

O Grupo de Estudos em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (GEPC/UnB) destina-se à investigação, debate e divulgação de temas correlatos ao Direito Processual com ênfase nos desafios e mudanças institucionais promovidos pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tendo em vista contribuir com o fortalecimento e disseminação dos ideais democráticos de acesso à Justiça, participação cidadã e duração razoável do processo.

O QUE PODEMOS ESPERAR DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS?

UMA RESPOSTA POSSÍVEL A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN

WHAT CAN WE EXPECT OF THE INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS' RESOLUTION? A POSSIBLE ANSWER FROM THE LUHMANN'S THEORY OF SOCIAL SYSTEMS

Daniela Marques de Moraes²⁷⁰

Thiago Rais de Castro²⁷¹

RESUMO

Este trabalho visa delinear as possíveis contribuições e os desafios relacionados à duração processual e à justiça das decisões trazidos pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Para tanto, buscou-se uma abordagem de estudo na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Verificou-se que o IRDR não é capaz de resolver sozinho a morosidade processual brasileira, pois se trata de um problema estrutural sistêmico. Contudo, quando considerado como parte de uma política mais ampla de reestruturação do Poder Judiciário, o IRDR passa a contribuir com segurança jurídica local, com o fortalecimento da segunda instância e com a redução do tempo processual. O principal desafio existente diz respeito à representatividade das teses firmadas em IRDR. Por isso, realizou-se esforço interpretativo para compatibilizá-las com a Constituição, favorecendo a consistência sistêmica das decisões.

PALAVRAS-CHAVE: IRDR. Teoria dos Sistemas Sociais. Justiça das decisões.

²⁷⁰ Doutora em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2014).

²⁷¹ Mestre em Engenharia Elétrica pela Universidade de São Paulo – USP (2011). Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

ABSTRACT

This paper aims to outline the possible contributions and challenges related to the duration of the judicial procedure and the justice of the decisions, brought by the incident of repetitive demands' resolution (IRDR). To do so, it was adopted the Niklas Luhmann's Theory of Social Systems. The IRDR is not capable of resolving alone the Brazilian lengthy proceedings, because it is a systemic structural problem. However, if we consider it as part of a broader policy of restructuring of the Judiciary, it may contribute with legal certainty in scope local, with the strengthening of the second instance and with the reduction of the procedural time. The main challenge is the representativeness of the procedure used in the IRDR. Therefore, a possible interpretation of the procedural rules was proposal to make them compatible with the Brazilian Constitution, giving consistency to the systemic legal decisions.

KEYWORDS: IRDR. Social Systems Theory. Justice of the decisions.

1. INTRODUÇÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo novo Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105 de 2015) com o intuito de prover solução uniforme e célere às demandas de massa. Destacam-se dois ideais fundantes que permeiam todo o novo CPC, os quais são evidentes nas normas relacionadas ao IRDR: a duração razoável do processo e a justiça das decisões.

A proposta de um novo instituto jurídico vem, na maioria das vezes, acompanhada de expectativas em torno dos possíveis avanços que serão obtidos com a sua entrada em vigor. No caso específico do IRDR, pode-se afirmar que os anseios são ainda maiores em decorrência do atual contexto do Judiciário, em que o volume de demandas tem comprometido a efetividade da prestação judicial.

Dessa forma, buscar-se-á na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann uma alternativa para se estudar o IRDR enquanto norma que se insere em um contexto social e institucional amplo e complexo, tendo em vista identificar o que realmente se pode esperar desse novo instituto em relação à redução do tempo processual e à promoção de justiça.

A adoção do trabalho de Luhmann se justifica pelo fato de sua abordagem se mostrar conveniente aos propósitos desta pesquisa por propiciar uma visão sistêmica da atuação do Poder Judiciário, permitindo com que o fenômeno da razoável duração processual e o da justiça das decisões sejam tratados como resultado da atuação do sistema judicial como um todo.

Parte-se, assim, da premissa de que a prestação judicial e, conseqüentemente, a percepção do próprio Judiciário dependem da composição e do esforço de um conjunto de elementos interligados, como decisões anteriores, normas existentes, atuação humana,

infraestrutura tecnológica e de telecomunicações, entre outros.

Para atingir o objetivo deste trabalho, a primeira seção apresenta os aspectos centrais da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann utilizados para se compreender o fenômeno envolvido na concepção e aplicação do IRDR.

Tendo em vista a amplitude de significados que o conceito de justiça pode assumir, na seção 2, busca-se estabelecer uma noção de justiça possível de ser alcançada pelos tribunais, que será adotada durante as discussões aqui promovidas.

Na seção 3, analisa-se o potencial do IRDR em reduzir o tempo processual e propiciar maior justiça das decisões com base na teoria de Luhmann e no ideal de justiça delineado.

Por fim, as conclusões e a proposta de trabalhos futuros são apresentadas na última seção deste trabalho.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA DE LUHMANN

Nesta seção, discutir-se-ão os conceitos e abordagens da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann necessários para a análise do IRDR proposta.

Luhmann nasceu na Alemanha, em 1927, e se formou em Direito pela Universidade de Friburgo. No início da década de 1960, o autor foi estudar em Harvard, nos Estados Unidos da América, onde conheceu e trabalhou com Parsons – renomado autor da teoria dos sistemas abertos. Ao retornar ao seu país de origem, passou a se dedicar à pesquisa sociológica e, em 1968, torna-se professor da Universidade de Bielefeld, na qual se aposentou em 1994, vindo a falecer pouco tempo depois em 1998²⁷².

Sua teoria dos sistemas fechados recebeu influxos de diversas outras, destacando-se a teoria biológica da autopoiese de Humberto Maturana e Francisco Valera, a teoria de cálculo de George Spencer Brown, os modelos cibernéticos da filosofia fenomenológica de Husserl e a teoria dos sistemas abertos de Parsons²⁷³.

Para facilitar o entendimento da teoria de Luhmann, propõe-se o esquema gráfico da

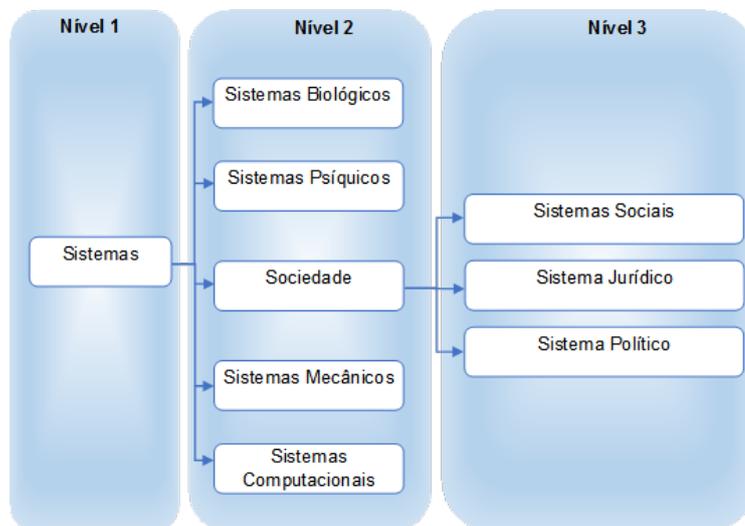
Figura 1, a seguir, em que se busca demonstrar como a abordagem de sistemas pode ser utilizada para modelar diferentes situações complexas, servindo para compreensão e discussão dos fenômenos e elementos envolvidos. Na

Figura 1, foram destacados três níveis de abstração, partindo de um conceito geral de sistemas, à esquerda, até se chegar ao nível de maior especificação, à direita.

