encarregada de acautelar os interesses do Ser humano, proporcionando-lhe meios para, na medida em que for tocado em qualquer dos seus direitos, peça guarida ao Estado. Destarte, o processo deve sofrer uma estruturação, interpretação e aplicação de forma satisfatoriamente capaz de garantir os Direitos Fundamentais oriundos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De outra banda, é abjeto ser transgredido em qualquer dos seus direitos, buscar o acesso à justiça, em razão da lentidão dos trâmites judiciais, deixar de acolher uma tutela efetiva do Estado (processo justo). Em nome da Dignidade da Pessoa Humana o cidadão merece receber uma resposta eficaz, célere e adequada do Estado quando crer-se ofendido em qualquer de seus direitos.

Na concepção de Jaqueline Mielke Silva (2012, p. 290), o processo justo significa: aplicação de princípios morais e éticos consubstanciados com a agilização na tramitação do procedimento. Essa explicitação não significa um



ações de forma autônoma. Conforme a doutrina de Enrico Tullio Liebman (1985, p. 62), percebe-se que “no sistema do direito processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie do provimento pedido”.

O presente Código deu enfoque quase que exclusivo às demandas individuais entre “Tício *versus* Caio”, não observando os conflitos de massa relativos aos direitos transindividuais como, por exemplo, o meio ambiente, o patrimônio público e a probidade administrativa. Para Teori Albino Zavascki (2008, p. 49), “as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”⁶.

É evidente que tal sistema foi moldado para atender às prestações das tutelas jurisdicionais no caso de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado (2008, p. 13). Ou seja, como regra, ninguém pode pleitear em nome próprio interesse alheio, como é verificável pelo artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973. Não eram previstos instrumentos de defesa para as tutelas coletivas desses direitos, salvo mediante o litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito à limitação, indispensável para o rápido andamento do processo.

Ademais, outras possibilidades para ampliação nos elementos da causa dizem respeito às hipóteses de intervenção de terceiros e reunião de ações por conexão ou continência; mesmo assim, porém, o processo permaneceu essencialmente individualista, com a não vinculação de grupos à autoridade da

⁶ O veto presidencial ao artigo 333 do NCPC ainda é objeto de discussão no campo doutrinário e prático, o qual permitia ao magistrado transformar ações individuais em demandas coletivas, mediante requerimento do Ministério Público, Defensoria Pública ou dos demais legitimados a propor ação coletiva, conforme critérios já estabelecidos pela lei da Ação Civil Pública e pelo CDC. O tema é divergente, pois, de um lado, seria uma importante ferramenta para a solução de litígios em massa, muito comuns nas esferas do consumidor. Tal instrumento processual possibilitaria ao Poder Judiciário propiciar soluções que atendessem à coletividade, através do julgamento de um único processo, desonerando os juízes e evitando o abarrotamento do judiciário com processos de mesmo objeto. De outro lado, para os grandes empresários essa possibilidade poderia ser prejudicial, haja vista a coletivização de demandas individuais poderia ainda mais riscos econômicos e processuais ao setor, ao encarecer os custos com processos judiciais em valores, na maioria das vezes, incalculáveis, além de dificultar o exercício do direito de defesa, visto que a produção de provas na ação coletiva possui dinâmica diferente que das ações individuais. Em meio à discussão e riscos acerca da alternativa de se coletivizar as demandas, deixou-se de lado a tendência, pois, ao se deparar com a situação da coletivização *versus* o risco econômico empresarial, a líder do executivo optou por preservar o caráter 'individualista' oriundo do Código de 1973.



coisa julgada e a ausência de previsão acerca de legitimados para a defesa de direitos transindividuais, cuja titularidade é indeterminada.

Já o Código de Processo Civil de 2015 destina um capítulo, iniciado pelo artigo 976, um novo modelo de apreciação de ações que possuam como objeto direitos individuais homogêneos: o incidente de resolução de demandas repetitivas. É considerado uma técnica que constitui uma espécie de cisão na cognição do processo, pondo o julgamento das questões comuns em demandas repetitivas para os juízes de segundo grau, gerando uma espécie de procedimento-modelo a ser seguido.

Conforme determinação do artigo 976, o cabimento de tal incidente dá-se nos casos em que há uma possibilidade de controvérsia nas decisões que versem sobre a mesma questão unicamente de direito ou nos casos de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Contudo, há de se fazer uma crítica inicial: a relevante dificuldade de dissociar as questões de direito dos fatos. Na realidade, direito e fato estão intimamente ligados, não havendo possibilidade hermenêutica de dissociá-los de uma maneira tão evidente como faz o dispositivo legal⁷.