²⁷² SANTOS NETO, A. Bastos. **A questão da Justiça de Kelsen a Luhmann**: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, p. 144.

²⁷³ NEVES, Marcelo. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann: depoimento [2ª semestre, 2004]. São Paulo: **Revista Plural da Universidade de São Paulo**. Entrevista concedida a Rômulo F. Neves, p. 125.

Figura 1: Esquema gráfico da Teoria dos Sistemas de Luhmann.



No primeiro nível ilustrado pela

Figura 1, tem-se o patamar de maior abstração, no qual se localiza a ideia geral de sistemas. Entende-se por sistema a composição de um conjunto de elementos interligados, concretos ou abstratos, apresentando-se como um todo estruturalmente constituído capaz de realizar determinada operação específica.

A partir desse conceito amplo, é possível desdobrar diferentes sistemas, tal como realizado no segundo nível da

Figura 1, em que se identificaram cinco, cada qual caracterizado por possuir sua própria operação. Os sistemas psíquicos, por exemplo, detêm como operação o pensamento²⁷⁴.

Em um nível ainda maior de especificação, identificam-se três subsistemas pertencentes ao sistema da sociedade: os sistemas sociais, o sistema jurídico e sistema político (veja nível 3 da

Figura 1).

O sistema da sociedade da teoria de Luhmann se caracteriza por ser capaz de realizar um tipo especial de operação: a comunicação. Cada comunicação é orientada a um código específico, que, no sistema jurídico, consiste em um rígido esquema binário: Direito e não Direito²⁷⁵.

²⁷⁴ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, pp. 150-152.

²⁷⁵ Adotamos a proposta de tradução utilizada pelo prof. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel. Assim, emprega-se o binômio Direito/não Direito em detrimento de lícito/ilícito, pois, no texto em Alemão de Luhmann, aparece a expressão “*Recht*”, que significa Direito. Concordamos com o professor que, com a tradução legal/ilegal, há perda semântica, pois Luhmann se refere ao sistema jurídico como um todo e não apenas às normas penais, por

A unidade do ordenamento jurídico é obtida quando o sistema jurídico orienta suas operações a um problema social específico, estabelecendo, com isso, a fronteira entre o sistema e o ambiente²⁷⁶. Simplificadamente, o sistema jurídico delinea o seu âmbito de abrangência ao distinguir o que é ou não Direito, pois se uma determinada comunicação não é contemplada pelo sistema, ela será vista como “um fato de seu ambiente”²⁷⁷.

Essa solução para a questão da unidade do ordenamento jurídico diferencia a teoria dos sistemas sociais da proposta de outros autores da Filosofia do Direito, como Kelsen²⁷⁸ e Hart²⁷⁹, já que “o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito”²⁸⁰.

O sistema jurídico é dito autopoietico pelo fato de criar novas comunicações a partir da repetição de operações anteriores bem-sucedidas; assim, *autopoiesis* significa a “determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou”²⁸¹. A recursividade desse sistema está, justamente, na sua tendência em se orientar por decisões, precedentes ou jurisprudência.

Programa, por sua vez, consiste no conjunto de condições e critérios que orientam a tomada de decisões²⁸². No contexto do sistema jurídico, os programas assumem a forma de normas, leis, regulamentos, proposições jurídicas, doutrina, enfim, tudo aquilo que produza comunicação jurídica²⁸³ – trate sobre o que é ou não direito.

Os programas reduzem a rigidez do código binário ao possibilitar que o sistema jurídico construa suas verdades de forma compatível com outros sistemas, como o da economia, o da política e o da ética. Por exemplo, o critério ético da boa-fé objetiva (art. 113, Lei nº 10.404

exemplo, um pacto antenupcial feito por instrumento particular não é ilícito, mas, sim, um não Direito (art. 1.653, Lei nº 10.406/2002).

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 80-81.

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, pp. 127-8.

²⁷⁸ Kelsen enfrenta o problema da unidade do sistema jurídica por meio do conceito de norma fundamental, que se diferencia das demais normas presentes no ordenamento pelo fato de não ser posta – existir materialmente –, mas, sim, pressuposta. Dessa forma, essa norma é uma abstração utilizada pelos cientistas do Direito, a fim de atribuir um sentido objetivo ao sentido subjetivo de um ato de vontade, ou seja, é um artifício utilizado por Kelsen para assegurar a unidade do ordenamento jurídico, pois ela dá legitimidade direta ou indiretamente a todas as outras normas.

²⁷⁹ Hart propõe como solução a questão da unidade do sistema jurídico o conceito de norma de reconhecimento, que consiste em uma prática jurídica acreditada pela sociedade, ou seja, a identificação das normas pertencente ou não ao ordenamento jurídico é realizada pelas autoridades competentes reconhecidas pela sociedade, como os tribunais ou, no contexto inglês, a rainha no parlamento (HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994, pp. 111-121).

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 56.

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 113.

²⁸² CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, pp. 131-2.

²⁸³ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 125.

de 2002 – Código Civil) pode exercer influência na decisão.

A existência de programas não quer dizer que um sistema possa determinar as operações de outro sistema. Isso porque, na teoria de Luhmann, os sistemas são fechados operativamente, ou seja, são capazes de produzir por si mesmos os seus próprios elementos e estruturas²⁸⁴. Assim, tem-se que as “operações devem sempre pertencer ao sistema do direito (e, claro, podem sempre ser observadas de fora)”²⁸⁵.

O fechamento operativo decorre do fato de que só o sistema jurídico detém a operação de dizer o que é ou não Direito. Em suma, esse sistema é operativamente fechado por ser capaz de se reproduzir – construir suas verdades – com base em suas próprias operações, diferenciando o que pertence ao sistema daquilo que pertence ao ambiente²⁸⁶.

Destaca-se que *fechamento operativo* é diferente de isolamento, conforme explicado no trecho a seguir:

Também a teoria do sistema operativo fechado é uma teoria da diferença entre sistema e ambiente. Por isso, ‘fechado’ não deve ser entendido como ‘isolado’. Ele não impede, ainda que realce, à sua própria maneira, relações causais intensivas entre sistemas e seus ambientes e ainda que interdependências de tipo causal se façam estruturalmente necessárias para o sistema. Pode-se pensar aqui, por exemplo, nas condições da vida sobre a Terra, que são complexas e, do ponto de vista físico, altamente seletivas. Seria realmente absurdo ignorar o senso comum. Por isso, na teoria dos sistemas, já há muito se aceitou que a abertura (dependência do sistema em relação ao ambiente), com base na matéria ou energia, não estabelece nenhum conflito com a tese de fechamento informacional ou semântico. Assim, diferenciamos fechamento causal (isolamento) de fechamento operativo. Ao definir seu objeto, a teoria do fechamento operativo dos sistemas abstrai-se das relações causais entre sistema e ambiente²⁸⁷.

Assim, embora sejam operativamente fechados, os sistemas pressupõem a existência de elementos de seu entorno, que não podem ser produzidos de maneira autônoma pelo próprio sistema²⁸⁸. A reprodução da comunicação dos sistemas jurídicos, por exemplo, necessita de um ambiente físico compatível, da sociedade e de outras condições pressupostas:

O sistema do direito é, para insistir nesse aspecto crucial, um subsistema do sistema da sociedade. Sendo assim, a sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema legal. Em parte, ela é mais, à medida que inclui operações do sistema jurídico, e em parte, menos, à medida que o sistema do direito tem a ver também com o ambiente do sistema da sociedade, sobretudo com as realidades mentais e corpóreas do ser humano, e também com outras condições, que podem ser físicas, químicas e biológicas, dependendo dos extratos que o sistema do direito declarar juridicamente

²⁸⁴ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, p. 153.

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 56.

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 59-60.

²⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, pp. 58-9.

²⁸⁸ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, p. 19.

relevantes²⁸⁹.

A relação entre um sistema e os pressupostos do seu entorno, necessários para autopoiese, é denominada de *acoplamento estrutural* e foi identificada por Maturana²⁹⁰.

Além de servir de pressuposto para autopoiese, o entorno pode produzir perturbações que irão gerar transformações no sistema jurídico: “mediante o acoplamento estrutural, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de indiferença e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema”²⁹¹.

O sistema jurídico, por exemplo, pode gerar uma perturbação no sistema da sociedade ao estabelecer determinado padrão de conduta a ser seguido, criando, com isso, expectativas de que as pessoas passarão a orientar seus comportamentos de acordo com o que foi estabelecido pela jurisprudência. Destaca-se que essa interferência de um sistema no outro não é direta em decorrência do fechamento operativo:

Ora, a teoria da autopoiese mostra que a causalidade intersistemática (entre sistemas diferentes e fechados entre si) nunca é direta, mas antes mediada. Um sistema apenas pode “irritar”, “comprimir” outro, provocando nele reações internas que, segundo a sua lógica interna, responderão a estas ‘irritações’. Tudo o que um sistema pode fazer é disparar um processo de reajustamentos internos de outro, cujas consequências finais lhe escapam todavia²⁹².

Em toda perturbação, existe um grau de incerteza sobre a forma como o outro sistema irá reagir e passar a se comportar, podendo haver, inclusive, efeitos colaterais (disfunções e externalidades) dessa intervenção. Por exemplo, ao reconhecer direitos apenas à união entre indivíduos de sexos diferentes, o sistema jurídico gera uma perturbação no sistema da sociedade, criando-se expectativas de que as pessoas irão orientar suas vidas de acordo com essa regra, além de ter como efeito indesejado o aumento do nível de distanciamento e de preconceito em relação à parcela excluída do âmbito jurídico.

Para os propósitos deste trabalho, destacam-se dois níveis de perturbação realizados pelo sistema político: um com vistas à própria estrutura interna de operação do sistema jurídico e o outro direcionado ao conteúdo das operações jurídicas. Esses dois níveis relacionam-se, respectivamente, à distinção realizada por Kelsen entre Direito formal e material, a seguir transcrita:

²⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 74.

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2009, pp. 128-31.

²⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2009, pp. 131-2.

²⁹² HESPANHA, A. Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 575.

Como Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designadas como Direito civil, Direito penal e Direito administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não sejam menos Direito civil, Direito penal e Direito administrativo²⁹³.

Dessa forma, o sistema político é capaz de produzir perturbações no sistema jurídico, tanto na edição de normas processuais, a exemplo do IRDR, como também na proposta de normas de Direito material.

Por fim, é importante deixar claro que essa divisão é meramente didática, já que a conexão sistemática existente entre o Direito formal e o material constitui um amálgama indissociável para o sistema jurídico, “o qual regula a sua própria criação e aplicação”²⁹⁴. Por meio da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, a percepção que fazemos do Judiciário depende da atuação do sistema jurídico como um todo.

3. A CONSISTÊNCIA SISTÊMICA COMO IDEAL DE JUSTIÇA DAS DECISÕES

Em decorrência da importância e da amplitude assumida pelo tema Justiça, nesta seção, buscar-se-á delinear uma noção de justiça possível de ser alcançada nas decisões judiciais, a fim de servir de parâmetro balizador das discussões realizadas no decorrer deste trabalho.

Para tanto, parte-se da ideia de justiça vista como uma espécie de operação ou conduta humana e, por meio do estudo de diferentes autores, acrescentam-se outros elementos a essa concepção inicial até se chegar a uma noção adequada aos propósitos aqui pretendidos.

A justiça como operação, em uma abordagem inicial, pode ser entendida como a prática reiterada de atos que pressupõem a exterioridade do comportamento – há, necessariamente, o outro. Essa acepção pode ser encontrada em Aristóteles, que entendia a justiça como uma prática ou hábito.

Aristóteles distingue diferentes tipos de justiça, destacando-se o ideal de justiça distributiva²⁹⁵, que pode ser sintetizado por meio da máxima que estabelece a igualdade de tratamento entre os iguais e a diferença de tratamento entre os diferentes.

Assim, esse ideal é alcançado por meio do equilíbrio, ou seja, não se pode obter muito

²⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 161.

²⁹⁴ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 1999, p. 161.

²⁹⁵ O ideal de justiça distributiva é discutido em diversos pontos da obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, destacando-se os capítulos 3 e 4 do livro V. (Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco in. Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1984, 1131a10 – 1132b20).

ônus, tampouco demasiado benefício – a justiça estaria no meio termo²⁹⁶. Ser justo é ser proporcional: cada cidadão não pode receber nem mais nem menos do que efetivamente lhe compete em decorrência da sua posição social, riqueza ou excelência²⁹⁷.

Deve-se ter em mente o contexto sócio-político específico em que esse conceito foi formulado: Atenas, no período de Aristóteles (384?-323 a. C.), era uma sociedade estratificada, que excluía do conceito de cidadão os escravos, crianças, mulheres e estrangeiros.

Além disso, o conceito de justiça distributiva, em sua acepção inicial, refere-se à distribuição proporcional realizada pelo Estado “de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro)”²⁹⁸. Observa-se que a igualdade tratada por Aristóteles é bem concreta por se referir a coisas como bens e honras.

Difere-se, assim, da igualdade da modernidade²⁹⁹ que é abstrata: entendida como a igualdade entre os cidadãos. E mesmo nessa concepção moderna, observam-se momentos bem distintos, em que a igualdade irá assumir diferentes significados, em especial, no Estado de Direito e no Estado Social³⁰⁰.

Nesse ponto, pode-se ir além, passando a entender a justiça não apenas como uma fórmula de ponderação, mas, sim, como um procedimento ou operação do sistema jurídico. Esse ideal de justiça pressupõe um sistema jurídico organizado e responsável pela prática reiterada de atos que, necessariamente, ocorrem entre homens com rosto e fala, e não de forma individual e abstrata. É importante frisar que a ideia de sistema só vai ganhar força a partir da Escolástica (séc. XI-XV d.C.), em especial, com o trabalho da escola dos comentadores ou pós-glosadores a partir do século XIII³⁰¹.

²⁹⁶ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1984, 1131a30 – 1131b20.

²⁹⁷ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1984, 1131a25.

²⁹⁸ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1984, 1130b30. A constituição da Antiguidade é um ideal político fundante que serve para reforçar a unidade política da *polis* grega, a qual é enxergada sob uma perspectiva organicista de mundo, em que os estratos da sociedade constituem órgãos que compõem um todo social, tido como um corpo, no qual o ofício exercido por cada um é definido pela natureza. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, pp. 15-31.

²⁹⁹ Benjamin Constant apresenta a forma como a liberdade era entendida na Antiguidade em contraposição com a que ela passou a ser percebida na Modernidade. Cf. CONSTANT, Benjamin (1819). Da liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. *Revista Filosofia Política*, nº 2, 1985, pp. 9-75.