Primeiramente, cabe destacar que essa técnica traz nítida preocupação com a multiplicação dos processos nos tribunais - um problema constante no atual Judiciário. É explícita a enorme dificuldade do Poder Judiciário em dar efetividade ao seu dever, visto o descontrolado ajuizamento de demandas, o que torna os recursos materiais e humanos insuficientes.

Para os idealizadores do Novo Código de Processo Civil, esse instrumento visa ultrapassar a mera eficácia das normas instrumentais e atingir a efetividade do processo. Nessa senda o incidente traz como finalidade uniformizar entendimentos e possibilitar a celeridade no julgamento dos processos, uma vez constituído o processo-modelo pelo segundo grau.

O efeito adjacente após a admissibilidade do incidente de resolução de demanda repetitiva é a suspensão dos demais processos, individuais e coletivos,

⁷ Para uma análise mais aprofundada entre a (im)possibilidade de cisão entre direito e fato, consultar Verdade e Consenso de Lenio Luiz Streck.



que tratem sobre tema semelhante, em toda a jurisdição competente, a depender do caso.

Os processos suspensos retornam sua tramitação após o julgamento do incidente ou no prazo de um ano sem que este tenha sido julgado. Quando houve o julgamento do incidente, o resultado deverá nortear o modo como os julgadores de primeiro grau deverão julgar. Em outras palavras, a decisão do segundo grau firma uma decisão única que irradia em todos os processos suspensos pela existência do incidente.

Alguns contrapontos surgem na análise do incidente processual: o primeiro condiz com a sistemática da suspensão, vez que através da publicização obrigatória do incidente alguns casos podem ser repetidos em diversas jurisdições no território nacional e, conseqüentemente, travar o julgamento de determinada matéria. Outro fato é relacionado à uniformização de julgamento propiciada pelo incidente e se tal uniformidade satisfaz a um modelo de processo democrático com igual solução lançada para as diversas partes. Na mesma ordem dos reflexos democráticos questiona-se, em verdade, se o incidente não obsta a aplicação do direito ao caso fático pelo juízo de primeiro grau para analisar, estudar e decidir acerca da mais adequada solução ao caso.

Apesar de todas as exposições é possível avaliar na aplicação concreta que nas ações coletivas busca-se um equilíbrio entre as partes na relação processual, conferindo legitimidade a quem, supostamente, teria melhores condições de pleitear em nome da coletividade, enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas elege um dos processos como representativos da controvérsia, sem ter previsão legal de uma preocupação com o equilíbrio na relação processual.

Ademais, no campo do incidente, a coisa julgada se limita aos processos individuais e coletivos que versem sobre a idêntica questão de direito e que tramite, apenas, na área de jurisdição do respectivo tribunal, sendo aplicado, inclusive, aos casos futuros que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal. Diferentemente, como se verá posteriormente, são os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, que são *erga omnes*, salvo exceções.



proteção desses Direitos acompanhem essas mudanças, dada a intenção de promover a mais completa proteção.

A aplicabilidade do artigo 8º do Novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de aplicar a Dignidade da Pessoa Humana como norteador fundamental de uma decisão e procedimentalização. Todavia, o novo mecanismo Incidental prejudica a devida aplicação dos Direitos Fundamentais ao caso prático objeto do litígio visto não analisar de forma individual cada lide ajuizada ao judiciário, generalizando as lides sem analisar suas particularidades, trazendo inconstitucionalidades para a esfera judiciária.

Constata-se haver uma autêntica constitucionalização do processo civil brasileiro, coeva nos demais seguimentos processuais, resguardando e promovendo a Dignidade da Pessoa Humana como valor máximo da prestação jurisdicional. As partes, os advogados e os juízes devem materializar este princípio, tornando-o eficaz em cada procedimento efetuado, de maneira não somente a promovê-lo na lide processual exclusiva, como apregoa-lo a todos os cidadãos como modelo de conduta a ser acossado por todos nas diferentes relações sociais existentes.

A despeito disso, parece-nos evidente que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve ser estudado e interpretado para que haja uma correta compreensão e aplicação considerando os parâmetros processuais constitucionais. Somente pelo estado e interpretação é que será possível uma aplicação democrática e constitucionalmente adequada do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

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. Vol. 240/2015, p. 221-242, Fev. 2015. p. 221. Acesso em Dez. 2017

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