³⁰⁰ Para uma interessante discussão sobre o significado assumido pelo ideal de igualdade no paradigma do Estado de Direito em contraposição com o ideal de igualdade do Estado Social, veja: CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

³⁰¹ A escola dos comentadores surge na Itália durante o surto urbanista e mercantil dos séculos XIII e XIV, destacando-se o trabalho de Bártolo de Sassoferrato. A complexificação da sociedade somada com a expansão das relações comerciais fizeram com que o trabalho dessa escola se voltasse para a adequação do direito comum às novas demandas normativas por meio da sua sistematização e integração com os direitos próprios, que é aquele constituído pelos costumes e práticas locais, ou seja, o direito aplicado por uma localidade específica (cf. HESPANHA, A. Manuel. *Op. cit.*, 2012, pp. 198-9).

A justiça como operação do sistema jurídico pode ser encontrada nos trabalhos de Arendt, Kelsen e Derrida sob diferentes perspectivas, que se aproximam pelo fato de associarem a justiça à norma escrita e à objetividade, tendo por base um sistema jurídico.

Hannah Arendt observa que a incapacidade do Estado-nação do pós-Segunda Guerra (1939-1945) em dar resposta adequada à situação dos apátridas gerou uma situação de insegurança e de extrema injustiça, pois a ausência de normas abriu a possibilidade de soluções arbitrárias e desvinculadas do sistema jurídico, com a transferência do problema para a polícia³⁰².

Sobre a importância assumida pelo sistema jurídico para a consecução da justiça, na visão dessa autora:

A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhorar a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída dos direitos humanos. Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma. O fato – importante – é que a lei prevê essa exceção. Como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durem o julgamento e o pronunciamento da sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra o qual não existem advogados nem apelações³⁰³.

Nesse sentido, Arendt associa a justiça à inserção do indivíduo em uma comunidade organizada, que lhe reconheça direitos e lhe dê garantias procedimentais objetivas capazes de lhe proteger dos arbítrios e ingerências externas, provenientes de outras pessoas, instituições ou, até mesmo, do próprio Estado³⁰⁴. Tal entendimento decorre do fato de que os direitos materiais, em especial, os direitos humanos, necessitam de processos de concretização para se efetivarem, do contrário, são apenas ideias vagas e abstratas, que assumem diferentes significados a depender do contexto político-social e histórico em que se inserem.

Assim, tem-se que o ideal de justiça, para essa autora, está atrelado à existência de um sistema jurídico informado por valores de uma comunidade e amparado em procedimentos formais que franqueiem a todos igual oportunidade de participação e defesa, conforme o

³⁰² Embora a questão dos apátridas esteja extremamente presente nos dias atuais com a atual crise dos imigrantes nos EUA e na Europa, é necessário ter em mente o contexto histórico e sócio-político em que Hannah Arendt escreveu. Essa autora refere-se ao fenômeno social observado após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) decorrente, principalmente, do cancelamento em massa da nacionalidade de grupos de pessoas realizado por países do Ocidente durante o período de conflito (cf. ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 310, nota 20, e p. 321).

³⁰³ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, 1998, p. 320.

³⁰⁴ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, 1998, p. 328-336.

trecho a seguir, em que a Arendt afirma que o ideal de justiça não é algo dado, mas, sim, construído socialmente:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tomamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais³⁰⁵.

Em Kelsen, também, é possível identificar o ideal de justiça como atuação do sistema jurídico. Infere-se tal entendimento pelo fato de esse autor associar o conceito de justiça à objetividade, ao respeito à igualdade e à democracia³⁰⁶, o que pressupõe a existência de um procedimento ou sistema que viabilize a atividade jurídica.

Além disso, basta lembrar que o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, em que há uma suprema corte responsável pela coordenação de decisões dos demais órgãos inferiores do Judiciário, foi idealizado por Kelsen³⁰⁷, demonstrando a ênfase dada por esse autor à questão procedimental do sistema jurídico.

Derrida, por sua vez, também dá importância ao sistema jurídico, à objetividade e ao cálculo. Para esse autor, justiça é desconstrução: devemos desmontar e desconstruir o conhecimento que temos para se definir uma forma justa de se interpretar³⁰⁸.

Destaca-se que a proposta de Derrida tem uma preocupação ética muito forte tal como a encontrada em Arendt. A desconstrução não pode ser feita de forma inconsequente, pois, ao desconstruir uma ideia consolidada sobre determinado assunto, tornamo-nos responsáveis pelo outro e, até mesmo, pelas consequências imprevistas ou não intencionais dessa ação.

Um último aspecto do trabalho de Derrida que se mostra extremamente útil ao objetivo desta pesquisa é que esse autor coloca lado a lado a questão da justiça e da duração processual. Para Derrida, o tempo joga contra a justiça, já que esta depende de uma resposta célere e a desconstrução necessita de tempo – sempre é possível desconstruir, pois esse processo é infinito. Vejamos o trecho a seguir.

Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. Ela é aquilo que não deve esperar. Para ser direito, simples e breve, digamos isto: uma decisão é sempre requerida imediatamente, de pronto, o mais rápido possível. Ela não pode se permitir a informação infinita e buscar o saber sem limite das condições, das regras ou dos imperativos hipotéticos que poderiam justificá-la. E mesmo que ela

³⁰⁵ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, 1998, p. 335.

³⁰⁶ KELSEN. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 15-66.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** [livro digital]. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo I, seção V, subseção 3.2.

³⁰⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 3-43

dispusesse de tudo isso, mesmo que ela se desse tempo, todo o tempo e todos os saberes necessários a esse respeito, pois bem, o momento da decisão como tal, aquele que deve ser justo, precisa ser sempre um momento finito de urgência e de precipitação [...] ³⁰⁹.

Até este ponto, identificou-se que a concepção de justiça a ser utilizada deve ter por base um sistema jurídico capaz de proceder de forma objetiva, democrática e tempestiva, pautando a solução dos conflitos sociais por parâmetros de igualdade e de ética.

Por fim, passa-se à análise do ideal de justiça de Luhmann. Esse autor parte da justiça como atuação do sistema jurídico acrescentando-lhe o conceito de fórmula para contingência.

Primeiramente, é importante destacar que Luhmann enxerga a justiça como um fator indispensável para que ocorra a transformação do sistema: por meio da auto-observação, o sistema identifica operações que não se mostram mais adequadas com a conjuntura do mundo, cria uma nova diferença e a reintroduz no sistema jurídico, que passa a operar a partir dessa modificação – esse fenômeno é chamado por Luhmann de *re-entry* ³¹⁰. Como exemplo, pode-se citar o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da união homoafetiva como instituto jurídico ³¹¹, esse entendimento decorreu da dissonância do sistema jurídico com a realidade social, ou seja, de uma situação paradoxal, fonte de insegurança jurídica por haver divergência de decisões.

Em decorrência disso, pode-se entender a justiça como um tipo especial de auto-observação capaz de tornar observável o inobservável – o laço de afeto homoafetivo sempre existiu em nossa sociedade e, a depender do caso concreto, era tratado pelos tribunais como uma espécie de sociedade comercial simples, não sendo, assim, observado ou reconhecido pelo sistema jurídico como uma instituição matrimonial.

Além de propiciar a transformação, a justiça também possui uma função reguladora das operações realizadas internamente no sistema jurídico. E é a união dessas duas funções – transformadora e reguladora – que constitui o conceito de fórmula para contingência.

Inicialmente, pode causar estranheza a nomenclatura da fórmula de Luhmann, contudo, ela se justifica. Toda comunicação pode ser interpretada de diversas maneiras – esse fenômeno denomina-se complexidade. Essa multiplicidade de possibilidades implica em uma infinidade de escolhas possíveis, ou seja, tem-se uma situação de contingência, na qual a escolha de uma opção acarreta na rejeição de outras.

³⁰⁹ DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, 2010, p. 51.

³¹⁰ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, p. 135-6.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212.

O sistema jurídico, assim, deve saber lidar com a complexidade e com a contingência existentes. Isto é, esse sistema deve ser capaz de reduzir ou acomodar a complexidade do meio social, para tanto ele aumenta a sua complexidade interna. Otávio Maciel ilustra bem como o aumento de complexidade de um sistema pode ser favorável para acomodar complexidades do ambiente:

Um exemplo tecnológico é muito útil: desde vários séculos até 20 anos atrás, vários inventos foram criados para atender a necessidades, mapas, bússolas, rádio, régua, bloco de notas, agenda, calendários – e mesmo outros inventos de lazer, como câmeras, *walkman*, jogos diversos. A proliferação de itens culturais gerou um aumento da complexidade e mesmo da contingência – levar todos estes itens de uma só vez podia se provar problemático. Porém, a tecnologia se sofisticou, e há a criação dos *smartphones*. Desta forma, as contingências são absorvidas por um único aparelho complexo – ou sofisticado – que atende a múltiplas necessidades e lida de forma satisfatória com a complexidade³¹².

Pois bem, a fórmula para contingência baseia-se na “forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual)”³¹³, ou seja, no princípio da igualdade. Destaca-se que Luhmann não está se referindo ao meio termo entre duas possíveis decisões extremas³¹⁴, nem à igualdade material, como se observa a seguir.

Aliás, com o conceito de “fórmulas” de contingência afirma-se que a justiça não inclui nem um enunciado sobre a essência ou sobre a natureza do direito, nem um princípio fundador da validade jurídica e nem, por fim, um valor que fizera aparecer o direito como algo digno de preferência³¹⁵.

Na verdade, a fórmula para contingência tem por base o princípio formal de igualdade, correspondendo a uma abstração jurídica, como o CPF ou um edital de concurso, que possibilita tratar as pessoas de maneira igual, sem distinções genéricas e discriminatórias. O tratamento diferenciado pode existir desde que previsto especificamente com ampla publicidade, a fim de propiciar o controle social, administrativo e jurídico, como no caso dos editais de concurso que preveem cotas para portadores de necessidades especiais. Com isso, tem-se que a diferença só se manifesta diante do caso concreto.

Para ilustrar, tomemos, novamente, o edital de um concurso. Ele estabelece uma forma de tratamento igual para todos os candidatos. A diferença de idade entre os candidatos, por

³¹² DIAS MACIEL, Otávio Souza e Rocha. **Elementos ontogenoseológicos para uma teorização do direito: um roteiro de pesquisas**. 2013. 114f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF, p. 78.

³¹³ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 302-3.

³¹⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 303.

³¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 297.

exemplo, somente terá relevância diante da situação concreta, caso seja necessário utilizá-la como critério de desempate. A diferenciação realizada fora do caso concreto seria uma situação de injustiça.

Com isso, tem-se que a fórmula para contingência consiste no respeito ao procedimento e à operação jurídica, não podendo ser confundido com um princípio moral:

Uma separação clara entre justiça e juízo moral, isto é, reflexão ética, é apenas uma questão da autonomia do sistema jurídico. Ela garante também a independência do direito em relação à avaliação moral do direito e, não por último, garante a possibilidade de dissenso moral na avaliação das questões jurídicas. Além disso, ela é a condição de possibilidade para que de algum modo se possa saber de que trata determinado assunto quando se pergunta pela qualidade moral e ética da justiça³¹⁶.

A abordagem de Luhmann possibilita aferir a justiça de decisões por meio da análise da consistência delas. Decisão inconsistente é aquela que se baseia em um entendimento superado ou pré-conceitos, que faça uso de critérios externos ao sistema jurídico, que não respeite a igualdade formal, que seja divergente sem que o caso concreto justifique.

Como se observa, a fórmula para contingência de Luhmann está associada à igualdade formal, à recursividade, à coerência, à complexidade adequada, enfim, com a consistência das soluções jurídicas. A justiça como fórmula para contingência pode ser obtida por meio de “uma complexidade adequada do sistema jurídico”³¹⁷.

Conclui-se, assim, que o ideal de justiça a ser adotado neste trabalho relaciona-se com a consistência sistêmica das decisões tomadas pelo sistema jurídico, que deve sempre proceder de forma objetiva, democrática e tempestiva, tendo por base parâmetros de igualdade e ética.

4. ANÁLISE DO IRDR A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN

Nesta seção, analisar-se-ão as contribuições e desafios trazidos pelo IRDR no que se refere à redução do tempo de trâmite processual e à promoção de decisões jurídicas justas.

Para tanto, nas próximas sub-seções, utiliza-se a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann como referencial teórico, a fim de se compreender o fenômeno envolvido na concepção e aplicação desse instituto jurídico.

4.1. Diferenças entre o IRDR e o modelo germânico

O IRDR é uma das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 310.

³¹⁷ NEVES, Marcelo. *Justicia y diferecncia em uma sociedad global compleja*. In: **Revista DOXA** n. 24, ano 2001, p. 350, tradução nossa.

13.105 de 2015). Sua proposta foi inspirada no direito alemão, o qual prevê o instituto denominado *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG)³¹⁸, cujas decisões servem de paradigma para a solução de litígios que se repetem³¹⁹.

A primeira questão a ser enfrentada refere-se à possibilidade de o Brasil obter resultados semelhantes aos observados na Alemanha no campo das demandas de massa, por meio da adoção IRDR. Para respondê-la, recorre-se à teoria de Luhmann que “explica as dificuldades da ‘tradução’ (no sentido mais *lato* do termo) das normas, institutos e conceitos de um sistema jurídico para outro”³²⁰.

A Teoria dos Sistemas Sociais põe em evidência a relação existente entre os resultados provenientes de determinado instituto com o sistema e ambiente social nos quais eles se inserem. Por isso, ao se transferir determinado instituto de um sistema para outro, é inevitável a sua reinterpretação para adequá-lo à lógica do sistema destinatário e aos pressupostos sociais do novo ambiente, como valores e costumes.

Assim, pode-se afirmar que os contornos assumidos pelo IRDR serão diferentes daqueles observados na Alemanha, em decorrência da relação do KapMuG com as características locais do seu país de origem, as quais não são equiparáveis com as do Brasil.

Além disso, o IRDR afasta-se ainda mais do modelo germânico devido a modificações específicas realizadas pelo legislador brasileiro, que recebeu forte influência de experiências obtidas com outros mecanismos aqui já estabelecidos que visam, também, às demandas de massa, como os recursos especial e extraordinário repetitivos³²¹.

Dentre as diferenças entre o IRDR e o KapMuG, destacam-se: o assunto tratado, o escopo, a legitimidade para propositura, o requisito formal de admissão, o tempo de vigência e o alcance da decisão.

Em relação ao assunto tratado, o instituto alemão restringe-se às demandas correlatas ao mercado de capitais³²². Por outro lado, o IRDR permite discutir qualquer assunto, tanto de Direito processual quanto material.

O escopo do KapMuG é mais amplo do que o do IRDR ao permitir a análise de

³¹⁸ Especificamente, o KapMuG consiste em um procedimento especial pensado para súbitas demandas de massa provenientes de investidores do setor de mercado de capitais da Alemanha (*vide*: RODRIGUES, Baltazar J. V. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VIII, p. 93-108. Rio de Janeiro, 2011, p. 100-1).

³¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

³²⁰ HESPANHA, A. Manuel. *Op. cit.*, 2012, p. 576.

³²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código De Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 243, p. 283-331, 2015, seção 3.

³²² RODRIGUES, Baltazar J. V. *Op. cit.*, 2011, p. 102.

questões fáticas e de direito³²³. Já o IRDR restringe-se a questões unicamente de direito, de acordo com o artigo 976, inciso I, do CPC.

Além disso, apenas as partes do processo de origem possuem legitimidade para instaurar o KapMuG, sendo vedada a proposta de ofício pelo juiz³²⁴. O rol de legitimados do IRDR é mais amplo, abrangendo as partes do processo principal, o Ministério Público e a Defensoria Pública, além de permitir com que o juiz ou relator instaure o incidente de ofício, segundo o artigo 977 do CPC.

Outra diferença entre esses institutos refere-se à exigência de um mínimo de 10 demandas idênticas para a instauração do KapMuG, sendo que o IRDR não estabelece o número mínimo de repetições para configurar a “efetiva repetição de processos” (art. 976, I, CPC). A abordagem brasileira guarda relação com aquela adotada nos recursos especial e extraordinário repetitivos, em que se exige multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito sem se estabelecer o patamar mínimo específico (art. 1.036, CPC).

Destaca-se, também, que a proposta alemã possui tempo de vigência temporário, iniciado em 2010 e que se estenderá até 2020, devido a sucessivas prorrogações³²⁵.

Por fim, a decisão proveniente do KapMuG aplica-se apenas aos casos pendentes³²⁶. De forma diversa, a tese firmada no IRDR será aplicada a todos os processos pendentes na área de jurisdição do respectivo Tribunal, bem como aos casos futuros (art. 985, CPC).

Pelo exposto, conclui-se não ser possível estabelecer uma relação direta entre resultados do KapMuG na Alemanha com aqueles provenientes da adoção do IRDR no Brasil. Esse entendimento se ampara tanto na inevitável reinterpretação decorrente da tradução de determinado instituto de um sistema jurídico para outro, como também no fato de o IRDR possuir características próprias que o torna estruturalmente diferente da concepção alemã.

4.2. O potencial do IRDR em alterar o cenário atual da prestação judicial brasileira

O instituto do IRDR, enquanto norma processual promulgada pelo Legislativo, pode ser entendido como uma perturbação canalizada pelos procedimentos constitucionais³²⁷, realizada pelo sistema político sobre o sistema jurídico. Resumidamente, esse novo instituto pode ser visto como uma interferência do Legislativo na estrutura do trâmite processual do Judiciário,

³²³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *Op. cit.*, 2015, seção 4.1, nota 19.

³²⁴ ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 1065, 07 de dez. de 2010, seção 7.

³²⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *Op. cit.*, 2015, seção 3.

³²⁶ ROSSONI, Igor Bimkowski. *Op. cit.*, 2010, seção 9.

³²⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2013, p. 89-170.

a fim de criar um instrumento para dar vazão ao grande volume de demandas repetitivas.

Embora o IRDR se relacione a aspectos processuais, deve-se ter em mente que a questão do tempo processual ultrapassa os limites do sistema jurídico, já que envolve fatores sociais relacionados ao perfil da litigiosidade existente em determinada localidade, como a propensão da sociedade para demandar os assuntos objetos de conflito, características dos litigantes – o poder econômico e os interesses específicos das partes, por exemplo, podem influir na forma como o processo será conduzido –, entre outros.

Dessa forma, observa-se que a análise do IRDR envolve não só o sistema jurídico, mas também inclui o sistema político e o ambiente social no qual esses sistemas se inserem.

O estudo do IRDR torna-se ainda mais complexo se considerarmos o grau de incerteza sobre a forma como o sistema jurídico e a sociedade irão reagir à perturbação gerada pelo sistema político na proposta desse instituto e a maneira como eles passarão a se comportar, devendo-se, inclusive, considerar possíveis disfunções e externalidades dessa intervenção.

Além de possibilitar a visualização dos aspectos que devem ser levados em conta na análise do IRDR, a teoria de Luhmann permite o reconhecimento da duração processual e da justiça das decisões como fenômenos observáveis resultantes da atuação do sistema jurídico como um todo. Isso quer dizer que a percepção que fazemos do Judiciário depende da composição do esforço de um conjunto de elementos interligados, concretos e abstratos – como jurisprudência, normas, atuação humana, infraestrutura tecnológica *etc.*

Pelo exposto, depreende-se que a efetividade do IRDR está condicionada à forma como todos os elementos que compõem o sistema jurídico serão orquestrados e às repercussões geradas no sistema da sociedade, pois esse instituto não é, por si só, capaz de determinar o comportamento sistêmico interno, tampouco do ambiente.

Seria ingenuidade pensar que a atual complexidade assumida pelo sistema jurídico e pela sociedade brasileira permita a apresentação de um instituto que seja uma panaceia e resolvesse sozinho o problema estrutural sistêmico.

Assim, tem-se que a mudança do *status quo* do Judiciário, para se efetivar, tem de considerar a gramática interna do sistema jurídico, a fim de produzir perturbações que disparem um processo de reestruturação capaz de fazer com que a totalidade desse sistema passe a operar de forma otimizada e consistente.

Resumidamente, o conjunto de medidas para enfrentar o atual cenário instalado no Poder Judiciário brasileiro deve considerar suas consequências sobre o exterior do sistema jurídico (ambiente), além de vislumbrar a repercussão dessas medidas no interior do próprio sistema.

4.3. Análise dos principais aspectos e desafios do IRDR

Apesar das limitações do IRDR quando analisado isoladamente, se o considerarmos como parte de uma política mais ampla de reestruturação do Judiciário, iniciada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e reforçada pela proposta do novo CPC, esse instituto pode vir a ter uma parcela de contribuição na alteração do cenário atual da prestação judicial brasileira, justificando a sua investigação. Por isso, apresentam-se, a seguir, os aspectos centrais do instituto relacionados à razoável duração processual e à justiça das decisões, bem como os atuais desafios sobre esse tema.

A tese firmada em IRDR contribui com a segurança jurídica na respectiva unidade federativa ou região judiciária, ao uniformizar o entendimento dado à determinada questão de direito. Essa tese possui aplicação obrigatória em todos os casos, pendentes e futuros, sendo assegurada a sua efetividade por meio da ação de reclamação, instaurada no Tribunal autor da tese não observada (art. 985, CPC).

Não obstante o IRDR favoreça a segurança jurídica em âmbito local, em termos sistêmicos, isso pode gerar inconsistências, pois há possibilidade de que outros Estados ou Regiões deem solução diversa para a mesma questão de direito. Daí a importância assumida pela opção de se interpor recurso extraordinário ou especial contra decisão em IRDR, pois viabiliza que a questão seja pacificada nacionalmente (art. 982, CPC).

O reconhecimento de recurso especial ou extraordinário sobre a questão objeto do IRDR já instaurado gera uma sobrecarga temporal no estabelecimento da tese, já que depende do trâmite recursal no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou no Supremo Tribunal Federal (STF). Para se ter uma noção, tem-se que, em 2015, o tempo médio dos processos que transitaram no STJ, considerando-se o período da distribuição até a solução definitiva, foi de, aproximadamente, 1 ano e 1 mês³²⁸. Já a duração média do recurso extraordinário no STF, tendo por base o recorte temporal de 1988 a 2013, foi de 1 ano e 19 dias³²⁹.

Assim, considerando que o IRDR possui o prazo de 1 ano para ser julgado (art. 980, CPC), caso haja a interposição de recurso especial ou extraordinário, o estabelecimento da tese poderá demorar 2 anos, com base nas médias de tempo supracitadas e desconsiderando a possibilidade de prorrogação do prazo para julgamento do IRDR (art. 980, p. único, CPC).

Apesar de, à primeira vista, parecer problemático o fato de a segurança jurídica

³²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, p. 353.

³²⁹ FALCÃO, Joaquim, HARTMANN, Ivar A., CHAVES, Vitor Pinto. **III Relatório Supremo em Números**: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 80.

propiciada pelo IRDR restringir-se ao âmbito local, deve-se ter em mente que qualquer decisão da Justiça Estadual ou Federal está sujeita à divergência em relação ao posicionamento de outros Estados ou Regiões. Assim, a necessidade de se interpor recurso especial ou extraordinário não deve ser interpretada como uma desvantagem específica do IRDR, mas, sim, como uma característica imanente ao próprio sistema jurídico brasileiro, que irá exigir a manifestação do STJ ou STF em alguns casos (não, necessariamente, em todos), em conformidade com a competência constitucional de uniformização dessas cortes.

Além disso, uma vez estabelecida a tese, ela irá ser aplicada em todos os casos, pendentes e futuros, que versem sobre a mesma questão de direito, acarretando maior celeridade ao trâmite processual. Essa maior agilidade decorre da imediaticidade da resposta dada pelo sistema jurídico, promovida através da improcedência liminar dos pedidos que contrariarem determinada tese firmada, bem como por meio da concessão liminar de tutela provisória fundamentada em evidência, caso haja tese firmada a favor da pretensão do autor³³⁰.

Outro aspecto diz respeito ao fato de que a institucionalização do IRDR, por si só, reforça os ideais basilares do novo CPC referentes à duração razoável do processo, além de prestigiar as soluções dadas pela segunda instância. Isso serve de orientação teleológica, apresentando-se como mais um critério de seleção utilizado nas decisões do sistema.

O maior desafio do IRDR refere-se à questão de representatividade das teses firmadas incidentalmente em determinados processos, que terão o poder de atingir o interesse de terceiros. Esse assunto é enfrentado por Marinoni e será aqui tratado, sendo necessário, para tanto, distinguir o conceito de precedente e o da tese firmada em IRDR.

Precedente jurídico tem por objetivo orientar a sociedade ao estabelecer o sentido do Direito, servindo de parâmetro para deliberações futuras. Com isso, tem-se que outros casos, mesmo possuindo aspectos diferentes, podem ser resolvidos com base em determinado precedente, o qual estabelece a razão de decidir³³¹.

Já a tese firmada em IRDR visa, tão somente, a resolver uma questão prejudicial a diversos processos, por meio da fixação de um entendimento a ser replicado sempre que aparecerem questões idênticas de direito³³².

Como se observa, o fundamento jurídico desses institutos é bem diferente, acarretando

³³⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, L. Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais**. 13^a. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 614.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas** [livro digital]: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, capítulo I, seção 8.

³³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 8.

consequências práticas que os tornam inconfundíveis. Em primeiro lugar, como a decisão em IRDR será sempre utilizada em todos os casos que versem sobre a mesma questão de direito, a distinção possível de ser feita pela parte interessada restringe-se a demonstrar que o direito discutido no seu caso concreto é diferente daquele sobre o qual recai a tese firmada. Observe que isso é distinto do que ocorre com o precedente, em que a parte possui amplo espaço fático e argumentativo para demonstrar que determinado precedente não se aplica ou se enquadra parcialmente ao seu caso concreto, bem como para buscar ampliar a sua aplicação, a fim de que ele passe a abranger a sua demanda.

Outra diferença refere-se à possibilidade de modificação da tese em IRDR, que exige um procedimento próprio, instaurado, exclusivamente, pelo Tribunal, de ofício, ou a requerimento Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986, CPC). Já para a mudança de um precedente, não se exige um formalismo específico, podendo ocorrer durante a discussão de qualquer processo, independentemente de quem sejam as partes.

Marinoni evidencia o problema existente no IRDR, que trata a tese firmada como um precedente, apesar da diferença da essência desses institutos. Observa-se a gravidade da questão envolvida: uma tese firmada em IRDR terá o poder de influir em todos os processos pendentes e futuros, independentemente de as partes afetadas terem tido oportunidade de discutir a questão. Sob essa ótica, o IRDR seria inconstitucional, já que vai contra ao direito fundamental de ação:

O incidente de resolução de demandas, nos termos em que está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de ‘justiça dos cidadãos sem rosto e fala’, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, ‘representação adequada’³³³.

Na segunda seção deste trabalho, ao se delinear um ideal de justiça a ser adotado, enfatizou-se a necessidade do diálogo democrático entre as instituições estatais e a comunidade, que pressupõe a existência e o respeito à fala do outro. Com isso, quer-se dizer que não há como se estabelecer uma solução justa, em abstrato, e legítima para todos os casos, sem, ao menos, possibilitar com que o cidadão que será afetado exponha seus argumentos e possa influir na tese firmada no IRDR.

Assim, entende-se que a forma como o IRDR foi previsto pode comprometer a justiça das decisões, especificamente, com o risco de prejuízo à feição democrática do sistema jurídico, que se baseia na igualdade de oportunidade para discussão perante os tribunais.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 12.

Contudo, não se pode perder de vista o atual cenário instaurado no Judiciário brasileiro, em que o excessivo tempo de resposta tem causado distorções injustas na prestação judicial, favorecendo, por exemplo, as partes com maior poder econômico que consigam se manter imunes a um processo que passe anos tramitando. Diante desse quadro, seria uma postura inconsequente simplesmente criticar o IRDR sem, ao menos, realizar um esforço hermenêutico, a fim de adequar esse instituto às diretivas constitucionais, favorecendo, com isso, a consistência sistêmica das decisões.

Entende-se que é esse, também, o posicionamento de Marinoni, pelo fato de ele apresentar uma proposta sensata e responsável com o atual contexto brasileiro com vistas a conformar o IRDR aos parâmetros constitucionais³³⁴. A solução sugerida por esse autor para o problema da representatividade tem por base a Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei 7.347 de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078 de 1990), que legitimam e incentivam a ampla participação em ações coletivas de entidades e associações na defesa dos interesses individuais homogêneos (art. 5º, LACP; art. 82, CDC).

O envolvimento desses legitimados visa a suprir a não participação de todos aqueles que serão afetados pela tese firma em IRDR³³⁵. Contudo, essa participação deve ser ainda maior no IRDR do que aquela existente na ação coletiva consumerista, pois a tese nele firmada tem o poder de piorar a situação de terceiros estranhos à ação que deu origem à tese; por outro lado, uma decisão desfavorável em ação coletiva não impede a propositura de uma demanda individual tratando do mesmo tema (art. 103, § 2º, CDC).

Por isso, a representação no IRDR deve possibilitar amplo controle de sua adequação e suficiência, que será realizado pelo respectivo Tribunal, pelos legitimados e pelos terceiros passíveis de serem afetados pela decisão, que devem ter a possibilidade de impugnar os seus possíveis representantes no IRDR³³⁶.

Finalmente, destacam-se as regras relacionadas ao IRDR que, devidamente interpretadas e aplicadas pelos tribunais, serão capazes de dar consistência sistêmica às decisões tomadas pelo sistema jurídico, ajustando-as aos parâmetros constitucionais.

Especificamente, entende-se que o problema de representatividade pode ser contornado por meio da ampla e específica divulgação e publicidade do julgamento em IRDR, a fim de propiciar a participação de todos envolvidos, incluindo-se a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada que possua representatividade adequada e possa contribuir com a

³³⁴ cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016.

³³⁵ cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 16.

³³⁶ cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 16.

discussão (art. 979 c/c 138, CPC).

Além da ampla divulgação, o Tribunal competente deve propiciar a efetiva participação de todos envolvidos, por meio dos instrumentos processuais existentes, especialmente, através da realização de audiências públicas e de diligências solicitadas (art. 983, CPC).

Destaca-se que, independentemente do assunto, a controvérsia tratada no IRDR sempre terá repercussão social, uma vez que a tese firmada afetará os litigantes presentes e futuros. Assim, o juiz ou relator deve, de ofício ou a requerimento, solicitar ou admitir a presença de *amicus curiae* (art. 138, CPC).

O espaço de participação deve, inclusive, abranger o momento de julgamento do IRDR, fornecendo-se o tempo adequado para sustentação oral dos envolvidos (art. 984, CPC).

Destaca-se, também, que o respectivo Tribunal deve promover o controle da representatividade do IRDR em todo o seu trâmite, o qual deve ser realizado por todos envolvidos, inclusive, por terceiros com a possibilidade de serem afetados no futuro.

Por fim, a tese firmada em IRDR deve considerar todos os fundamentos, favoráveis ou contras, trazidos ao longo do procedimento (art. 984, §2º c/c art. 489, §1º, CPC).

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho, viu-se que uma possível abordagem para a questão da justiça é considerá-la como um especial tipo de operação, consistente na prática reiterada de atos entre homens com rosto e fala, tendo por base a existência de um sistema jurídico. Partindo desse ideal, foi possível relacionar a justiça com a consistência das decisões, que depende da correta adequação da complexidade do sistema jurídico com a do ambiente.

Outro ponto observado é que a justiça e a duração processual são assuntos que se aproximam pelo fato de que uma decisão consistente, para ser justa, tem de ser tempestiva. Assim, ao tratar do tema justiça das decisões, deve-se ter em mente que em seu bojo está inserida a questão da duração razoável do processo.

A partir da discussão desenvolvida e da visão de diferentes autores, chegou-se ao ideal de justiça adotado neste trabalho que diz respeito à consistência sistêmica das decisões tomadas pelo sistema jurídico, que deve sempre proceder de forma objetiva, democrática e tempestiva, tendo por base parâmetros de igualdade e ética.

Por meio da teoria de Luhmann, a discussão do que se pode esperar do IRDR assume outros contornos, passando a exigir uma análise que considere as consequências desse instituto sobre o exterior do sistema jurídico (ambiente), além de vislumbrar a sua repercussão no interior do próprio sistema.

Nesse contexto, toda investigação que se proponha a entender o IRDR ou qualquer outro mecanismo voltado à redução do tempo processual deve considerar que a atual complexidade assumida pelo sistema jurídico brasileiro torna improvável a apresentação de um instituto que seja uma panaceia e resolva o problema estrutural sistêmico.

Com isso, o estudo do IRDR passa a assumir relevância apenas se o considerarmos como parte de uma política mais ampla de reestruturação do Judiciário, dentro da qual se insere a proposta do novo CPC. Por essa perspectiva, esse instituto integra-se aos demais critérios de seleção do sistema jurídico, sendo, por isso, profícua a investigação das características e desafios envolvendo esse novo instituto.

Na análise aqui realizada sobre os principais aspectos do IRDR, viu-se que ele favorece a segurança jurídica em âmbito estadual e regional, já que a aplicação da tese firmada nos demais processos é assegurada por meio de reclamação ao respectivo Tribunal.

Além disso, tendo fixada a tese, sua aplicação dará maior celeridade ao trâmite processual em decorrência da imediatividade da resposta dada pelo sistema jurídico, além de prestigiar as soluções dadas pelos tribunais de segunda instância.

O principal desafio relacionado ao IRDR diz respeito à questão da representatividade, uma vez que a tese firmada no incidente é capaz de influir em todos os processos pendentes e futuros, podendo acarretar lesão ao direito constitucional à ação.

Por isso, realizou-se um esforço interpretativo com base no trabalho de Marinoni para compatibilizar o IRDR às normas constitucionais. Nessa ocasião, concluiu-se que as regras relacionadas ao IRDR, se devidamente interpretadas e aplicadas pelos tribunais, serão capazes de dar consistência sistêmica às decisões tomadas pelo sistema jurídico. Para tanto, deve-se possibilitar ampla participação e controle do procedimento.

Destaca-se que, apesar de o atual cenário do Judiciário poder justificar as medidas tomadas, não se podem perder de vista os riscos relacionados aos possíveis desvios, disfunções e externalidades ao se forçar determinadas orientações de seleção, como a aplicação desmensurada do IRDR sem se ater às questões de representatividade.

Este trabalho deve servir de estímulo à análise sistêmica e à proposta de novas alternativas, pois, por meio da composição de diferentes soluções aplicadas em pontos críticos do sistema jurídico, estrategicamente identificados em estudos empíricos, entende-se ser possível produzir perturbações que disparem um processo de reestruturação capaz de fazer com que totalidade desse sistema passe a operar de forma otimizada e consistente.

Em sociedades complexas como a que vivemos, que exigem do Judiciário respostas céleres e consistentes sobre uma ampla e crescente quantidade de assuntos – veja, por

exemplo, o universo de novas possibilidades criado pelos avanços da *internet*, como o *cybercrime*, comércio eletrônico, filmes via *streaming*, entre outros –, o sistema jurídico não pode dar conta de todas as questões sem conformação de sua complexidade interna por meio de novas abordagens, como a do IRDR.

O presente estudo insere-se em um projeto mais amplo, relacionado à investigação empírica do IRDR e do fenômeno da litigiosidade no Distrito Federal. Assim, em trabalhos futuros, analisar-se-á o perfil dos litigantes dessa unidade federativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco *in*. **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civita, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** [livro digital]. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 8 jan. 2017.

CONSTANT, Benjamin (1819). Da liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. **Revista Filosofia Política**, no. 2., p. 9-75, 1985.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS MACIEL, Otávio Souza e Rocha. **Elementos ontognoseológicos para uma teorização do direito**: um roteiro de pesquisas. 2013. 114f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 13ª. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 719 p.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

FALCÃO, J., HARTMANN, I. A., CHAVES, V. P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, 2014. 151 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARINONI, L. Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas** [livro digital]: decisão de questão indêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código De Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 243, p. 283-331, 2015.

NEVES, Marcelo. *Justicia y diferecncia em uma sociedad global compleja*. In: **Revista DOXA** n. 24, ano 2001.

_____. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann: depoimento [2ª semestre, 2004]. São Paulo: **Revista Plural - Revista de ciências sociais da Universidade de São Paulo**. Entrevista concedida a Rômulo Figueira Neves.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2013. 270 p.

RODRIGUES, B. J. V. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VIII, p. 93-108. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/. Acesso em: 8 jul. 2017.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 10, nº 1065, 07 de dez. de 2010. Disponível em: <https://goo.gl/zx8mVf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A questão da Justiça de Kelsen a Luhmann**: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS.