

UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

JOÃO LUCAS CAVALCANTI LEMBI

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ASSIMILAÇÃO DO SISTEMA DE
PRECEDENTES: considerações acerca da democraticidade do novo CPC**

Belo Horizonte

2016

JOÃO LUCAS CAVALCANTI LEMBI

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ASSIMILAÇÃO DO SISTEMA DE
PRECEDENTES: considerações acerca da democraticidade do novo CPC**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da UNIVERSIDADE FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: André Cordeiro Leal.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L549n Lembi, João Lucas Cavalcanti, 1990-
O novo Código de Processo Civil e a assimilação do sistema de precedentes: considerações acerca da democraticidade do novo CPC / João Lucas Cavalcanti Lembi. - Belo Horizonte, 2016.

121 f.

Orientador: André Cordeiro Leal
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2016.

1. Precedentes judiciais. 2. Jurisprudência. 3. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. I. Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 340.142



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof Dr. ANDRÉ CORDEIRO LEAL _____

Prof. Dr. SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS _____

Profº. Dra. CINTIA GARABINI LAGES _____

MESTRANDO: JOÃO LUCAS CAVALCANTI LEMBI,

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

*“O Novo Código de Processo Civil e a Assimilação do Sistema de Precedentes:
considerações acerca da democraticidade do novo CPC”*

NOTA: (90,0) *noventa* _____

ASSINATURA ORIENTADORA: _____

DATA DA DEFESA: 28/04/2016

Dedico esta dissertação para minha mãe
que sempre me apoiou
incondicionalmente e é a razão do direito
se transformar na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente aos meus pais, pelo apoio incondicional e exemplo de vida que me deram para sempre almejar o máximo que se pode ser.

À Megan, pela compreensão quando das privações de convívio pelas noites e dias de imersão na leitura e pesquisa de livros e artigos de Direito.

Ao meu irmão, por me fazer querer mais pelos exemplos de destaque acadêmico/científico.

Ao meu orientador, professor André Leal, que se dispôs por diversas vezes a me receber para debates teóricos e expandiu os horizontes da minha percepção não apenas do direito, mas a social, política e cultural.

A todos os professores da FUMEC, pela valiosa carga de conhecimento que me passaram, seja nas aulas, seja nos momentos de descontração e conversas extraclases.

À FUMEC, por aceitar-me como aluno desse prestigiado e tradicional curso de pós-graduação *stricto sensu*.

Aos funcionários da FUMEC, pela imensa atenção e simpatia no dia a dia.

Aos meus sócios e grandes amigos pela flexibilidade e condescendência com minhas ausências para dedicar-me aos estudos.

Aos meus amigos e grandes advogados, Dr. Diego Lima, Dr. Guilherme Vinseiro e Dr. Eduardo Araújo, pela cumplicidade e colaboração.

À minha vó Natalina (*in memoriam*), que me ensinou que devemos viver para ser felizes.

Aos acadêmicos, Mônica Sette Lopes, Rosemiro Pereira Leal, Dierle Nunes, Ronaldo Brêtas, Gustavo Faria e todos os professores da PUC/MG que contribuíram para minha graduação e continuidade na vida acadêmica.

Aos meus colegas de classe, por terem caminhado os mesmos passos dessa desafiadora parte da vida.

A todos àqueles que participam da minha vida e que de certa forma me fizeram ser o que eu sou.

Stare decisis has chosen to handle the due process limit with flexibility. That flexibility, however, must be observed in substance as well as form. Flexibility requires that courts allow for the possibility of error-correction. Current stare decisis doctrine, however, does not generally allow for this possibility. (Amy Barrett)

RESUMO

A globalização trouxe influências que vão muito além da maneira de se pensar a economia, a política e a cultura, com o direito compreendido nessa rede de integração mundial. Tradicionalmente enraizado como um sistema jurídico romano-germânico, o Brasil, tendo seus pilares na codificação, recepcionou ao longo das últimas décadas institutos e ideias oriundas do *common law*. Em especial, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2002, responsável pela reforma do poder judiciário, mudaram-se diretrizes e algumas perspectivas do *modus operandi* do nosso sistema, evidenciando cada vez mais o precedente e a jurisprudência como parâmetros a serem adotados para a fundamentação de decisões judiciais. Essa jurisprudencialização é decorrente da criação da súmula vinculante que obriga juízes e tribunais a seguirem o entendimento dominante sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada sumulada. Com a introdução do conceito de um caráter normativo dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, o novo Código de Processo Civil é responsável pelo aprofundamento da jurisprudencialização, importando e adaptando ferramentas jurídicas de países do *common law*, em especial dos Estados Unidos. Entretanto, tendo em vista que nosso sistema é pautado pelo *civil law*, deve-se atentar a uma regulamentação desses institutos importados à nossa base jurisdicional, estudando as críticas e benesses que possam advir dessa assimilação. Nesse sentido, este trabalho objetiva analisar os institutos estabelecidos pela Lei 13.105/15 que fortalecem o sistema de precedentes, já com as modificações realizadas pela Lei 13.256/16. Demonstram-se, também, suas funcionalidades, tal como as críticas e heranças do Código de Processo Civil de 1973. Posteriormente, expor-se-á o paradoxo de legitimidade para a formação normativa que pendula cada vez mais entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, passando pela evolução do estado moderno ao estado pós-moderno. Finalmente, será levantado um ponto de superação desses conceitos de poder, outorgando à autoridade para quem o deveria exercer, qual seja, o povo como conjunto de legitimados ao devido processo do exercício da atividade estatal. Esta dissertação, ainda, apresenta como sugestão a criação de Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência no intuito de alinhar e harmonizar os ideais do *common law* com o Estado Democrático de Direito projetado pela Constituição brasileira.

Palavras-chave: Precedente Judicial. *Common Law*. *Civil Law*. Estado Democrático de Direito. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Globalization has influences that go way beyond topics such as the economy, politics and culture; it includes law in this world scale of networking. Traditionally raised around the civil law system, Brazil has its law basis in the Rule of Law. However, during the past decades it has been influenced by common law. With the 45th constitutional amendment in 2002, part of the judicial system was reformed, changes in the modus operandi took place and the capacity of precedents in determining future cases was increased. This growth can be attributed to the binding effect, conceded to some decisions from the Brazilian Supreme Court. Considering the previous changes in the Brazilian legal system, the new Civil Procedure Code from 2015 imported and adapted institutes from the common law system, especially from the United States. Considering that Brazilian law is still based on the civil law tradition, it is important to study the regulation from these common law institutes to know the possible benefits or problems that could arise. The following thesis aims to analyze the institutes established with the new Procedure Civil Code that contributes to the strengthening of judicial precedents. Its procedure will be shown, and a comparison and contrast will be made with the old Procedure Civil Code from 1973. Then, the legitimacy from the judiciary and the legislature will be studied, considering their capacity to establish general rules (judicial review versus rule of law), bearing in mind the concept of the modern and post-modern state. Finally, a possibility to overcome the concepts of power from the civil law and the common law will be offered, passing the legitimacy of power to the people, the true holder of the constitutional rights. In addition, a suggestion for an overruling mixed court will be presented.

Keywords: Law Precedent, Common Law, Civil Law, Democratic State of Law, New Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O IDEAL DO <i>COMMON LAW</i> COMO INSPIRAÇÃO PARA O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES	17
2.1	Questões acerca da assimilação do <i>common law</i> americano na construção dos mecanismos de formação e combate de jurisprudência no Brasil	18
2.2	O <i>common law</i> e suas influências no Brasil.....	22
2.3	Do sistema de precedentes do <i>common law</i> americano e suas ferramentas jurídicas	25
3	O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI FEDERAL Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015	37
3.1	A instabilidade do sistema fornecido pela Lei Federal nº 5.869/73 – importância do precedente judicial na solução de litígios	40
3.2	O Precedente judicial no Novo Código de Processo Civil.....	47
3.2.1	O dever de pacificação e observação da jurisprudência/precedente judicial - os artigos 926/927 do NCPC e seus desdobramentos	48
3.2.2	O Incidente de Demandas Repetitivas e a busca da razoável duração do processo	56
3.2.3	O Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade	61
3.2.4	A reclamação e o seu novo status pelo novo Código de Processo Civil	64
3.2.5	Dos julgamentos “in limine litis” e dos óbices recursais pela prévia observância dos precedentes judiciais	68
3.2.6	A amplitude da importância das decisões judiciais no NCPC e seus riscos... ..	76
4	O EMBATE ENTRE O PODER JUDICIÁRIO VERSUS PODER LEGISLATIVO – UMA QUESTÃO A SER SUPERADA	83
4.1	O Estado Moderno – do seu nascimento aos dias atuais e seu paralelo com o constitucionalismo.....	84
4.2	Breves considerações sobre o legalismo versus jurisdicionalismo e a jurisprudencialização do direito proposta pelo novo Código de Processo Civil	93
4.3	Enfoques alternativos	102
4.3.1	A teoria neoinstitucionalista como crítica aos fundamentos dogmáticos do <i>common law</i> ou do <i>civil law</i>	103
4.3.2	Uma proposta para a aproximação da construção democrática dos precedentes com força normativa – as “Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência”	105
5	CONCLUSÃO	109
	REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

Historicamente a atuação do poder judiciário brasileiro vincula-se a um modelo originário do Direito romano-germânico, caracterizando-se como um sistema adotante do *civil law*, o que significa que o Direito se origina primordialmente das casas legislativas, no caso em específico, do Congresso Nacional, de maneira principal e, subsidiariamente, de seu equivalente no plano estadual e municipal.

Nesse sistema, tem-se a lei como principal fonte das fundamentações judiciais, sendo que qualquer mudança legislativa impacta diretamente nas decisões a serem proferidas com base na norma modificada, respeitando, logicamente, a sua vigência e aplicabilidade. Verifica-se assim a codificação das normas legais – no sentido de legalidade –, sendo indispensável aos países adotantes desse modelo a contínua modificação das leis, para que, na apresentação de um caso ao Poder Judiciário, haja um regramento prévio. Essa necessidade atribui ao legislador o dever de observar contínua e intensamente a transformação das relações sociais, políticas, ambientais, científicas e tecnológicas, para saber não apenas qual norma deverá ser estipulada, mas quando produzi-la, sob pena de descompasso com os problemas a que as normas precisam responder.

Logo, no âmago do sistema do *civil law*, encontra-se no legislador¹ um papel fundamental na formação de um direito a ser aplicado na atividade jurisdicional, sendo – ou pelo menos devendo ser – sua atividade mais influente nos provimentos finais do que o próprio juiz, que deverá restringir-se a uma base legal que lhe fora previamente fornecida pela constituinte e pelos legisladores.

Outro grande sistema do Direito é conhecido como *common law*, de origem anglo-saxônica, que se desenvolve primordialmente pelas decisões proferidas pelos juízes, constituindo-se da jurisprudência² e dos precedentes a serem seguidos.

¹ Coloca-se o legislador em seu *lato sensu*, uma vez que a formação da lei pode advir da atividade legislativa parlamentar, do poder executivo por meio de suas competências legiferantes normativas e até mesmo do próprio povo. Logicamente, que cada país adotante do *civil law* possui suas especificidades para a formação de normas positivadas.

² Salienta-se que, nesta dissertação, o conceito de jurisprudência é trabalhado no sentido estrito, como um conjunto de decisões que formam uma interpretação da norma positivada pelo Poder Judiciário. O ministro José Augusto Delgado (2012) explica: “A jurisprudência, em uma visão histórica, é vista, sob o aspecto pragmático, em dois sentidos: o estrito (conjunto de sentenças judiciais já definitivamente julgadas, onde é dada credibilidade geral ao conteúdo normativo

O Common Law corresponde a um sistema de princípios e de costumes observados desde tempos imemoriais e aceitos, tacitamente, ou expressamente pelo poder legislativo, revestindo ora caráter geral, quando vigoram em todas as jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões, tão somente.

Sua prova resulta da jurisprudência, pois ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das cortes e publicados em coletâneas (*reports*), adquirem a força obrigatória de regras de precedentes (*rules of precedents*), para regerem os casos futuros; ademais juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que subseqüentemente, ampliam os limites da Common Law e, assim generalizados, propiciam a sua evolução. (RÁO, 1999, p. 131).

O *common law* puro não necessita obrigatoriamente de um código para sua construção, o que significa que não há uma compilação de normas por um tema específico, assim como o Código Civil, o Código Penal ou um Código Tributário. Há sim, uma série de julgados esparsos que formam precedentes a serem observados em casos similares. As decisões judiciais são mantidas como parâmetro, formando a jurisprudência. Cada caso inédito passa por um julgamento em que se estabelece o contraditório e a ampla defesa³ entre as partes envolvidas, sendo a sentença⁴ produto de um *leading case*, que é o precedente a ser seguido para os próximos casos. Isso concede ao Poder Judiciário amplo poder de determinar a construção do próprio direito aplicável.

Essa é uma visão teórica pura (MARINONI, 2011) desses dois sistemas, sendo que atualmente não há registro de um país que adote apenas um desses paradigmas (DAVID, 1996). Credita-se essa impureza ao fato que nos últimos séculos a globalização aproximou culturas e Estados, inevitavelmente influenciando a maneira de lidar com a economia, política, meio ambiente, ciência e, conseqüentemente, o direito (THEODORO JÚNIOR, 2010). Somando-se a progressão do acesso à informação, verifica-se que a sociedade percebeu mudanças avassaladoramente rápidas em comparação aos milênios anteriores, com efeitos, principalmente, na regulamentação do mercado e desenvolvimento da

positivado) e o lato (se apresenta como sendo parte integrante da Ciência do Direito, no estágio de doutrina científica, pelo que é considerada fonte formal indireta ou subsidiária do Direito)."

³ A ampla defesa no sistema *common law*, especialmente no sistema americano pode ser consideravelmente relativa em comparação ao sistema jurídico brasileiro, uma vez que cada parte deverá se dispor a produzir suas provas utilizando-se de recursos próprios, o que por vezes inviabiliza uma construção probatória completa. Por outro lado, verifica-se ampla possibilidade de produção de provas especializadas no processo, indo muito além de uma mera perícia do juízo. (CAENEGEM, 1999).

⁴ Vale ressaltar que grande parte dos casos possui uma decisão pelo júri de procedência ou improcedência, cabendo ao juiz determinar na sentença a pena ou forma da prestação judicial.

economia (HJORLAND; CAPURRO, 2003), que em uma sociedade capitalista repercute nas demais áreas, especialmente no contexto legal.

Assim, ocorreu em maior escala o contato entre o *civil law* com o *common law*, tendo essa conexão implicado influências para ambos os sistemas, gerando mudanças no *modus operandi* do poder judiciário dos países adotantes dessas estruturas. Os Estados Unidos e a Inglaterra (1998), principais expoentes do *common law*, registraram diversas importações de ideais dos países romano-germânicos. A título de exemplificação⁵, enquanto o primeiro desenvolveu o *U.S. Code of Federal Regulations*, em 1938, (JABLONSKI, 1996, p. 1), o segundo consolidou o *Civil Procedure Rules*, em 1998. De igual modo, os países adotantes do *civil law* acresceram grande importância às decisões judiciais, encontrando na jurisprudência um fator de capacidade decisória.

Esse influxo mútuo foi batizado pela escola jurídica italiana como o “*due iceberg a confronto*” (GAMBARO, 2009, p. 12), visto de maneira metafórica como os dois grandes icebergs jurídicos que estão colidindo e ao mesmo tempo se transformando.

O que se pode inferir é que a globalização permitiu grande propagação e miscigenação de sistemas, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento da tecnologia da informação, que trouxe maior facilidade e acessibilidade ao conhecimento que se desenvolvia na época (HJORLAND; CAPURRO, 2003), combinado com a busca pelos Estados Democráticos de convergir o Direito Constitucional e o procedimento⁶, para somente assim chegar a um processo⁷ constitucional, no intuito de estabelecer Direitos Fundamentais como bases necessárias para a construção social de qualquer país que se diga democrático (THEODORO JÚNIOR, 2010).

⁵ Existem várias outras codificações para esses países, contudo, cita-se apenas a de maior relevância acadêmica.

⁶ Segundo Leal (2011, p. 256), o procedimento é uma “estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais, segundo o modelo legal, numa relação espaciotemporal em que o ato inaugural é pressuposto do ato consequente e este como extensão do ato antecedente, e assim sucessivamente, até o final provimento.” Salienta que como figura instituída pelo processo, há de apresentar uma ordinariedade estrutural que seja consonante com os escopos da sua principiologia (LEAL, 2013).

⁷ Essa busca dos Estados Democráticos, em especial do Estado Democrático de Direito, ultrapassa o conceito de jurisdição e procedimento – de acordo com Leal (2013, p. 5) processo é a “instituição coconstitucionalizante do ordenamento (sistema) jurídico implantado, não impondo imanência do procedimento ao processo para ser assegurado o contraditório nas estruturas da procedimentalidade” – ultrapassando a ideia de “jurisdição constitucional” chegando à ideia de um Processo Constitucional como condição para legitimação da própria atividade jurisdicional.

Toda essa união e preocupação em garantir Direitos Fundamentais, somados ao intenso intercâmbio de culturas e aproximação dos Estados, também harmonizaram os dois principais sistemas jurídicos que se encontram em choque, dando início a uma desconstrução de paradigmas seculares, formando-se novas premissas e mudando o seu *modus operandi*. Tudo isso merece especial atenção da doutrina para que se atinja seu objetivo mais nobre, que é a melhor prestação jurisdicional, garantindo os Direitos Fundamentais, além de oferecer segurança jurídica, tratamento isonômico e uma razoável duração do processo.

Tamanho é o intercâmbio de institutos jurídicos que em alguns locais torna-se quase impossível em rotular o sistema jurídico adotado no local:

A tentação para falar de uma família de direito ocidental é tanto mais forte quanto é certo que existem, em certos países, direitos que não se sabe bem a qual das duas famílias pertencem, na medida em que tiram alguns dos seus elementos à família romano-germânica e outros da família da common law. Entre estes direitos mistos podem citar-se os direitos da Escócia, de Israel, da União Sul Africana, da província de Quebec e das Filipinas. (DAVID, 1996 p. 20).

No Brasil houve intensa modificação na estrutura do Poder Judiciário, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe significativa importância à jurisprudência, em especial o artigo 103-A⁸, da Constituição Federal de 1988, o qual possibilitou a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, portanto, considerável influência de institutos do *common law*, como o *stare decisis* (decisões que possuem efeito vinculante e que garantem que o direito não se modifique de maneira errática) no sistema jurídico brasileiro.

⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Atualmente, essa jurisprudencialização do direito no Brasil tem sido significativamente discutida tanto pela doutrina, como pelo o próprio poder legislativo no plano infraconstitucional, que teve como expressivo resultado a aprovação do novo Código de Processo Civil (doravante NCPC), representado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que passou a vigorar no ordenamento jurídico pátrio a partir de 18 de março de 2016, nos termos do artigo 1.045⁹. Conforme se verificará, o NCPC concebe grande força aos precedentes judiciais na formação de julgados, com evidente inspiração no sistema *common law*.

O mero debate sobre precedentes fortalece o instituto, contudo, o NCPC trouxe toda a atenção para sua aplicabilidade que trará importante mudança na construção de atos judiciais.

As mudanças serão significativas na prática processual. O Código de Processo Civil (doravante CPC), previsto na Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, faz uma única menção à palavra “precedente” em todos os seus 1.220 artigos (na verdade a palavra “precedente” é encontrada seis vezes no CPC, entretanto, somente no artigo 479 ela possui o significado de precedente como decisão judicial pretérita). Apenas no artigo 479, que está inserido no Título IX, “do processo nos Tribunais”, verifica-se a menção ao precedente judicial, que seria um produto de julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, tornando-se objeto de súmula para uniformização da jurisprudência.

No NCPC existem seis menções explícitas ao precedente judicial, que possui importância desde a formação de sentença¹⁰, até como requisito de admissibilidade de recurso¹¹, temas que serão analisados oportunamente.

Por ora, destaca-se a extensa influência e importância que os atos decisórios transitados em julgado passarão a ter no ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com a que possui atualmente.

Nesse sentido, pretende-se compreender as raízes da formação dos precedentes e suas influências no sistema *common law*, em especial o norte-americano, uma vez que possui vários institutos que são fontes inspiradoras do NCPC e nos ideais doutrinários do processo civil brasileiro¹². Somente assim será

⁹ Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

¹⁰ Artigo 489 do NCPC.

¹¹ Artigo 1.042, §1º, inciso II do NCPC.

¹² Logicamente, no que diz respeito à sistemática da jurisprudencialização e dos precedentes judiciais, uma vez que os demais institutos processuais, como o próprio processo civil no Brasil,

possível um estudo aprofundado da aplicação jurisprudencial na formação e influência de julgados na base romano-germânica de desenvolvimento da lide¹³.

Para o desenvolvimento deste trabalho, a base inicial é o conceito de precedente como uma “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER, 2008, p. 347). Logo, verifica-se a apropriação de uma força normativa que o precedente judicial passa a ter com esse conceito.

Genericamente, o propósito do fortalecimento desse instituto possui objetivos jurídicos e operacionais na uniformidade e estabilidade das decisões judiciais, o que tem como consequência, em síntese, homogeneidade no poder judiciário acarretando na diminuição da litigância para casos consolidados, o que ocorre atualmente no cotidiano processual.

Feitas essas considerações, após o devido estudo teórico da importância dos precedentes judiciais para o Direito, aprofunda-se no estudo da construção dessa nova técnica decisória de utilização de precedentes judiciais como um dos métodos a serem observados na resolução do conflito. É de suma importância a análise crítico-teórica, para evitar a construção de anomalias jurídicas que prejudiquem direitos fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório, esquivando-se de uma dogmatização e da criação de ideologia engessada, que não permita a sua falseabilidade por detrás de argumentos de autoridade.

Para tanto, será buscado os objetivos e pilares em que o *common law* possui sua construção sistêmica, possibilitando o estudo da assimilação dos seus mecanismos no fortalecimento da jurisprudência no Brasil. Nesse sentido, será feita uma análise dos pontos positivos e negativos desse sistema de precedentes e seus institutos. Em seguida, estuda-se os artigos do novo Código de Processo Civil que dizem respeito à função normativa do precedente judicial, passando pelas heranças do Código de Processo Civil de 1973, a exposição de motivos do CPC e o desenvolvimento de seu projeto. Finalmente, o embate entre o Judiciário e Legislativo como fonte de imposição normativa será cotejado no modelo de estado atual, apresentando-se o choque recíproco do *rule of law* com o *judicial review*, no intuito de oportunizar um estudo crítico aos fundamentos dogmáticos do *common*

possui sua influência advinda principalmente de países de tradição romano-germânica para a fundamentação de sua base teórica.

¹³ Utiliza-se lide como decisão do conflito, sem que haja interesse moral.

law e do *civil law*, expondo-se, ainda, uma propositura de construção democrática dos precedentes judiciais.

2 O IDEAL DO *COMMON LAW* COMO INSPIRAÇÃO PARA O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES

Com uma lógica de construção do direito pelo Poder Judiciário, o *common law* possui sua normatividade advinda do próprio caso/problema. Logo, para esse sistema, o seu conteúdo normativo orientador possui origem em um procedimento que buscou a melhor solução para um determinado tipo de conflito, tendo como consequência a formação de um precedente que guiará casos futuros. Nesse sentido, a obtenção de um resultado seguiria como Popper (2004) coloca como o ponto de partida da epistemologia, que também é o próprio problema, sendo um importante passo para que se possa lograr em uma sistemática científica do direito¹⁴. Trata-se do desenvolvimento de um resultado pela contrariedade, sendo devidamente submetida à falseabilidade.

O *common law* possui seu ideal de construção por conceitos importantes para a democracia, assim como a moralidade, o progressismo, do direito como integridade e ética (DWORKIN, 2013), colaborando para uma ideia de conceder um caráter científico racional ao direito, possibilitando a oferta de um provimento final¹⁵ objetivo e justo.

Cumprе ressaltar que se busca o ideal do *common law*, sua premissa, uma vez que não há no mundo um sistema jurídico sem falhas, capaz de precaver qualquer situação e conceder uma perfeita prestação jurisdicional¹⁶ em todos os casos. Há sempre a procura do ideal¹⁷, caso contrário seria admitir que se importassem erros e problemas, assim para cada instituto adotado visa-se a sua melhor aplicação, sem negar que possam existir defeitos.

Não se trata de uma importação pura e cega do *common law*, mas sim da incorporação e da devida compreensão das principais características e,

¹⁴ Interessante observar nesse ponto que se forma um ambiente suscetível a aplicação de uma cientificidade ao direito, possibilitado por uma instituição constitucionalizada do processo de ter um “referencial de decidibilidade desde a criação da lei até sua incidência, aplicação, extinção ou transformação” (LEAL, 2011, p. 75), inserindo-se na teoria neoinstitucionalista do processo.

¹⁵ Lê-se provimento final como provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes), aos quais resultem de compartilhamentos dialógico-processuais na “Comunidade Jurídica Constitucionalizada, ao longo de criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade” (LEAL, 2011, p. 72).

¹⁶ Vide cit. 12.

¹⁷ Lê-se ideal como um sistema que resolva mais problemas (POPPER, 2009) em toda a dissertação.

principalmente, da correta utilização dos seus institutos para que sirvam de autênticos guias dos operadores do direito.

O direito como ato de solução de uma lide trata de problemas preexistentes, o que significa que um problema novo – que não tenha sido possível sua previsão – não possui sua melhor solução enunciada¹⁸. Para tanto, os operadores do direito devem utilizar as ferramentas disponíveis no sistema jurídico vigente, tornando-as capazes de se adaptarem para chegar à nova solução, que nem sempre é obtida de imediato. Para Costa (2002, p. 84):

[...] numa sociedade em que se pretenda um Estado Democrático de Direito só é possível pensar em sistema jurídico enquanto um sistema aberto e fragmentário, que vai superando uma estrutura estática, dando dinamicidade a um sistema que se propõe a regular a ordem social.

A proposta para que a formação de um precedente ocorra a partir de referências à moralidade e eticidade, construído a partir de um problema, para somente assim se obter uma solução, se apresenta como uma das possibilidades de melhoria do sistema judiciário. Assim, o que se deve procurar é o ideal que seria o *common law*, uma vez que não se pode ignorar que existem falhas nesse sistema, devendo ser separado o que de fato é frutífero do que não passa de uma utopia.

2.1 Questões acerca da assimilação do *common law* americano na construção dos mecanismos de formação e combate de jurisprudência no Brasil

É inútil e improdutivo estudar e entender qualquer tipo de ciência diversa – no caso, a ciência jurídica¹⁹ – sem que se busque um resultado. Mesmo que obtenha um resultado negativo, em outras palavras, de descarte da solução proposta inicialmente, seja por completa incompatibilidade, seja por ausência de

¹⁸ Tal fato não exclui a necessidade de prevenir o máximo possível a formação e existência de problemas futuros, sendo que sempre que se for pensado uma situação, deve-se buscar o seu regramento mais abrangente e científico possível, fazendo uma processualização testificante da sua aplicabilidade como de sua validade normativa-democrática, “porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito.” (LEAL, 2011, p. 75).

¹⁹ Nas palavras de Quezada (1990, p.14): “Por otro lado, queremos dejar apuntado que el objeto de estudio de la ciencia del derecho son las normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo determinado.”

resultados benéficos, é primordial pensar em desdobramentos técnicos da proposta estudada. Deve-se ter um estudo de todas as partes que compõe um entendimento, contrapondo e completando aspectos à medida que a investigação se desenvolve.

Investigar os opostos significa, com efeito, estabelecer o valor, de verdade ou falsidade, das duas soluções opostas a uma mesma aporia, o que Platão faz deduzindo as consequências que derivam de ambas, para ver quais levam a conclusões impossíveis e quais, ao contrário, não. Tudo isso pode se feito “independentemente da essência”, isto é, sem pressupor o conhecimento dos princípios, porque não se trata de uma racionalidade apodítica, mas de uma racionalidade dialética, mesmo em seu uso cognitivo. (BERTI, 1998, p. 37).

Como já dito, pode-se chegar a uma conclusão de que o objeto estudado não possui qualquer utilidade prática ou teórica. Com esse fechamento acaba-se por ter um ponto útil, uma vez que se poderá descartar a aplicação e o experimento efetivo do elemento analisado. Constata-se, portanto, a inutilidade prática da hipótese levantada.

Contrariamente ao ponto anterior, existe a possibilidade de verificar que o objeto de estudo é a solução para um problema real (MORIN, 2004). Nesse sentido, o estudo apontará uma maneira de buscar a utilização do resultado científico obtido, podendo inclusive substituir por completo o paradigma que utilizava até então como o de maior proveito. Nesse contexto haverá uma ruptura de sistemas, mudando consideravelmente o tema específico que foi desenvolvido.

Por outro lado, existe a hipótese de concluir que o objeto estudado pode ser empregado parcialmente para benefício de sua área científica (MORIN, 2004). Nesse sentido, separa-se a parte que possui utilidade e que trará benefícios para empregá-la como um método de progressão de um sistema, sendo que o elemento que não possui efeitos benéficos será descartado como uma ciência retrógrada.

Não obstante, existem infinitos pontos e perspectivas científicas a serem estudados. Logo, encontra-se como importante saber o porquê de se estudar um tema específico em detrimento de outro. A escolha do tópico a ser desenvolvido possui uma justificativa racional, caso contrário, há várias soluções ficcionais para problemas que não existem²⁰.

²⁰ A título de exemplificação, poderia se citar um estudo de câncer de útero em homens acima de 60 anos. Ora, ninguém estuda esse tema pelo simples fato de não existir. Todo estudo busca um resultado concreto que possa trazer algum tipo de resultado. Por isso sempre se encontra uma justificativa para dar início a um estudo. Trazendo o exemplo para o âmbito do direito, caberia

Levantadas essas considerações iniciais deve-se responder às questões para alguns pontos, partindo-se das indagações mais genéricas para as mais específicas.

A primeira pergunta que se deve levantar é o porquê de se estudar o *common law*. Essa indagação inicial já foi implicitamente respondida, uma vez que dito que a globalização foi um processo que colocou em intensa interação sistemas diferentes, sejam eles políticos, econômicos, sociais e até mesmo jurídicos, sendo quase inevitável a miscigenação desses preceitos, com o intercâmbio de estudos e conhecimentos entre todos esses pontos mundialmente. Tal fato teve como consequência a adoção de entendimentos e ferramentas estrangeiras por todos os países. Logo, verifica-se que o *common law* foi fonte inspiradora dos mais diversos e variados institutos jurídicos no Brasil, sendo necessário um estudo que não se limite apenas ao tema em si mesmo, mas que também abranja a influência do sistema no próprio instituto.

Já o segundo questionamento deve estar em torno do saber se compensa o estudo do *common law*. O simples fato de ter adotado e tomado esse sistema como fonte inspiradora para o desenvolvimento de ferramentas jurídicas no Brasil, torna necessário o seu estudo. Contudo, ainda deve-se saber é vantajoso o estudo do *common law* para o desenvolvimento do instituto dos precedentes judiciais no Brasil. Ora, o próprio sistema anglo-saxão se constitui de precedentes, tendo seu nascimento, base e desenvolvimento centrado principalmente nos próprios julgados, sendo indiscutível o fato de já possuir vasta experiência na aplicabilidade e funcionalidade dos precedentes judiciais.

Encontra-se nesse sistema uma cultura jurídica secular já historicamente consolidada e enraizada ao redor da jurisprudência e sua devida importância para a construção do direito interno. Prontamente há um extraordinário *know how* no funcionamento da sistemática de construção jurisprudencial e do próprio direito pelo precedente, seja ela como fonte normativa formal, seja como sua aplicabilidade prática ao caso concreto.

A origem do *common law* não passa por qualquer codificação, mas sim por um sistema fragmentado com sua essência encontrada na tradição e os costumes legalmente reconhecidos por suas cortes, que diz e interpreta o direito

colocar uma análise das condenações de um animal que comete um crime cibernético. Não há um motivo para tanto. Aonde existe uma pesquisa sempre encontrará uma razão.

(DAVID, 1998). É justamente o reconhecimento oficial desse uso e costume que remete ao conceito de precedente judicial, uma vez que essa “tradição” foi reconhecida oficialmente por uma construção jurisdicional.

O estudo do *common law* para o entendimento do direito vigente no Brasil vem se tornando cada vez mais importante. Como já demonstrado nos capítulos anteriores, a compreensão do direito interno brasileiro passa por vários institutos e proposições do direito anglo-saxônico. No que tange ao processo, as próprias ferramentas versadas anteriormente possuem seus aspectos abordados na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil. Destaca-se:

Dever de gestão e possibilidade de criação de procedimentos no caso concreto: sugere que se observem os parâmetros do CPC inglês e da regulamentação de Portugal, em que há parâmetros objetivos que o juiz deve seguir. Atenção ao modelo de *Common Law*, em que se dá maior atenção aos fatos da causa julgada pelos tribunais; Evitar-se a dispersão de votos, que diminui a força dos precedentes; Maior adoção das práticas dos *distinguishing* e do *overruling*. (BRASIL, 2010, p. 326).

Somam-se tais considerações aos ideais do *common law*, que possuem sua proposta de operabilidade centrada na segurança jurídica, uniformidade e eficiência, sem perder a capacidade de fornecer ao jurisdicionado o contraditório e o devido processo legal.

Tudo isso fornece razões suficientes para o estudo aprofundado do modelo anglo-saxão, em especial o norte-americano, para somente depois lançar um olhar crítico às adoções e importações de institutos, como a sistemática que essa ideia tomará na possível funcionalização que possa ocorrer no sistema jurídico brasileiro. Imprescindível observar que o fato de o Brasil ter seu Poder Judiciário pautado em premissas históricas relativamente distantes do objeto de estudo, não significa que deva haver uma substituição de todo entendimento aplicável atualmente. Deve-se, portanto, buscar o ideal da celeridade e uniformidade do poder judiciário, adaptando-o de maneira que busque as virtudes do sistema adverso evitando repetir erros já praticados. Não se trata de uma integração do *common law* com o *civil law* para a práxis que busca adotar, mas sim a incorporação de ferramentas jurídicas que permitirão o aperfeiçoamento do que é realizado no Poder Judiciário pátrio.

2.2 O *common law* e suas influências no Brasil

Conforme já demonstrado, o sistema brasileiro vem sendo consideravelmente influenciado por sistemas jurídicos de outros países. Especificamente, no que tange à jurisprudencialização do direito e aos precedentes judiciais como parâmetros a serem observados na formação decisória, a maior influência chega diretamente do *common law*, em razão da vasta experiência²¹ nessa seara jurídica.

Contudo, observa-se que esse influxo ocorre há vários anos, sendo múltiplas as importações feitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sejam elas advindas do *common law* ou de países de *civil law*.

Exemplo disso é o próprio Código de Processo Civil de 1973, que na sua exposição de motivos feita pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, serve-se de institutos processuais italianos, austríacos, alemães e portugueses. Inclusive a primeira menção realizada na exposição de motivos do Código de 1973, é um trecho em italiano de Chiovenda²² (BRASIL, 2010). No decorrer da exposição Buzaid menciona explicitamente:

O processo de conhecimento elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos. (BRASIL, 2010, p. 11).

Verificada a abrangente adoção de premissas estrangeiras pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito processual, cabe destacar a ação do *common law* como norteador de bases jurídicas já incorporadas.

Cita-se como exemplo de “ferramenta judicial” de proveniência originária inglesa (SILVEIRA NETTO, 2005) nada menos que os Juizados Especiais Cíveis e Criminais que possuem ampla utilidade no Brasil, na esfera estadual, federal ou da

²¹ Experiência no sentido de ter ocorrido por séculos construções de métodos e ferramentas com um intuito de aperfeiçoar, ou, no mínimo, melhorar o sistema judiciário.

²² Antes mesmo de fazer uma introdução à exposição de motivos do código de processo civil Alfredo Buzaid utiliza-se de trecho em italiano de Chiovenda: "Convien decidirse a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso." (CHIOVENDA, La Riforma del Procedimento Civile, Roma. 1911, pág. 4.).

fazenda pública (Leis 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09 respectivamente). Não obstante, apesar de sua gênese inglesa, os juizados especiais possuem principal assimilação progênie estadunidenses (GRECO, 2011), uma vez que inspirados pelas *small claims courts* que tratam de causas menos complexas, de pouca repercussão econômica e que não necessitam de um *attorney* (advogado) para mover a jurisdição.

No que tange a influências externas no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se de maneira singular que o sistema judiciário norte-americano é o maior expoente do *common law*. Deve-se atribuir significativa relevância a esse acontecimento por fatores extrajurídicos, como o fato de os Estados Unidos serem uma potência econômica, política e científica das últimas décadas. Outro importantíssimo fator a considerar é o amplo predomínio das universidades norte-americanas entre as melhores do mundo, ocupando seis dentre os 10 melhores cursos de direito do mundo²³, além de uma ampla produção científica e acadêmica publicada mundialmente.

Outra notável importação, advinda também dos Estados Unidos, são as *class actions* ou ações coletivas, que, ao serem adotadas no Brasil (SANTOS, 2013), tomaram forma de Ações Civis Públicas^{24, 25}, que buscam a defesa de interesses²⁶ difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mais uma vez, verifica-se uma raiz inglesa que foi desenvolvida, uma vez que a *class action* possui inspiração primária do *bill of peace*, que é uma espécie de demanda coletiva na qual condiciona a presença de interesses comuns, abrangendo vários litigantes aos quais deverão se submeter a uma coisa julgada coletiva (SOUSA, 2013).

²³ De acordo com a “QS World University Rankings by Subject 2015”. Disponível em: <<http://www.topuniversities.com/university-rankings-articles/university-subject-rankings/top-law-schools-2015>>. Acesso em: 20 out. 2015.

²⁴ Prevista na Lei 7.347/85, art. 129, II e III e § 1º da Constituição Federal de 1988.

²⁵ Apesar da influência das *class actions* na formação da ação civil pública brasileira, há de se destacar que existem diferenças importantes em sua sistemática e legitimação tal como destaca Maciel Júnior (2006, p. 139-140) “nesse sistema há um alargamento do juízo para a discussão de um problema referente a uma classe ou categoria de pessoas. Aquele que propõe a ação (chamado de *class actor*) não precisa de prévia autorização através de lei específica. Normalmente é uma associação que se apresenta em juízo como representante de uma classe. O ressarcimento do dano não fica limitado ao indivíduo prejudicado, alcançando toda a extensão do ato violador. O juiz deve exercer um importante papel de controle da admissibilidade da representação.”

²⁶ Deve-se destacar que o termo “interesses” difusos e coletivos não se apresenta da melhor forma, uma vez que o interesse “é sempre individual, porque pertence à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 54), assim entende-se o “interesse coletivo” como a busca de um bem para a coletividade

Ultrapassando a esfera processual, chegando-se ao direito material, mais especificamente no direito penal, tem-se a Lei de Proteção às Testemunhas (Lei 9.807/99) e os institutos que a compõem (FARIA, 2012). Apesar de verificar espécies normativas de proteção à testemunha que possuam similaridades em outros países, assim como a Itália, França e Espanha, depara-se mais uma vez com uma orientação advinda do direito norte-americano para a construção nacional dessa lei. A delação premiada prevista nos artigos 13 e 14²⁷ dessa lei foi um instrumento efetivamente utilizado em outros países, como no combate à máfia italiana de Al Capone²⁸ nos EUA (POWERS, 1983).

Ainda, cita-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que como o restante do mundo capitalista, teve seu nascedouro no *common law* dos Estados Unidos que esprou esse modelo e o desenvolveu em seus diversos períodos²⁹. Mais uma vez, verificou-se na construção da norma brasileira um apanhado de influências de outros países, como Alemanha, Portugal e o direito comunitário europeu (RÊGO, 2009), sem, contudo, deixar de se notar especialmente um predomínio norte-americano.

Não diferente de boa parte da construção do direito interno brasileiro, encontra-se o novo Código de Processo Civil, que admite ter influências estrangeiras, incluindo-se dentre elas a do *common law*. Verifica-se da exposição de motivos do projeto inicial do NCPC:

²⁷ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

²⁸ Cf também <https://www.fbi.gov/about-us/history/famous-cases/al-capone>.

²⁹ O processo de evolução da defesa do consumidor pode ser ali periodizado em quatro etapas, cujos limites aproximados seriam os seguintes: 1- fins do século XIX (quando surgem as primeiras medidas de proteção ao consumidor) até 1929: a defesa do consumidor avant la lettre 2- 1930s (New Deal) até meados dos anos 1960s: a emergência da figura do consumidor e do campo de sua proteção 3- meados dos anos 1960 e anos 1970: o auge do consumerismo e a regulamentação concentrada 4- 1980s para a frente: o início do declínio do consumerismo e a busca de alternativas à regulamentação. (Proteção Do Consumidor: Um Estudo Comparativo Internacional, relatório de pesquisa nº 1 de 1995 da Escola De Administração De Empresas De São Paulo Da Fundação Getúlio Vargas).

Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. (BRASIL, 2010, p. 8).

É verificável o grande influxo institucional de teorias e institutos advindos do *common law*, em especial dos Estados Unidos. O modelo anglo-saxão encontrou grande respaldo no desenvolvimento e crescimento na capacidade econômica e financeira dos países que o adotam, tal como em seu poderio político. Logicamente, existem várias ressalvas e variações na disseminação desses sistemas, tendo em vista o grau de desenvolvimento de cada região e suas necessidades primordiais, contudo, a célula inicial do *common law* encontra-se estabelecida. Importante salientar que não se trata de uma predominância desse sistema sob os demais, já que ele próprio sofre grandes influências do *civil law*, mas sim de uma distinta notabilidade utilitária de suas ferramentas, em especial para a uniformização e agilidade na construção da jurisprudência.

2.3 Do sistema de precedentes do *common law* americano e suas ferramentas jurídicas

Voltando-se aos precedentes, nota-se de maneira singular a possibilidade de fazer um parâmetro entre os institutos do sistema judiciário norte-americano, com o fundamento teórico/legal observado na metodização do aproveitamento dos precedentes na *civil law*, em especial no Brasil. Além de todas as razões expostas do porquê existe um espelhamento tão significativo em relação a esse país, é fundamental lembrar que ele possui enraizada uma cultura jurídica, historicamente consolidada ao redor da jurisprudência e sua devida importância para a construção do direito interno. Isso concede boas razões para estudar o *civil procedure* americano como exemplo a ser observado – não necessariamente seguido – na aplicação dos institutos dos precedentes.

A necessidade desse estudo do Direito Processual estrangeiro no Brasil se confirma pelas palavras de Dinamarco (2009, p. 28):

A ciência processual brasileira vive atualmente, mais do que nunca, uma grande necessidade de se conscientizar das realidades circundantes e tomar conhecimento dos conceitos e institutos dos sistemas processuais de outros países, com a finalidade de buscar soluções mais adequadas para os problemas da Justiça brasileira.

O sistema de precedentes americano possui vários meios recursais na construção de um procedimento judicial, sendo fundamental na formação dos pedidos (*claims*), decisões judiciais e construção do direito interno. O precedente judicial deve ser tomado “como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER, 2011, p. 381). O próprio ensino jurídico possui considerável parte assentada no estudo de precedentes que estabeleceram entendimentos a respeito de um determinado ponto. Outra definição para o entendimento do precedente judicial feito por um norte-americano é realizada por Black (1990), que, juridicamente, define o precedente judicial como um caso sentenciado ou decisão de uma corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito³⁰.

Há uma notável preocupação do sistema jurídico estadunidense em se estabelecer uniforme em suas decisões judiciais, ocorrendo inclusive um receio sobre a percepção pública do Judiciário em caso de mudança de entendimento jurisprudencial (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1992)³¹.

Observa-se o *stare decisis* como um dos principais pilares do sistema jurídico processual norte-americano. Esse instituto pode ser definido como decisões proferidas pela corte superior que possuem efeito vinculante. *Stare Decisis* é a abreviação da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido” (GRACIE, 1994, p. 282). O referido termo é usado de várias maneiras, no entanto, seu significado mais básico, é a prática de uma corte de seguir um precedente, seja seu ou de corte superior. Para Tucci (2004) a premissa base da doutrina do *stare decisis* é a necessidade do

³⁰ No original: “*an adjudge case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*”.

³¹ Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 866–67 (1992); Vasquez v. Hillery, 474 U.S. 254, 265–66 (1986); Moragne v. States Marine Lines, Inc., 398 U.S. 375, 403 (1970); Deborah Hellman, *The Importance of Appearing Principled*, 37 ARIZ. L. REV. 1107, 1118–20 (1995) (claiming that the Court’s concern about how *stare decisis* will affect its image is a twentieth-century trend that Casey fully developed); Maltz, *Death of Stare Decisis*, *supra* note 67, at 484; Powell, Jr., *supra* note 67, at 484; John Paul Stevens, *The Life Span of a Judge-Made Rule*, 58 N.Y.U. L. REV. 1, 2 (1983).

magistrado observar, em casos anteriores, a solução que o sistema judiciário adota para casos análogos ao que se encontra *sob judice*.

No estudo *Stare Decisis* (RE, 1994), traduzido e publicado pela ministra Ellen Gracie Northfleet, do Supremo Tribunal Federal, adverte-se que, no *common law*, a doutrina do *stare decisis* é essencial para prestigiar a estabilidade e permitir o desenvolvimento de um sistema consistente e coerente³². Sendo que o *stare decisis* preserva a continuidade de um entendimento que é tomado como o correto, assegurando igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação.

Segundo essa proposta, verifica-se uma verdadeira doutrina do *stare decisis*, que de fato forma um entendimento jurisprudencial firme com caráter vinculante, no qual desenvolve todo o sistema em que está envolvido. A força desse fundamento coloca que os atos decisórios estabelecidos pelas cortes possuam vigência como fonte primária do Direito, submetendo as demais cortes inferiores ao precedente estabelecido (*binding effect*). Destaca-se que o *binding effect* possui sua aplicação tanto de maneira horizontal, pela qual vincula as cortes que estão no mesmo patamar da origem do precedente – a obrigação do tribunal de seguir sua própria decisão – e um efeito vertical, submetendo as cortes inferiores ao entendimento proferido pelo grau de jurisdição superior.

Nesse contexto, um caso judicial tem a capacidade de causar efeitos indiretos não apenas entre as partes de um caso concreto, como também de estabelecer um precedente a ser observado em outros feitos que se deparem com a mesma situação. Há uma solução além da lide que envolve as partes. Forma-se um comando geral normativo que projeta efeitos jurídicos para o desenvolvimento de outros procedimentos, condicionando uma força normativa.

No entanto, nem todas as decisões vão constituir um precedente, já que muitas vezes uma decisão pode não possuir qualquer relevância para outros casos que venham a ocorrer. Devem-se levar em consideração os vários fatores para a formação de um precedente, como a capacidade de construção de um paradigma de orientação jurídica aos operadores do direito ou ser tese jurídica inédita aplicável a outras situações. Realça-se que a decisão formada deve conter um comando claro e objetivo, no qual delimita cristalina e precisamente a aplicação do ato decisório no caso concreto. Assim, entende-se que o *stare decisis* é uma doutrina que utiliza

³² RE, Edward D. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Processo, v. 73, p. 52.

precedentes para a estabilização das decisões proferidas pelo poder judiciário, concedendo um caráter vinculante a ser observado pelo magistrado na construção do provimento judicial.

Os próprios livros de introdução ao direito americano elencam as vantagens do *stare decisis*, destacando-se entre eles o livro *An introduction to the Anglo-American Legal System – readings and cases*, que se encontra na bibliografia da maioria dos cursos de Direito dos EUA, tal como a universidade de Harvard, Yale e Kansas. John Oakley (2004) e Jean Love destacam os cinco principais pontos:

1) A doutrina introduz um mínimo de certeza e calculabilidade no planejamento de atividades privadas e dos negócios. Permite emprestar certa parcela de confiança para que não sejam os conflitos resolvidos por meio das cortes, permitindo algumas bases capazes de prever como os outros membros da comunidade aparentemente irão agir, conhecendo previamente suas obrigações, encargos e obrigações.

2) O *stare decisis* proporciona apoio aos advogados para aconselharem seus constituintes em decisões que tenham implicações jurídicas, com certa base já sedimentada, bem como permitir ao advogado prevenir litígios de seus clientes.

3) A doutrina do *stare decisis* tende a operar como um freio na arbitrariedade dos Juízes, a qual é um suporte para juízes fracos e instáveis, que possuem inclinações para serem parciais e prejudiciais. A doutrina os força a seguirem os precedentes como regra, reduzindo as tentações de proferirem decisões por favores ou preconceitos. Ela também evita que os magistrados sejam arbitrários e não imponham seus conceitos e suas noções do que é certo ou errado nas demais áreas não previstas pela lei escrita, promovendo o respeito ao direito e a confiança do jurisdicionado na integridade do Judiciário.

4) A prática de seguir decisões anteriores facilita o encaminhamento dos trabalhos judiciais e, assim, promove a administração judicial eficiente, economizando tempo e conservando a energia dos Juízes e, ao mesmo tempo, reduz os custos da atividade litigante para as partes.

5) A doutrina dos precedentes ainda recebe apoio do senso humano de justiça, uma vez que a força dos precedentes é incrementada pelo senso curioso e quase universal de justiça que surge de todos homens quando tratados igualmente em circunstâncias idênticas.

Seguindo o liame oferecido por John Oakley, o *common law*, por partir do princípio de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma, possui como principal escopo uma jurisprudência uniforme, estável e consistente, criando, assim, condições para que se permita uma previsibilidade, sem que haja grandes surpresas em uma empreitada judicial. Tudo isso tem como consequência lógica a eficiência, que permite a celeridade na apreciação processual, evitando, o máximo possível, uma ofensa ao devido processo legal e ao contraditório.

Para fins de desenvolvimento dos conceitos, importante salientar a distinção entre precedente judicial e jurisprudência, já que a última trata de um plural, na qual é indispensável um conjunto de decisões reiteradas em um mesmo sentido, enquanto basta uma decisão para se formar um precedente judicial. Além dessa diferença numérica, Rosito (2012, p. 95) realça que “enquanto os precedentes oferecem substrato para sua aplicação a casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos”.

Essa hipótese de utilização dos precedentes pouparia tempo e trabalho dos juristas, uma vez que não haveria mais a necessidade de se reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente, além de assegurar a previsibilidade da aplicação da lei.

Muito embora se busque esse ideal, ainda há que se observar que, mesmo após uma aplicação secular desse sistema, ainda perduram distintas críticas à sua funcionalidade e a efetiva prestação jurisdicional em todos os casos. Barrett (2003), em seu texto *Stare Decisis and Due Process*, demonstra várias situações em que casos individuais são refutados pelo judiciário indevidamente, por haver um precedente que o obsta, quebrando inclusive o devido processo legal. São adotadas regras de presunção de aplicação do paradigma que, por vezes, excluem partes que não contribuíram e debateram todas as situações para a formação do precedente³³. Tal argumentação tem levantado inúmeras discussões, inclusive a de formação de precedentes que buscam regrar a maneira de se aplicar o efeito vinculante a um caso, uma vez que se for decidido que esse está submetido a um paradigma decisório é extremamente difícil de mudar o entendimento formado. Por isso, novas

³³ Cf. *Anastasoff v. United States*, 223 F.3d 898 (8th Cir.), *vacated as moot on reh'g en banc*, 235 F.3d 1054 (8th Cir. 2000) (rejecting appellant's arguments for a “mailbox” rule to gauge timeliness of tax-refund claims because *Christie v. United States* established a “receipt” rule); *Christie v. United States*, 1992 U.S. App. LEXIS 38446, at *7 (8th Cir. Mar. 20, 1992) (per curiam) (establishing “receipt” rule to gauge timeliness of tax refund claims).

mecânicas de distinção dos casos vinculantes estão sendo utilizadas, no intuito de se evitar uma privação do devido processo legal a possíveis litigantes.

O *stare decisis* com seu *binding effect* traz força vinculante difícil de ser ultrapassada para casos idênticos. Um caso associado a um precedente sofre o que se chama de *preclusive effect of stare decisis*, que significa de fato uma exclusão da possibilidade de se rediscutir matéria com entendimento consolidado (BARRETT, 2003, p. 1012-1013).

Contudo, destaca-se que o *stare decisis* não impede alguém de ajuizar uma ação, dada a possibilidade que se tem de demonstrar a peculiaridade de um caso³⁴. O fato de tornar o precedente incontroverso³⁵ não significa a exclusão de postular em juízo, passando o embate para a possibilidade de aplicação ou não do entendimento consolidado. Assim, busca-se demonstrar a não aplicabilidade de um precedente vinculante ao caso *sob judice* em que se encontra o debate. Para que isso ocorra deve ser arguido o *distinguishing* que é quando o juiz analisa se o caso concreto é ou não análogo ao seu paradigma formado por um precedente. Trata-se de um método – técnica procedimental – pelo qual o *attorney* contesta a aplicação de um entendimento ao seu caso, tendo em vista especificidades de circunstâncias casuais dos feitos anteriormente decididos. Uma vez reconhecida essa distinção exalta-se o fator diferenciador do caso em análise, para que não se utilize o precedente paradigma para definição do provimento final. Tal mecanismo é basicamente utilizado na diferenciação do precedente vinculante, ao caso *sob judice*.

Importante salientar que uma vez acolhido o *distinguishing* não significa que há uma superação do precedente que se buscava enquadrar o caso concreto, mas apenas uma diferenciação do caso paradigma para se aplicar outro

³⁴ Parte da corrente norte americana sequer considera que o efeito vinculante seja um problema, tendo em vista que se pode distinguir seu caso de uma decisão já realizada. Amy Barret inclusive levanta a discussão que parte da doutrina prefere evitar enfrentar o problema da *preclusion* por comodidade. Ver: Hiroshi Motomura, Using Judgments as Evidence, 70 MINN. L. REV. 979, 1017 n.186 (1986) (“Stare decisis is not binding because cases can always be distinguished.”) e Lea Brilmayer, A Reply, 93 HARV. L. REV. 1727, 1728 (1980) (“Neither the cliché that any two cases are potentially distinguishable nor the characterization of some precedents as formative or tentative solves the problem. If taken literally, these seem to suggest that it would not make any difference whether adverse precedents were established. Regardless of whether one perceives the proper role of stare decisis as strong or weak, in the real world of litigation, precedents do have some binding force.”); Evan Tsen Lee, Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness, 105 HARV. L. REV. 603, 652 (1992) (“[T]he undesirability of having an adverse precedent on the books is unquestionable.”)

³⁵ Incontroverso, via de regra, uma vez que o precedente que possui o *binding effect* forma um ato normativo formal a ser seguido.

entendimento legal. Uma decisão que confirma haver uma distinção entre o caso *sob judice* e o precedente deve indicar precisamente as características distintivas, sendo especificadas as materialidades que levaram ao acatamento desse novo posicionamento. Lembra-se que os precedentes possuem caráter normativo formal, sendo que um juiz, mesmo que não concorde com a decisão, deverá observá-la na formação de sua sentença.

Constata-se então o *distinguishing* como técnica procedimental, à medida que o advogado pode demonstrar a necessidade de se afastar à aplicabilidade de um precedente, ao caso que se encontra *sob judice*. Para tanto ele passa a demonstrar as peculiaridades de seu caso, esquivando-se do entendimento fixado que não o interessa, afastando a aplicação do precedente por materialidades observadas no caso concreto.

Ainda se destaca que o *distinguishing* pode ser utilizado como duas estratégias diferentes pelos *attorneys*, no sentido de tentar enquadrar ou afastar o precedente ao caso concreto. Assim, demonstrada a peculiaridade do caso restam duas possibilidades: a de afastar o precedente e a de englobar – ampliar a aplicabilidade – o precedente (TUCCI, 2004). Na primeira possibilidade, feita a devida diferenciação do caso ao precedente e justificada a sua não aplicação nessa lide em específico, ocorrerá uma restrição de aplicação da decisão paradigma, construindo um entendimento diverso³⁶, chamado de *restrictive distinguishing*. Logo, o caso formará ou se enquadrará em outra decisão, uma vez que fora verificada a inaplicabilidade de um precedente vinculante a esta situação em especial. Já na segunda premissa também se encontram peculiaridades no caso concreto em relação ao precedente paradigma, não obstante, o que se faz é a ampliação desse entendimento, o *ampliative distinguishing*. Nesse quadro, há mudança dos parâmetros decisórios, uma vez que abrange a aplicabilidade de um precedente a lides com particularidades que não se encontravam anteriormente previstas.

Outra figura presente no ordenamento jurídico americano que faz parte do sistema de precedentes é o *overruling*³⁷. Esse instituto possui mecânica completamente diferente do *distinguishing*, uma vez que não se busca a aplicação

³⁶ Mais uma vez lembra-se que não se exclui o outro precedente, há apenas uma diferenciação.

³⁷ Não se confundir com o *overrule* que ocorre durante as *trials* – audiências – que trata da rejeição de uma objeção de pergunta a ser realizada para uma testemunha. Trata-se de uma ferramenta muito comum em que um advogado tenta impedir que uma pessoa responda a certa pergunta em seu depoimento.

ou não de um precedente ao caso apresentado, mas sim a superação do precedente que deveria ser aplicado (BARRETT, 2003).

Como já dito, o precedente judicial nos Estados Unidos possui caráter normativo formal, logo, mudar um precedente, seja pela sua revogação, seja pela modificação de seus efeitos, pode ser comparável a mudar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional (BARRETT, 2003).

Considerando o zelo do Poder Judiciário estadunidense pela uniformidade e segurança jurídica³⁸, o *overruling* é um dos pontos mais difíceis e complexos de ter sua aplicação efetivada. Destaca-se que só cabe a reavaliação de um precedente por uma corte de mesmo nível jurisdicional ou superior a que proferiu a decisão. Assim, caso uma corte de segundo grau tenha formado um precedente vinculante, somente essa corte ou sua respectiva corte superior pode alterar esse entendimento. Um juízo não pode em qualquer hipótese alterar a percepção de tribunal hierarquicamente acima, podendo no máximo, solicitar uma reavaliação. Por esse liame, apenas uma *Court of Appeals*³⁹ pode provocar uma possível mudança de entendimento de um precedente proferido pela *Supreme Court* e indicar essa mudança a ser feita pela própria corte suprema (KNIFFEN, 1982).

Em regra, a mudança de entendimento vertical somente pode ocorrer caso a corte esteja em um grau de jurisdição acima do que formou o precedente, logo, a última instância estaria sujeita apenas a mudança horizontal. Apesar de possuir uma divisão de entendimentos na doutrina americana, nas situações em que as cortes de apelação verificam razões suficientes, há possibilidade do *anticipatory overruling*, que é a mudança de entendimento sobre um precedente sem capacidade de revogar o precedente da *Supreme Court* (BRADFORD, 1990). Nesse sentido, há um respeito na hierarquia no sentido da corte inferior não ser capaz de revogar o precedente proferido pela suprema corte, contudo ela estará mudando o entendimento de uma decisão paradigma. Tal fator é considerado extremamente benéfico, uma vez que o tribunal não fica restrito a ser um mero aplicador

³⁸ Citam-se os julgados que discutem a superação ou não de um precedente pelo *overruling*, sendo que todos destacam a importância de manter o *stare decisis* sob pena de afetar a imagem do poder judiciário norte-americano: *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 866–67 (1992); *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265–66 (1986); *Moragne v. States Marine Lines, Inc.*, 398 U.S. 375, 403 (1970); Deborah Hellman, *The Importance of Appearing Principled*, 37 ARIZ. L. REV. 1107, 1118–20 (1995) (claiming that the Court's concern about how *stare decisis* will affect its image is a twentieth-century trend that *Casey* fully developed)

³⁹ Tribunal de apelação. De maneira grosseira poderíamos citar analogamente aos Tribunais de Justiça (tribunais que julgaram recursos).

incondicional dos entendimentos da *Supreme Court* estadunidense (BRADFORD, 1990). Assim, após essa antecipação deverá ser realizada a sua reafirmação pela corte superior, não ganhando força de precedente até a sua decisão final (KNIFFEN, 1982).

Importante ponto para configurar o *overruling* é a necessidade de ocorrer a mudança de paradigma em um caso diverso do que estabeleceu o precedente, caso contrário configura-se o *reversing* que é meramente uma reversão/mudança no entendimento do caso em debate (GELMAN, 2004), sem que haja uma mudança de sentido em qualquer precedente judicial. Logo o *reversing* é apenas o acatamento de um recurso para mudar a decisão proferida anteriormente, sem se formar ou mudar qualquer entendimento judicial vinculante já firmado, mas apenas enquadrando o caso *sob judice* em algum diverso do entendimento do juízo inicial.

Tratando-se do *overruling* gênero, verifica-se uma possibilidade de mudança geral da jurisprudência estabelecida ao redor do precedente. Isso se deve uma vez que, em regra, os seus efeitos são atemporais, ou seja, possuem uma aplicação *ex tunc*, com efeitos retroativos, desconstruindo o caso que firmava o precedente (MARINONI, 2011).

Para possibilitar uma mudança de entendimento sem que ocorra uma devastadora retroatividade que poderia inclusive enfraquecer a credibilidade da perspectiva social do judiciário americano, foi criada a possibilidade de modular os efeitos da decisão que reverteu o precedente (MOGEL, 2012). Essa espécie de *overruling*, também conhecida como *prospective overruling* ou *sunbursting*⁴⁰ é um dispositivo que permite ao tribunal limitar decorrências do novo comando estabelecido pela nova decisão paradigma. Essa restrição aos efeitos da decisão normalmente ocorre no sentido de ter sua aplicabilidade apenas a partir da mudança de entendimento (FAIRCHILD, 1968)⁴¹.

Nos casos de *sunbursting* são considerados seis questionamentos para limitar ou não a modulação dos efeitos da decisão. Destacam-se⁴²:

⁴⁰ O nome *sunbursting* vem do caso *Sunburst Oil & Refining Co. v. Great Northern Ry. Co.*, que em 1932, no tribunal de Montana fez uma modulação de efeitos para casos futuros em uma situação de *overruling*, na qual superou um precedente paradigma.

⁴¹ In *ipsis* (FAIRCHILD, 1968, p. 254): Prospective overruling is a device whereby a court limits the effect of a new rule to future transactions only, or, more commonly, to future transactions plus the case before the court which presents the opportunity for the announcement of the change.

⁴² Tradução adaptada das seguintes indagações levantadas pelo autor: (1) How explicitly and how long ago was the old rule announced or recognized, and how deeply does the new rule modify the old? (2) Is the old rule of a type which people rely on in making deliberate choices of conduct or

Quão antiga é a decisão e qual o nível da mudança em relação a nova decisão?;
 O antigo precedente visto como uma norma confiável a ser seguida e ela interfere nas decisões dos cidadãos?;
 A decisão a ser superada realmente errada quando foi realizada ou as condições mudaram a ponto de tornarem o precedente injusto?;
 A nova decisão vai ser utilizada para se prevenir injustiças em detrimento do antigo precedente?;
 Qual a extensão da ruptura/mudança que resultaria na aplicação retroativa?;
 As decisões recentes indicam uma possibilidade de mudança de entendimento? (FAIRCHILD, 1968, p. 257).

Todos esses pontos devem ser considerados e cotejados pelo órgão julgador para evitar a formação de mais um precedente sujeito ao *overruling*. Como dito, trata-se de uma figura extremamente complexa na sua apreciação e na sua aplicação que levanta outras questões na aplicabilidade da sua modulação. Para tanto deve ser analisada a extensão dos efeitos do *sunburst*⁴³:

A nova regra deve ser aplicada de imediato no caso em questão?;
 Deve a nova decisão abranger todos os casos que surgirem após a data dessa decisão?;
 Deve haver um período de vacância na aplicação⁴⁴ até que a decisão possa vincular novos casos?;
 Deve os casos em juízo ser afetados por essa decisão? Caso positivo haverá uma limitação ao estágio em que o processo se encontra? (FAIRCHILD, 1968, p. 257).

A própria doutrina americana admite que não há uma regra padrão a ser observada para aplicar o *prospective overruling* e qual tipo de limitação deve ser imposta. Existe um grande conflito ético no que tange a possibilidade de ter uma desigualdade de tratamentos advindos desse instituto (FAIRCHILD, 1968). Observa-se que mesmo na já evoluída e avançada aplicação dos precedentes pelo sistema do *common law* norte-americana, ainda existem máculas e imperfeições a serem

dealing? (3) Was the old decision really erroneous when made, or have conditions changed so that it has subsequently become unjust? (4) Is the new rule adopted primarily because it tends to prevent injustice which could, but need not always result under the old rule? (5) What is the extent of disruption which would result from retroactive application? (6) Have recent decisions suggested the probability of the change in rule?

⁴³ Tradução adaptada das seguintes questões: Shall the new rule govern the instant case? Shall it cover all causes of action which arise after the date of decision? Shall there be a period after the date of decision during which a cause of action may arise and not be affected by the new rule? Shall causes of action which have arisen in the past be affected, but only if a specified stage in the proceedings has not yet been reached?

⁴⁴ Em uma analogia com o sistema brasileiro pode-se citar a *vacatio legis* que possui o mesmo efeito que pode advir de um *sunburst*.

corrigidas. Dessa maneira, deve-se ter atenção redobrada na inserção da utilização de precedentes como parâmetro a ser utilizado na solução de litígios.

Mesmo com a aptidão inerente da norma – no sentido formal – de ser mudada pelo próprio Poder Judiciário, há uma constante busca para se afastar da arbitrariedade e concentração de poder. Devido ao grande zelo pela aprovação social (BARRET, 2003) – não se diz aprovação social no sentido de clamor, mas sim na medida em que a sociedade pode contar com um poder judiciário justo e estável – acaba-se tendo um sistema com um nível elevado de segurança jurídica e uniformidade, sem se tornar inflexível.

[...] as nossas teorias a respeito do precedente judicial são frequentemente mal interpretadas por críticos estrangeiros, especialmente, por aqueles que estudaram em países onde o sistema de leis é codificado. Pensam eles que a teoria do precedente aumenta excessivamente o poder dos juízes. Nós, porém, não pensamos deste modo. Tanto como a moderna prática de arrazoar as opiniões judiciais, a compulsão para que o precedente seja respeitado e seguido é, na sua essência, um meio de limitação de poder. Significa que uma Corte não pode julgar um caso obedecendo à tendência do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judiciais, que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo o sistema jurídico. É certo, porém, que, tanto na teoria como na prática, nós seguimos muito mais as decisões judiciais do que os povos dos países que não sofreram a influência das tradições e dos costumes da Inglaterra. (DAWSON, 1963, p. 25-26).

Por essa perspectiva, no que tange à prática judiciária, fugir-se-ia tanto da arbitrariedade da perspectiva liberal da autonomia do legislador como da arbitrariedade do julgador-juiz. Com isso, ter-se-ia a hipótese de uma ciência processual alinhada à uma constitucionalidade democrática-discursiva para a construção das decisões judiciais. Apesar de não compactuarem com a linha do *common law*, se chegaria ao objetivo levantado por Leal e Lanna (2012) no sentido de ocorrer um afastamento do subjetivismo autoritário salvacionista. Nas palavras de Baptista da Silva (2006, p. 259):

Devemos [...] ter presente, adverte o jurista, que os ‘precedentes’ [da Common Law], ao contrário de serem, como o são os ‘assentos’ [assentos portugueses, ou seja, instrumentos da Civil Law, inspiradores das súmulas tal como as conhecemos no Brasil], fórmulas abstratas – tal como as leis -, valem mais por seus fundamentos, enquanto ‘rationes decidendi’, ligados ao

caso e suas circunstâncias. Não valem por seu enunciado genérico ou, como diz DWORKIN, a 'força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe servem de base', não como proposição abstrata que o julgador deva aplicar, sem vinculá-la às razões que a tenham justificado, ao ser constituído o precedente.

O ideal do *common law* atribui, portanto, ao judiciário a tarefa de estabilização e uniformidade na criação e interpretação jurídica, permitindo a implementação consistente de um sistema que possa vincular-se estritamente a uma célere e eficiente segurança jurídica, oferecendo as partes a possibilidade de serem cojurisdicentes uma vez que participarão efetivamente na formação dos precedentes. Logicamente que tudo isso deve estar alinhado ao contraditório e devido processo legal. Destaca-se imperativa e essencial que o *common law* funciona nessa lógica principalmente pelo fato dos *bindings precedents* não se motivarem pelos seus enunciados ou comandos, mas sim pelas razões de seus fundamentos.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI FEDERAL Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015

Após muitos anos de debates, com diversas mudanças em seu anteprojeto⁴⁵, o novo Código de Processo Civil encontra-se em vigor. Muitas expectativas positivas se lançam para tais modificações, tendo em vista novas características que buscam a simplicidade no procedimento e a efetividade da tutela jurisdicional, sob a promessa de corrigir problemas sistêmicos⁴⁶ do Código de Processo Civil de 1973 em relação ao Estado Democrático de Direito estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

A comissão de juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, segundo suas próprias exposições, buscou levar em consideração os anseios sociais e as pretensões advindas dos próprios operadores do direito na procura de uma melhoria na prestação do serviço jurisdicional, uma vez que vem apresentando uma ineficácia na satisfação dos que recorrem à atividade Judiciária.

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal (BRASIL, 2010).

Com considerável apelo ao povo Ministro Luiz Fux destacou:

⁴⁵ O NCPD sancionado pela presidente Dilma Roussef no dia 17 de dezembro de 2014 sofreu várias mudanças do seu projeto inicial, apresentado em 2010, pela comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/09. Dentre as várias alterações pode-se citar a título exemplificativo a possibilidade de se intimar uma pessoa via edital quando fracassadas as possibilidades via e-mail e correios, que se encontrava no artigo 234 do projeto inicial. Para maiores estudos das mudanças realizadas no projeto do novo Código de Processo Civil, no decorrer do seu debate no Congresso Nacional, pode-se conferir o quadro comparativo no site <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496> (acesso em 04/11/2015) e no site <http://s.conjur.com.br/dl/mudancas-cpc-integral.pdf> (acesso em 04/11/2015).

⁴⁶ Vários pontos do Código de Processo Civil de 1973, sancionado durante o período ditatorial brasileiro pelo então presidente Emílio Garrastazu Médici, com a anuência do seu ministro da justiça Alfredo Buzaid, não possuem plena consonância com o Estado Democrático de Direito, uma vez que não houve uma superação do positivismo exegético, buscando-se uma leitura constitucional do processo. Fatos importantes como a afirmação do contraditório como matéria de ordem pública foram inseridos no decorrer do novo código e a busca da simplificação do processo, extinguindo-se vários incidentes processuais (impugnação ao valor da causa, incompetência relativa e impugnação a justiça gratuita passam a ser admitidos em contestação).

Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? Kelsen, o jurista de Viena, de há muito exaurido de perseguir o valor justiça, concluiu não ser importante saber de imediato a resposta, senão, não parar de questionar. O impulso para alcançar um ideal e que estimula os homens, são os sonhos, e esses não inventam, passam dos dias para a noite e é deles que devemos viver, não importando onde estejam as soluções. No vaticano, há um afresco sobre a justiça, no qual Platão aponta para os céus e Aristóteles para a terra. Utopia ou realidade? “Justiça”; esse valor que levou à cruz o senhor das ideias e das palavras, e que ainda é o sonho a ser alcançado, assim como o era o desejo dos antigos em alcançar as estrelas; fator decisivo para o desenvolvimento da humanidade. O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial. Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos. [...] Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida. O desvanecimento que hoje nos invade é o de que sonhamos junto com a nação brasileira, ousamos por amor ao futuro de nosso país e laboramos com empenho, alegrias e sofrimentos, numa luta incansável em prol da nossa pátria. Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: Altro tempo, Altro Diritto. O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça. (BRASIL, 2010).

Sem adentrar, por ora, no debate acerca da pertinência das observações de Fux, a uma compreensão de democracia não alinhada aos paradigmas do estado liberal ou social, destaca-se que ficam bem claros os objetivos do NCPD. A busca é por um processo civil que possa oferecer uma efetividade na prática judiciária, proporcionando o reconhecimento e concretização dos direitos que porventura forem infringidos ou ameaçados.

Segundo Fux, é importante ter um procedimento que se realize por valores e princípios constitucionais e que de fato ofereça um método de resolução de conflitos que possa atender não apenas ao jurisdicionado, mas toda cadeia envolvida no processo.

Além disso, há uma grande preocupação em colocar a atividade Judiciária conexas à realidade fática, fugindo de percalços que possam oferecer uma decisão que não seja fidedigna aos fatos apresentados.

O NCCP também trouxe uma importante coerência⁴⁷ na sua disposição escrita, passando-se organizadamente por todas as fases do processo, tornando a sua leitura mais coesa e eficiente. Há uma considerável observação da legística⁴⁸ necessária para produzir uma lei de maneira harmônica em si mesma e com o restante do ordenamento jurídico.

A própria exposição de motivos elenca os seus principais pontos a serem observados:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010)

Nota-se que o NCCP, desde sua primeira idealização, sempre teve por base, supostas reivindicações e intenções nobres para o funcionamento do procedimento civil, buscando efetivar importantes pilares do Estado Democrático de Direito. A sua construção buscou consonância com os princípios e garantias constitucionais, assim como ao contraditório, devido processo legal, ampla defesa, segurança jurídica, igualdade, dignidade da pessoa humana, celeridade e a razoável duração do processo. Independente de controversas⁴⁹ em relação às benesses ou não da Lei nº 13.105/14, muito ainda deve ser debatido e refletido sobre as

⁴⁷ No sentido didático de organização e desenvolvimento dos institutos jurídicos processuais. O Código de Processo Civil de 1973 sofreu profundas mudanças nas últimas duas décadas, com a inclusão e modificação de institutos importantes como a antecipação de tutela (Lei nº 8.952, de 1994), cumprimento de sentença (Lei nº 11.232, de 2005) e o Agravo (Lei nº 8.950, de 1994). O número excessivo de modificações teve como consequência a perda de coesão do desenvolvimento natural do processo, sendo que muitas vezes um instituto não se encontrava necessariamente no capítulo mais adequado.

⁴⁸ Legística como a ciência que estuda a concepção e a redação dos atos normativos, “o ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos” (CRISTAS, 2006), em especial na sua formação.

⁴⁹ Vários blogs e colunas de importantes sites jurídicos criticam o novo Código de Processo Civil severamente, contudo não há nenhuma obra ou artigo jurídico que se encontre em destaque na academia. Citam-se a título de exemplificação os sites e blogs a seguir: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta> ; <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/novo-cpc-e-menos-burocraticomas-nao-promete-celeridade-97wa5ppwqyasfcnhisd3503m6>; <http://www.conjur.com.br/2014-dez-22/processo-afinal-codigo-processo-civil-bom-ou-ruim>.

proposições do novo código, que se mostram inovadoras em relação ao seu antecessor. Muito se espera no sentido de melhorar a qualidade e celeridade na prestação jurisdicional, devendo-se ao menos procurar sua efetividade de maneira positiva e esperançosa na busca do estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

3.1 A instabilidade do sistema fornecido pela Lei Federal nº 5.869/73 – importância do precedente judicial na solução de litígios

Como já delineado, é conferida cada vez mais importância aos precedentes judiciais como parâmetro para solução de lides no sistema romano-germânico. Contudo, deve-se demonstrar qual a relevância da inserção desse critério, observando os problemas do ordenamento brasileiro, para somente então entender o que é necessário buscar para remover os embaraços vividos pelos operadores da justiça permitindo, assim, uma “prestação jurisdicional” mais apurada e eficiente.

Observa-se que, o que se busca é uma solução consistente, tendo em vista que não existe um Judiciário perfeito – teoria incontestável –, que forneça de fato a melhor solução para todos os litígios. Somente assim seria possível atingir um conhecimento que já tenha sido falseado, logo, menos sujeito a erros (POPPER, 2004).

Até a vigência do novo Código de Processo Civil, o sistema processual brasileiro teve – ou pelo o menos deveria ter – o desenvolvimento das lides, baseadas apenas na lei em seu caráter formal. A presença de jurisprudência em decisões e petições em boa parte das vezes poderia ser descartável, uma vez que na maioria dos casos não possui força normativa. Marinoni (2010) aponta que a lei por si só não é o bastante para garantir a segurança jurídica e previsibilidade das decisões, as quais somente seriam obtidas quando ocorresse uma homogeneização de casos semelhantes resolvidos. Nas palavras do autor:

A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. O *civil law* vive, atualmente, a

contradição entre o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura. (MARINONI, 2010, p. 18).

Ainda é lembrado que atualmente o magistrado brasileiro possui atribuições semelhantes ao do juiz norte-americano, a par de suas diferenças. De qualquer maneira, Marinoni (2010) reputa como nociva ao Direito Brasileiro a falta de respeito aos precedentes.

Tudo isso ocorre, segundo essa concepção, na busca da estabilidade e adaptabilidade das decisões a partir do respeito aos precedentes, partindo do pressuposto de que os códigos não conseguem prever todas as situações possíveis. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados confeririam ao magistrado a incumbência de suprir lacunas, preencher a vagueza, tornando assim concreta a abstração desses conceitos.

Segundo Costa (2002, p. 84), “[...] um sistema jurídico que seja apenas normativo e isento de valores não mais se coaduna com a realidade em que vivemos”. Em outras palavras, os princípios e conceitos abstratos ganham mais importância enquanto parâmetros normativos (GABRICH, 2007), aproximando-se assim o nosso sistema do *Common Law*.

A utilização cega de um critério fechado é capaz de causar aberrações jurídicas, principalmente no Brasil, onde existem vários comandos normativos para as mesmas situações, tendo em vista que, além de serem várias as fontes codificadas em nosso sistema, tais como a Constituição da República, as leis, os decretos e os princípios inseridos em cada área do direito pátrio, a maioria tem em comum a prolixidade. Destaca-se ainda o grande montante de comandos legais abstratos, que concedem grande margem de interpretação, acarretando aos operadores do Direito a perda das possíveis perspectivas.

Segundo essa perspectiva, a não utilização de precedentes de casos que possuem relativo entendimento fixado, conjuntamente com a livre interpretação normativa sem que se levem em consideração os demais parâmetros do ordenamento jurídico, pode levar à prolação de perigosas decisões, as quais são uma grande ameaça ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a segurança,

seja ela de fato ou jurídica, é uma garantia intimamente relacionada ao cidadão e à sobrevivência do modelo de Estado brasileiro.

Exemplo que sofre do abuso da grande margem de interpretação conferida pelo sistema, somada à inobservância da orientação jurisprudencial dominante, é o princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que de certa forma possui uma interpretação já muito debatida na jurisprudência pátria.

A fim de ilustrar o referido exemplo, cita-se o Recurso Ordinário nº 484/2003, no qual a Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (BRASIL, 2003) entendeu que não ofende a dignidade da pessoa humana transportar trabalhadores em gaiola de transporte de gado e animais rurais, supostamente em meio a fezes de suínos e bovinos e ainda cita trecho bíblico para fundamentar a decisão.

EMENTA: DANOS MORAIS. TRANSPORTE INADEQUADO. AUSÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto a transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos).

E ainda justifica:

A mera circunstância de ter sido transportado o reclamante no meio rural, em camionete boiadeira, dotada de gaiola protetora para o transporte de animais, não ofende a dignidade humana, nem afeta a sua segurança, como pretende a r. sentença recorrida.

Tratando do tema, Marcus Orione Gonçalves Correia (2005, p. 165) fez um levantamento sob a ótica da Constituição Federal de 1988, desde a década de 90, sobre a interpretação que pode ser dada à dignidade da pessoa humana em situações análogas a apresentada e conclui que a jurisprudência indica justamente o oposto:

Em matéria de direitos sociais - em especial os trabalhistas e previdenciários - isto fica bem nítido. Não é qualquer dificuldade

orçamentária ou econômica que deve representar a diminuição dos direitos sociais, sob pena de enfraquecer os princípios da dignidade humana e da democracia.

Outra linha de entendimento jurisprudencial que desperta estranheza no mundo jurídico é a nova “interpretação” dada por alguns magistrados à Lei nº 1.060/50 (BRASIL, 1950) – que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados – em que pese seus dispositivos - tenham sido objeto de debate durante décadas, formando-se entendimentos consolidados em todos os tribunais nacionais a respeito do tema, inclusive no Superior Tribunal de Justiça (ALVAREZ, 2006).

A Lei nº 1.060/50 estabelece que não só os miseráveis economicamente podem vir a ser contemplados pelo benefício, mas todos aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas de um processo e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Não obstante, alguns magistrados começaram uma corrente contra os advogados particulares, indeferindo qualquer pedido de assistência judiciária gratuita feito por “jurisdicionados” representados em juízo por membros dessa classe.

A justificativa geralmente apresentada para o indeferimento do pleito é que a cidade possui Defensoria Pública e Núcleos Universitários de Assistência Judicial. Contudo, o benefício não é para o advogado, mas para a parte que se encontra em situação vulnerável.

O posicionamento desvirtuado do objetivo da Lei nº 1.060/50 se alastrou e passou a ser adotado por diferentes magistrados que, utilizando a mesma fundamentação, sequer alteraram uma única palavra de trechos de sua sentença genérica.⁵⁰

Todavia, indefiro a gratuidade da justiça requerida, tendo em vista que a parte autora possui Advogado constituído nos autos que não declarou estar laborando de forma graciosa para seu constituinte, a despeito de possuir na Comarca serviço de Defensoria Pública, com atendimento eficaz, além de departamentos de assistência nas inúmeras Faculdades de Direito existentes nesta Capital.

⁵⁰ Os referidos trechos da sentença em comento vêm sendo utilizado em escala desproporcional por juízes estaduais em Minas Gerais, exemplificativamente nos processos nº 9008362.35.2014.813.0024, nº 9024411.54.2014.813.0024, nº 9004067.52.2014.813.0024, além de o cerne principal dessa fundamentação ser utilizado em vários outros processos nº 0755414-42.2014.8.13.0024 (publicada em 21/07/2014), nº 3298802-35.2013.8.13.0024 (publicada em 28/03/2014), e nº 9004067.52.2014.813.002 (publicada em 27/06/2014).

A exigência da assunção do encargo de forma graciosa está consignada no art. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/50.

A parte não necessita recorrer aos serviços públicos de advocacia, nem se submeter à indicação da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo escolher livremente o profissional que lhe convier.

Existem dispositivos legais e de certa forma houve uma fundamentação com base em artigos isolados. Não obstante, grande parte do problema é basicamente a dissonância com o ordenamento jurídico pátrio e o entendimento jurisprudencial já firmado.

As decisões mencionadas estão em completa dissonância com o entendimento tribunalício sobre esse tema. As cortes pátrias da justiça comum já se manifestarem a respeito, sempre confirmando que o fato de a parte contratar advogado particular não interfere na concessão da assistência judiciária gratuita. Destacam-se os seguintes, inclusive com referências ao STJ:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - INDEFERIMENTO - AFIRMAÇÃO DO AUTOR DE NÃO POSSUIR CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA ARCAR COM AS DESPESAS DO PROCESSO - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM - AUSÊNCIA DE PROVA CABAL EM SENTIDO CONTRÁRIO NA ESPÉCIE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 4º, § 1º, DA LEI 1.060/50 - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - RECURSO PROVIDO. - "Para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita é suficiente a simples afirmação do interessado de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família. A declaração prestada na forma da lei firma em favor do requerente a presunção juris tantum de necessidade que somente será elidida diante de prova em contrário. (BRASIL, TJPR, 2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO JUSTIÇA GRATUITA Indeferimento de ofício Inadmissibilidade O fato de a parte ter contratado advogado particular, por si só, não impede a concessão do benefício - Preenchidos os requisitos da Lei nº 1.060/50, mister se faz a concessão dos benefícios da gratuidade processual Recurso provido. (BRASIL, TJSP, 2013).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. SUFICIÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR. COMPATIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA. PROVIMENTO. I - Para a concessão de assistência judiciária gratuita, consoante disposto no art. 4º da lei 1.060/50, basta ao autor da demanda a "[...] simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família"; II - a constituição de advogado particular não é incompatível com o reconhecimento da hipossuficiência do beneficiado para efeito de concessão da Justiça Gratuita; III - agravo de instrumento provido. (BRASIL, TJMA, 2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DPVAT. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO PARTICULAR. 1. Possibilidade de concessão da assistência judiciária gratuita a qualquer tempo e grau de jurisdição. Prova de que o agravante encontra-se desempregado, fazendo jus ao benefício. 2. O fato de a parte estar representada por advogado particular, e ser proprietário de uma motocicleta, não basta, por si só, para afastar, de plano, a possibilidade de concessão do benefício. RECURSO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (BRASIL. TJRS. 2014).

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PROVA DE DESPESAS ORDINÁRIAS. SERVIDOR PÚBLICO. ADVOGADO PARTICULAR. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. A comprovação de despesas ordinárias, tais como mensalidade escolar, pensão alimentícia, empréstimos com descontos em folha de pagamento que comprometem 50% dos rendimentos do impugnado, além dos gastos com as despesas rotineiras da família, por ser o seu único provedor, é suficiente para a concessão da Assistência Judiciária Gratuita, assegurada pela Constituição Federal (art. 5º inciso, LXXXIV) e pelo art. 4º da Lei nº 1.060/50, não se justificando a impugnação apenas no valor da renda pessoal do beneficiário.

2. Não serve, ainda, para desmerecer presunção de hipossuficiência a circunstância do impugnado ser servidor público e estar assistido por advogado particular.

3. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL, TJDFT, 2013).

É possível ter inúmeras interpretações em um ordenamento jurídico que conta com um arcabouço legislativo tão extenso e analítico como o brasileiro. Contudo, a observação da história da jurisprudência nesse tipo de ordenamento já pode nortear de forma mais definida a hermenêutica pátria, evitando-se discrepâncias do entendimento particular de certos magistrados com a determinação constitucional que a Lei acolhe. Essa dissonância ocorrida por não haver respeito aos precedentes gera extrema desconfiança e perda de credibilidade do Poder Judiciário.

Segundo a perspectiva apresentada, o cidadão necessita saber de antemão a qual direito se submeterá, bem como quais efeitos decorrerão das ações que ele pratica. Sua confiança no Estado é um dos valores justificadores da segurança jurídica. Paulsen (2006, p. 52) é um exemplo, ao colocar a confiança no tráfego jurídico como um dos conteúdos desse princípio:

Vislumbramos, assim, cinco conteúdos do princípio da segurança jurídica: 1) certeza do direito; 2) intangibilidade das posições jurídicas; 3) estabilidade das situações jurídicas; 4) confiança no tráfego jurídico; 5) tutela jurisdicional.

Pelos pontos de vista já expostos, verificou-se que a necessidade de certeza é a razão mais relevante que leva a busca do respeito aos precedentes

juntamente com a legislação. O fato de o Brasil ser um país de dimensões continentais com um Poder Judiciário não centralizado traz várias tendências à dispersão da jurisprudência. Essa estrutura deve buscar um mínimo de interligações para obter certa estabilidade ao sistema. A sua organização por meio de parâmetros a serem observados pela jurisprudência pode se compactar, garantindo um maior grau de uniformidade e confiança para o cidadão e os operadores do Direito.

A mudança da jurisprudência no decorrer do tempo é necessária e importante para o desenvolvimento da sociedade como um todo, principalmente ao tratar de demandas disciplinadas por normas ligadas a características sociais, como, por exemplo, o entendimento que se tinha por “mulher honesta”, “adultério”, “*pater familias*”, dentre outros paradigmas afastados pela quebra de costumes rígidos e de tradições inquestionadas.

Nas perspectivas demonstradas, com relação a casos assim, deveria haver uniformidade da interpretação dos tribunais num mesmo momento histórico, sob pena de haver multiplicidade de regras de conduta e de ocorrer uma discriminação a um indivíduo específico.

No entanto, essa prerrogativa de uniformização é do Judiciário como um todo, e não dos magistrados individualmente. Uma vez consolidada a jurisprudência nas formas previstas pelo nosso ordenamento, essa não deve ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais, sob pena de afronta ao princípio da isonomia. Há uma superação do conceito de justiça particular do julgador, uma vez que o direito é construído democraticamente, no qual a atividade Judiciária considera o próprio povo como legitimado ao processo. Nesse sentido Leal (2008, p. 54) destaca:

Nenhum sistema jurídico, ao contrário do que imaginam Dworkin, Rawls e Günther, adquire integridade, equidade ou adequabilidade pelos conceitos de justiça, igualdade e imparcialidade advindos do julgador, de vez que, no Estado Democrático de Direito, é o povo (legitimados ao processo) que faz e garante as suas próprias conquistas conceituais pelo processo constitucional legiferante do que é devido (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do povo. O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (substantive) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (procedural) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado.

Deve-se, portanto, buscar o ideal de confiança e isonomia da atividade Judiciária brasileira, adaptando-a de maneira a buscar as virtudes do *common law*, evitando-se repetir erros já praticados. Assim, por essas últimas considerações, seria possível ultrapassar a noção de um único núcleo interpretativo baseado na compreensão que os tribunais teriam da sociedade, possibilitando uma interpretação realizada pelo próprio povo legitimado ao processo de suas concepções. Não se trata de uma importação pura e cega desse sistema, mas sim a incorporação e a devida compreensão de suas principais características e, principalmente, da correta utilização dos precedentes como verdadeiros guias dos operadores do direito, possibilitando a resolução do maior número de problemas.

3.2 O Precedente judicial no Novo Código de Processo Civil

Em comparação ao Código Civil de 1973, o novo Código de Processo Civil apresenta uma sistemática consideravelmente mais elaborada na importância do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme as próprias exposições de motivos do NCPC há clara intenção do legislador em aproveitar o precedente judicial no desenvolvimento e construção de novos casos, com a busca de garantir efetividade, uniformizar e tornar a prestação jurisdicional mais célere.

Encontra-se, no cerne da proposta do NCPC, uma ideia que vai além do mero acesso à justiça, enaltecendo o conceito de uma duração razoável do processo para se chegar ao provimento final. A garantia de movimentar a jurisdição é tratada tal como a garantia de se obter um resultado efetivo do processo.

A proposta trabalha com a hipótese de uma racionalização da forma de julgamento pelo incentivo de formação de precedentes úteis – no sentido que são formados pelo crivo do contraditório e da simétrica paridade entre as partes – permitindo a instituição de um sistema mais célere e efetivo. Também se busca um sistema que ofereça maior segurança jurídica pela estabilização da jurisprudência em todas as instâncias, sem que haja uma distorção da aplicação da lei no caso concreto.

3.2.1 O dever de pacificação e observação da jurisprudência/precedente judicial - os artigos 926/927 do NCPC e seus desdobramentos

Muito se espelhou no *common law* para a construção do NCPC, sendo que o precedente judicial ganhou relevância no funcionamento e construção procedimental. Conforme se verificará, diversos dispositivos atribuem ao precedente uma característica essencial a ser observada pelos operadores do direito, concedendo mecanismos que reforçam uma técnica processual de sistematização jurisprudencial.

O Livro III “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais” logo nas disposições gerais em seu primeiro título “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”, concede grande valor aos precedentes, com a justificativa de uma busca por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. A redação se apresenta quase que totalmente inédita em relação à procedimentalidade brasileira, tendo em vista sua inexistência no CPC/73.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de

juízo de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Na busca por um reforço da capacidade determinativa do precedente judicial, o art. 926, do NCPC, introduz um dos vários mecanismos de sua utilização, no caso, como um fator de padronização decisória. Há determinação para que os tribunais observem e se vinculem às circunstâncias fáticas dos casos para formação de enunciados de súmula. Destaca-se que existe um comando legal para os tribunais editarem enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Essa uniformização e estabilidade possuem como característica a previsibilidade do julgamento dos tribunais para casos iguais, agregando com isso supostos valores e princípios constitucionais e garantindo a isonomia aos litigantes que se encontrem em situações semelhantes a casos que possuem um entendimento formado. Nesse sentido, um tribunal que não possua consistência e coerência com seus próprios julgados não é capaz de proporcionar segurança jurídica e confiança.

O conteúdo normativo do art. 926 procura criar uma orientação para processos futuros, dissipando entendimentos que não possuam coerência com o entendimento majoritário do próprio tribunal. Encontra-se um efetivo desestímulo aos juízes que possuem entendimentos isolados dos que foram formados e possuam estabilidade no âmbito jurisprudencial, evitando a geração de um tratamento desigual aos litigantes.

É de suma importância destacar que a uniformização da jurisprudência deverá ocorrer de maneira íntegra e coerente⁵¹, tal como a formação da lei, observando princípios constitucionais para a formação de uma decisão.

Por outro lado, a coerência, conforme se vê da exposição de motivos do NCPC, possui íntima ligação com a segurança jurídica, uma vez que coloca aos precedentes judiciais a indicação do caminho a ser seguido. Procura-se, assim, a obtenção de um ordenamento jurídico lógico, previsível na medida em que o litigante busca ser agraciado com um tratamento isonômico que o tribunal concedeu na resolução de outra lide. Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência tende a construir um caráter normativo, que se estende pelos artigos seguintes.

Pelo art. 927, a obrigação legal estende-se aos juízes, quando se trata do dever de observar (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Cotejando-se esses dois primeiros artigos das disposições gerais do Livro III, constata-se uma força normativa de julgados tanto no critério vertical – dos tribunais de instância superior aos inferiores – quanto no critério horizontal – dentro do próprio tribunal. Com essa determinação legal, é possível analisar uma ordem hierárquica no critério vertical para as decisões e enunciados de súmula. Os tribunais e os juízes ficam sujeitos a observar os enunciados das súmulas do

⁵¹ Buscando a compreensão básica da integridade no art. 926, cominado com o entendimento de Dworkin, entende-se que na formação da jurisprudência deve ser observado os princípios constitucionais – morais – levando-os em consideração no provimento final do caso que está sendo apreciado. Dworkin (2007), que trata da integridade no direito, tanto em sua fase legislativa (no que diz respeito ao legislador), como na do julgamento (que tange aos juízes) diz: “Se aceitarmos a integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade, então teremos um argumento geral, não estratégico, para reconhecer tais direitos. A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.” (DWORKIN, 2007, p. 200-201).

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de sujeitar sua decisão a uma revisão pela própria atividade Judiciária. Logo, a dissidência gerada pelo tribunal ou pelo juiz, poderá ser alvo de um Recurso Especial⁵², Recurso Extraordinário⁵³ ou até mesmo de uma Ação Rescisória⁵⁴. No que tange ao critério horizontal depara-se mais uma vez com a coerência e busca da segurança jurídica já explanada pelo art. 926.

O parágrafo primeiro do art. 927 é entendido, assim, como fundamental para o estabelecimento de premissas de um Estado Democrático de Direito no que tange ao papel da atividade Judiciária. Isso ocorre, uma vez que a imposição aos juízes e tribunais em ter de observar o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, ambos do NCPC, busca consagrar direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, possibilitando a oferta de uma construção de um provimento final democrático de qualidade.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. [...]

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

⁵² Constituição Federal de 1988: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁵³ Constituição Federal de 1988: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

[...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁵⁴ NCPC: Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar manifestamente norma jurídica;

- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 - IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 - V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 - VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
- § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
- § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O fato do juiz não poder impedir a parte de manifestar antes que seja dada uma decisão, garante o contraditório instituído no artigo 5º, inciso LV⁵⁵ da CF/88. É justamente isso que pretende o art. 10, do NCPC, que concede à parte o direito fundamental de contraditar sobre qualquer argumento novo, antes que seja tomada uma decisão. Isso garante o contraditório efetivo e prestigia o princípio da não surpresa, avalizando o pleno acesso à justiça, uma vez que a parte terá o direito de não apenas ser ouvida em juízo, mas também de participar da construção do provimento final.

Por outra perspectiva, o art. 489, do NCPC, especialmente no § 1º, busca a formação de uma sentença que de fato possa assumir um papel de precedente judicial, uma vez que terá passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, formando uma argumentação contundente e justificada na atividade judiciária. Nas palavras Juliana Cordeiro de Faria (2015, p. 323), a sentença deve possuir a seguinte feição:

A sentença, como um ato de resposta à pretensão formulada pelas partes (autor, na petição inicial e réu, na reconvenção), é um ato de inteligência do juiz, expressão de seu convencimento. A sentença deve conter um silogismo, isto é, uma coerência lógica entre seus elementos essenciais intrínsecos previstos no art. 489 (relatório, fundamentos de fato e de direito e o dispositivo). Além disso, representando a sentença o enunciado da norma concreta que norteará a relação jurídica litigiosa, deverá adotar linguagem clara e ser precisa. A sentença não pode ser ambígua, pois, do contrário, ao invés de gerar certezas será ela própria fonte de incertezas e, portanto, deixará de cumprir a sua função pacificadora.

⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Nesse liame, a construção procedimental até a feitura de seu provimento deve possibilitar efetiva participação dos litigantes na determinação da aplicação e interpretação dos comandos normativos, estando sempre em consonância com a base teórica do processo inserido no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ensina Cintia Garabini Lages (2014, p. 23):

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório possibilita às partes participar do discurso de aplicação das leis, ao apresentarem as razões segundo as quais uma determinada norma deve ser aplicada ao caso com a exclusão das demais, atendendo, assim, aos pressupostos de produção legítima do direito enunciado pelo Estado Democrático de Direito.

Embora a Emenda Constitucional 45 garanta a fundamentação da decisão pelo inciso IX, do art. 93⁵⁶, da CF/88, a atividade judiciária deixa a desejar em vários casos concretos, sendo sustentada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça. Existe uma resistência à efetiva apreciação do processo por parte de alguns juízes, que consideram a sentença fundamenta na medida em que atenda ao contorno decisório. A presente conduta fere gravemente princípios constitucionais fundamentais assim como a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV), o contraditório, devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LV) e ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LIV). Não há lugar em um Estado Democrático de Direito a permanência desse entendimento:

Está sedimentado nesta Corte o posicionamento de que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, porquanto cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, ao teor do art. 131 do Código de Processo Civil. (AgRg no AREsp 750650/RJ).

Essa aberração jurídica para o Estado Democrático de Direito é uma das razões da criação do parágrafo primeiro do art. 489, que considera expressamente

⁵⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

uma decisão judicial não fundamentada – seja ela interlocutória, sentença ou acórdão – que não apreciar a fundamentação das partes, limitando-se a produzir apenas os argumentos que lhe convém. Há de ter uma efetiva exposição da fundamentação com a causa ou questão decidida, enfrentando todos os argumentos levantados no processo pelas partes. Fica vedado ao juiz empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem que seja feita a devida correlação de sua incidência. Mesmo um argumento considerado inábil a infirmar o julgamento pelo magistrado, há de ser apreciado e devidamente combatido⁵⁷, caso levantado pela parte.

O comando do inciso V, que determina que não se possa “limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, combinado com o inciso VI, no qual segue mesma linha ao impor que não se deve “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”, possui grande intimidade com parte do instituto do *distinguishing* norte-americano, dado que deverá indicar a *ratio discidendi* do precedente invocado.

O cotejo analítico exigido pelo STJ na interposição de Recursos Especiais⁵⁸, agora também poderá ser exigido pelo advogado quando da formação da decisão judicial que afeta ao seu caso, sob pena de interposição de quantos Embargos de Declaração que se mostrarem necessários⁵⁹.

⁵⁷ Frisa-se que um argumento deve ser refutado passando por sua falsificacionismo, ou seja, testado a sua sustentabilidade pelo levantamento de hipóteses de nulidades. Isso se deve, uma vez que um argumento ou decisão jurídica se torna um enunciado sobre a realidade ela deve ser falseável, já que caso não o seja, não se fala sobre a realidade (POPPER, 1980, p. 292). Nesse sentido, uma boa sentença equivaleria a uma boa teoria, na medida em que quanto mais gera e enfrenta hipótese de nulidade – pontos contrários – mais condizente com a realidade ela será.

⁵⁸ Cita-se o AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 728.985 - SC (20150143421-2), que nega seguimento do Recurso Especial pela ausência de um cotejo analítico da divergência jurisprudencial, que estipula que o advogado não deve apenas indicar a decisão divergente, como também fazer uma análise apropriada da *ratio discidendi*. Veja a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Incide a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

2. A transcrição da ementa ou do inteiro teor dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial.

3. Agravo regimental desprovido.

⁵⁹ A redação do artigo 1.022 do NCPC permite a interposição de ED quando ocorra qualquer das condutas descritas no §1º do art. 489. Destaca-se:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

A maioria da doutrina e dos operadores do direito aplaudiu tal decisão⁶⁰, que indica considerável passo em direção ao pleno estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

Os atos do Estado não devem se impor pela força, mas pelo convencimento e sua congruência com o ordenamento jurídico vigente. O Poder Judiciário se legitima quando sua decisão convencer a sociedade, sendo certo que para que isso ocorra os interessados devem tomar pleno conhecimento de seus fundamentos. O Estado Constitucional não mais comporta atividades públicas que sejam despidas de justificação, que não guardem qualquer relação com o prestígio à concreta participação dos jurisdicionados na formação das decisões judiciais que afetem suas esferas de interesse. (FILARDI, 2012, p. 11).

Para ser possível ter o precedente judicial como condão a ser seguido, deve-se garantir a sua devida formação. Uma decisão que não passa pelo contraditório e pela ampla defesa não é passível de ser seguida por outros julgamentos, caso contrário estaria se perpetrando um Poder Judiciário cego em relação aos direitos e garantias fundamentais previstos na própria constituição.

Estar em desacordo com o que se pretende estabelecer pelo art. 489, do NCPC, é contra a ideia de possibilitar o pleno acesso à justiça, com o acolhimento de um efetivo contraditório. Proferir uma decisão sem observar as garantias fundamentais do litigante beira a tirania, estabelecida por ditadores e autoridades que recusam ter suas afirmativas contrariadas.

Deve-se buscar a formação de precedentes judiciais de qualidade, para somente então utilizá-los como parâmetro decisório a ser observado. A possibilidade de se obter um ato decisório que passou pelas balizas de um contraditório efetivo entre todas os sujeitos do processo, observando-se assim todos os parágrafos e incisos do art. 489, do NCPC, permitiria uma melhor compreensão geral do provimento final, não apenas aos litigantes, como também da sociedade, reforçando as razões da utilização da jurisprudência na construção de novos casos e seguindo-a como parâmetro com força normativa.

Principalmente no que tange ao artigo 10 e 489 do NCPC ainda há muito a ser estudado na sua participação para a formação de um Estado Democrático de Direito, visto que possibilita a concessão de uma cientificidade ao direito, uma vez

[...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

[...] II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

⁶⁰ À exceção de parte da magistratura. Vide: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>.

que se estará diante de uma teoria – decisão – que permita ser falseada, já que coteja os pontos levantados e permite a sua própria complementação. Não obstante, buscou-se apresentar os pontos mais relevantes para o presente trabalho, sem, contudo fechar esse importante debate.

Vale ressaltar que a que esse reforço na jurisprudência reforça-se a própria legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/88), garantindo uma aplicação isonômica da lei ao cidadão, sem que ocorra uma margem de interpretação que deturpe o entendimento consolidado.

A construção democrática de uma decisão de qualidade possui a capacidade de obter um caráter normativo, sendo capaz de pacificar entendimentos e a conseqüente aquiescência dos envolvidos.

3.2.2 O Incidente de Demandas Repetitivas e a busca da razoável duração do processo

O NCPC procura oferecer aparatos suficientes que possibilitem a construção de um precedente que se encontre em consonância com o Estado Democrático de Direito, para poder utilizá-lo como uma feição normativa a ser observada para casos subsequentes.

Por esse ângulo, o NCPC buscou estabilizar a jurisprudência, evitando decisões contraditórias sobre o mesmo ponto, em situações equivalentes. A instituição do novo incidente processual, denominado “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” – Capítulo VIII, do Título I “Da Ordem dos Processos e Dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”, do Livro III – possui a intenção principal em se evitar um entendimento desordenado e eclético para casos idênticos.

Considerável parcela desse desarranjo ocorreu devido à massificação de casos que possuem o mesmo tema, juntamente com a abstração ao caso concreto que ocorre pelo judiciário, encontrando-se vários entendimentos que não possuem qualquer correlação. Soma-se tal ponto a ausência de um contraditório efetivo e o desrespeito ao devido processo legal. Streck confirma:

No plano da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, em “suplicante” e “suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobretudo) a todos nós. Mutatis mutandis, isso significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Pode-se afirmar, desse modo, que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas. (STRECK, 2010, p. 4).

No intuito de superar essa percepção, o NCPC tenta colocar a garantia do tratamento isonômico aos litigantes como fundamental na instituição democrática, devendo ser oferecida a mesma resolução a todos que se encontrem em situações idênticas no mesmo lapso temporal, passando por uma construção decisória que observe um contraditório efetivo.

A importância de ter um instrumento que faça prevalecer um sistema uniforme, que ofereça uma segurança jurídica efetiva, se apresenta de tal maneira que a inspiração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas adveio tanto da Alemanha – país com base no *civil law* –, pelo *Musterverfahren*, como pela Inglaterra – país adotante do *common law* –, pela *Group Litigation* (ROSA, 2010).

O art. 976, do NCPC, introduz uma ideia de pacificação do entendimento debatido em múltiplos litígios que se encontram em debate nos tribunais, formando-se uma proposição geral aplicável às causas que possuam o mesmo ponto controvertido. O dispositivo pondera por fixar uma uniformidade das decisões proferidas, oferecendo um tratamento judicial homogêneo às partes que estão na mesma situação àquela disputada no caso paradigma. Pertinente observar, que o artigo se justifica no inciso II por princípios constitucionais, sendo explícita a menção a isonomia e à segurança jurídica.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Precisamente no parágrafo 4º, encontra-se mais uma vez a hierarquia vertical entre os graus de jurisdição, na qual o STF e o STJ possuem preferência sobre o tribunal local na resolução de demandas repetitivas, prevalecendo o entendimento dos tribunais superiores, aos quais ainda irão vincular todos à sua resolução proferida, confirmando o entendimento do art. 927 e toda sistemática desse instituto.

A solução ofertada pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas permitirá, segundo desdobramentos da exposição de motivos, uma simplificação da atividade judiciária, uma vez que vai debater⁶¹ – ou pelo menos deveria – toda a matéria de direito levantada. Com isso, há uma conseqüente abreviação da própria prestação jurisdicional, sendo um passo positivo para garantir a celeridade necessária, economizando tempo e permitindo o cumprimento da razoável duração do processo.

O incidente poderá ser instaurado pelo presidente no tribunal ao qual a lide se encontra, podendo ser requerido pelo juiz responsável, pelas partes e até mesmo pelo Ministério Público e Defensoria Pública⁶². Uma vez aceito o incidente, haverá um órgão colegiado indicado pelo regimento interno para julgar o incidente e fixar o entendimento proveniente do debate. O artigo 979 cuida para se conceder ampla publicidade desse julgamento, tendo em vista interessar a coletividade, uma vez que vários casos serão afetados diretamente por esse mecanismo. Destaca-se que esse efeito ocorre de imediato pelo artigo 982⁶³, que determina a suspensão imediata dos processos que tramitam no Estado ou na região.

⁶¹ O debate democrático para a formação de uma decisão em consonância com as normas constitucionais deve se realizar profundamente, de maneira a exaurir todos os argumentos levantados, sob pena de não se formar uma decisão hábil a ser utilizada como possuidora de caráter normativo.

⁶² Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

⁶³ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

Sem debater os aspectos procedimentais técnicos do incidente, cabe destacar fundamentalmente o efeito vinculante do julgado proferido pelo órgão colegiado especial. Há um verdadeiro *binding effect* tanto horizontalmente como de maneira vertical, sendo que todos os processos individuais ou coletivos que se encontrem na área de jurisdição do respectivo tribunal julgante, terão a tese jurídica aplicada ao seu caso, estando claramente estabelecido legalmente um caráter normal formal de uma decisão judicial. Interessante notar nesse caso, que o efeito vinculante da decisão toma tamanha proporção de norma no sentido formal, que o parágrafo segundo prevê a comunicação ao órgão, ao ente ou à agência reguladora para garantir a aplicação fática da tese adota, para que essa seja observada na fiscalização respectiva.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

O efeito vinculante determina de forma imperativa a tese a ser seguida para os casos que se encontrem em curso e para todos que venham a versar sobre o mesmo assunto. A não observância dessa norma estabelecida pode ser

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1o A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2o Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 3o Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4o Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3o deste artigo.

§ 5o Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

enfrentada por uma via procedimental específica citada no §1º, do artigo 984, do NCP, denominada reclamação, que será abordado mais adiante. Encontra-se efetivado o efeito *erga omnes* como consequência da decisão realizada sobre o incidente. Forma-se um precedente vinculante (BARBOSA; CANTOARIO, 2011).

É importante destacar que o acórdão proferido em um julgamento de casos repetitivos enseja a possibilidade de se realizar o cumprimento provisório da sentença em uma obrigação de pagar quantia certa sem que seja realizada uma garantia ao juízo. Nesse sentido, ficaria o exequente dispensado de prestar a caução prevista no artigo 520, inciso IV⁶⁴, do NCP, podendo dar início ao procedimento executório de caráter provisório. Deve-se notar que o julgado proferido do incidente de causas repetitivas para o artigo 521, inciso IV⁶⁵, do NCP, possui o mesmo patamar de súmula de jurisprudência do STF ou STJ, uma vez que todas são capazes de dispensarem a caução sem que haja nenhuma diferenciação qualitativa ou hierárquica entre esses julgados.

Fica o ponto negativo atribuído ao artigo 986, do NCP, que não oferece um procedimento para que ocorra uma futura mudança de entendimento. Há um perigo de se petrificar o entendimento, mesmo que esse venha a ser considerado ultrapassado – seja pelo tempo, seja pela mudança cultural, seja por necessidade de mudança –, sendo necessária que se construa uma maneira de contestar a tese proveniente do incidente. Por esse artigo entende-se que houve uma tentativa de se prover um mecanismo similar ao *overruling*, que seja capaz de mudar o entendimento parcialmente ou totalmente, uma vez que se fala em “revisão da tese jurídica firmada no incidente”. O que se depreende é que quaisquer das partes elencadas no artigo 977, do NCP (WAMBIER, 2015,) poderiam propor a revisão da tese firmada no incidente. Contudo, encontra-se um verdadeiro espaço a ser preenchido, já que não há qualquer procedimento devidamente pré-determinado para essa superação.

⁶⁴ Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: (...)

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

⁶⁵ Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: [...]

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Ficam várias questões omissas pelo legislador a serem delimitadas. Não há como afirmar se poderá ocorrer ou não uma modulação temporal – *ex tunc, ex nunc* - dos efeitos caso a revisão seja aceita; não são elencados requisitos processuais postulatórios da revisão, sendo que não há como saber se seria necessária uma repercussão geral ou uma mudança de postura nas relações que deram origem a tese; não se sabe se a revisão terá um efeito suspensivo aos demais casos que tratem do mesmo ponto; não há um critério formal estipulado pelo legislador, ou sequer se sabe se seria necessário um recolhimento de custas⁶⁶ para tal formulação. Alberga-se aí uma lacuna importantíssima a ser sanada, sob pena de perpetuar um entendimento, petrificando-se o direito e impedindo o natural desenvolvimento da sociedade.

3.2.3 O Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Apesar de se apresentar de forma discreta no Código de Processo Civil de 1973, já era possível verificar o instituto do Incidente de Assunção de Competência no artigo 555, §1º.

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Logicamente esse instituto não possuía expressa sua nomenclatura e sequer se apresentava elaborado da forma que foi colocada no NCPC, que dedicou um capítulo específico para delinear esse procedimento. Pode-se colocar esse incidente como a forma preventiva do Incidente de Demandas Repetitivas, uma vez que também busca a uniformização da jurisprudência de forma a oferecer segurança

⁶⁶ Caso venha a ter uma legislação que estipule o procedimento da revisão, acredita-se que essa não poderá ter um preparo em vista à simétrica paridade ao artigo 976, §4º do NCPC.

jurídica e obstar interpretações discrepantes com as adotadas nos tribunais nacionais.

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Nesse sentido, verificada a relevante questão de direito com grande repercussão social, antes de ocorrer uma pluralidade de entendimentos, poderá ser levantado o incidente. Pelo *caput* do art. 947 apreende-se que se trata de um mecanismo relacionado aos recursos, processos de competência originária dos tribunais e em casos de remessa necessária. Destaca-se que, diferentemente do antigo CPC, foi prevista a possibilidade de provocação do relator pela parte, do Ministério Público e da Defensoria Pública, para propor o julgamento do caso em órgão colegiado especial.

A correlação desse mecanismo com o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade se apresenta na medida em que, o órgão julgador que deveria decidir originalmente, é deixado em detrimento de outro especializado para conferir uma força vinculante ao entendimento adotado sobre o ponto controvertido. Isso ocorre justamente pela expectativa de evitar uma pluralidade de entendimentos incompatíveis entre si no mesmo órgão jurídico. Obviamente que o Incidente de Arguição de Constitucionalidade se restringe à tese sobre a constitucionalidade ou não de comando normativo específico, enquanto a assunção de competência trata do caso propriamente dito.

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

O fortalecimento dos precedentes se torna perceptível pela força vinculante atribuída a ambos os incidentes, vinculando todos os juízes e órgãos fracionados.

Apesar de estar prevista a manifestação sobre a questão constitucional levantada no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade pelos legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade do art. 103⁶⁷ da CF/88, nota-se que tal como o Incidente de Assunção de Competência há uma considerável restrição na participação da formação de um precedente que obterá um caráter normativo vinculante. Como levantado em outros pontos, existe um alerta em relação ao efetivo debate pela restrição da própria pluralidade de entendimentos. Pelas bases teóricas expostas, acredita-se que a pluralidade de percepções contribui fortemente para a construção de uma decisão mais democrática e suscetível a menos erros. Se uma teoria for engessada antes mesmo de ser

⁶⁷ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

debatida apresenta-se o perigo de quebra de garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa.

3.2.4 A reclamação e o seu novo status pelo novo Código de Processo Civil

Voltando à reclamação mencionada no artigo 985, §1º, do NCPC, que estipula a sua utilidade quando não observada a tese adotada no julgamento do incidente, encontra-se seu processamento elencado entre os artigos 988/993. Apesar desse mecanismo não estar presente no CPC/73, não se trata de uma novação no sistema jurídico – apesar de apresentar mudanças –, uma vez que nada mais é que a reclamação constitucional presente no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um instrumento jurídico constitucional que busca a preservação da competência do STF e STJ, e a garantia da autoridade de suas decisões. Theodoro Júnior (2008, p. 639) já colocava a reclamação como um instrumento de controle de constitucionalidade na medida em que se trata de um remédio processual que “[...] se presta a aparelhar a parte com um mecanismo processual adequado para denunciar àquelas Cortes Superiores atos ou decisões ofensivas à sua competência ou à autoridade de suas decisões.”.

De fato, a ascendência da reclamação no sistema jurídico brasileiro teve origem jurisprudencial pelo STF, possuindo base também advinda do *common law* estadunidense, a partir da “teoria dos poderes implícitos”, conhecida como *implied powers*. Com seus registros no Regimento Interno do STF⁶⁸, em 1957, a reclamação tomou patamar de lei com a Constituição de 1967, sendo transmitida até a Constituição Federal de 1988. Finalmente a Lei 8.038/90, entre seus artigos 13 e 18, regulou o cabimento de reclamação junto ao STF e STJ (GOES, 2011). Assim está prevista na CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após

⁶⁸ Atualmente está no Regimento Interno do STF entre os artigos 156/162.

reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Verifica-se que com a reforma realizada pela Emenda Constitucional 45, que introduziu o artigo 103-A, a reclamação teve uma expansão na sua aplicabilidade, podendo ser realizada contra ato administrativo ou decisão que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, ganhando maior repercussão no sistema pátrio. Salieta-se que a Emenda Constitucional 45 foi a que introduziu o conceito de súmula vinculante no âmbito da competência do STF, sendo a reclamação estipulada como instrumento processual para garantir sua efetividade. Destaca que não se trata de um recurso propriamente dito^{69, 70}, o próprio STF⁷¹ entendeu que “a natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição.”.

Com o NCPD a reclamação ultrapassará sua função principal de preservação de competência e garantia da autoridade das decisões do STF e STJ. Sua importância se mostra tão evidenciada que antes mesmo da entrada em vigor

⁶⁹ Há divergência doutrinária ao entendimento do STF, sendo o mais relevante a se destacar a obra representada por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000), em sua obra *A Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. O referido autor justifica seu entendimento contrário ao STF da seguinte maneira: “[...] mesmo quando não se especifica o que seja a reclamação, tem, como minoraríssimas exceções, deixado claro que medida administrativa ela não é, entre outras coisas, porque: a. reconhece-lhe o poder de produzir alterações em decisões tomadas em processos jurisdicionais, efeito que não podem ter, por certo, as medidas administrativas, sob pena de inconstitucionalidade, como ocorre como o uso recursal da correção parcial. b. aceita a reclamação para coibir desobediências - é possível, em hipótese, supor também, invasão de competências - que partam de entes de outros Poderes, o que demonstra não ser providência administrativa, pois os órgãos do Judiciário só podem exercer seu poder administrativo dentro da hierarquia interna de sua estrutura, sendo impensável, porque atentatório ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, que o fizesse contra atos dos demais.”

⁷⁰ Existe ainda quem diga que a reclamação constitucional possui natureza jurídica híbrida, na qual possui características de uma ação/pedido, na qual seria uma impugnação que ocorre de maneira incidental autônoma, sem, contudo ter um caráter de recurso (ROSSI, 2004). Além desses entendimentos quanto a natureza jurídica da reclamação ainda encontram-se outros autores que possuem uma compreensão diversa, tal como a de (i) mero incidente processual; (ii) sucedâneo recursal; (iii) remédio processual sem natureza recursal; (iv) ação com caráter correicional e (v) mera ação independente. (GÓES, 211, p. 630).

⁷¹ Cf. ADI 2212 / CE. Min. ELLEN GRACIE. Pleno, DJ 14-11-2003 PP-00011.

do NCPC, a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, fez alterações nas possibilidades de seu cabimento. Os incisos III e IV o *caput* do artigo 988 sofreram sutis mudanças, abrangendo as possibilidades de utilização da reclamação, fortalecendo ainda mais as decisões judiciais, e, ainda, foram acrescentados os incisos I e II no §5º⁷² desse mesmo artigo.

A inserção original (antes da mudança pela Lei 13.256/16) dos incisos III e IV, no artigo 988, estabelecia a sua função de garantir observância de enunciados de súmulas vinculantes e de decisões do STF pelo controle concentrado de constitucionalidade, tal como garantir a observância da tese adotada pela decisão do incidente de demandas repetitivas. O conteúdo geral desses incisos se manteve, sendo a única alteração encontrada no acréscimo da possibilidade de fazer uma reclamação frente ao acórdão originário de incidente de assunção de competência.

De qualquer modo, independente de sua natureza jurídica, a reclamação continua sendo um procedimento autônomo, ou seja, ele deve ser distribuído para ser analisado e processado de maneira emancipada de sua causa principal.

Antes de aprofundar nas peculiaridades da reclamação destaca-se sua disposição no NCPC para melhor compreensão⁷³:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência

§1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

⁷² A redação original do parágrafo 5º foi tecnicamente complementada, uma vez que apenas dizia que “é inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão”. Com a subdivisão desse parágrafo em dois incisos ficou esclarecido que a inadmissão deve ser limitada ao trânsito em julgado da decisão reclamada, além de indicar expressamente que a reclamação cabe somente depois de esgotadas as instâncias ordinárias, quando utilizada para “garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”. Essa mudança ocorreu com intuito de evitarem-se reclamações direcionadas aos tribunais superiores, enquanto ainda houvesse a possibilidade de reverter o entendimento pelas instâncias ordinárias.

⁷³ Artigo com as modificações realizadas pela lei 13.256 de 04 de fevereiro de 2016.

§4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;
 II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;
 II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável;
 III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação.

Art. 990. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 991. Na reclamação que não houver formulado, o Ministério Público terá vista do processo por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações e para o oferecimento da contestação pelo beneficiário do ato impugnado.

Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Art. 993. O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

O que se extrai de maior relevância no que tange as novidades desse instituto é a sua utilidade de garantir a tese proferida pela decisão do incidente de casos repetitivos.

Nota-se a tentativa de se fortalecer a jurisprudência não apenas do STF e STF, mas também dos demais tribunais, sendo que a reclamação, tal como foi o meio que o legislador encontrou na Emenda Constitucional 45 para garantir a aplicabilidade da súmula vinculante, também está sendo utilizada como garantidora da aplicação dos entendimentos advindos dos julgamentos de casos repetitivos. A valorização dessas decisões judiciais ocorre a partir do momento que não apenas se concede uma força vinculante, como também se oferece um meio para assegurar sua efetividade em qualquer caso concreto que vá em desacordo com o entendimento firmado.

O processamento da reclamação se mantém consideravelmente similar a sua forma de interposição atualmente, uma vez que reproduz vários dos artigos previstos no regimento interno do STF e na Lei 8.038/90. Nos termos dos parágrafos primeiro e segundo a reclamação deverá estar instruída com a prova documental da violação da decisão por uma autoridade e ser dirigida ao presidente do tribunal cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. Logo, se

há um desrespeito a uma decisão proferida por incidente de demanda repetitiva, o tribunal que proferiu o julgamento fará sua análise, de igual modo é realizado pelo STF quando se trata de súmula vinculante. Aceita a reclamação pelo relator, será feito o requerimento de informações da autoridade contra a qual se reclama, que terá o prazo de 10 dias⁷⁴ para responder, sendo que caso a decisão venha beneficiar terceiros, deverá conceder o prazo de 15 dias para contestação, sendo passível suspensão do processo ou do ato impugnado caso se entenda necessário (art. 989 do NCPC). Salieta-se que tudo isso somente poderá ocorrer caso não se trate de uma decisão transitada em julgado, sem, contudo haver um prazo para sua propositura a partir do momento em que se verifique a prática do ato contrário à decisão pacificada.

A estrutura do NCPC contempla em vários pontos a valorização da jurisprudência e dos precedentes judiciais, submetendo aos juízes e tribunais um dever de observância que do entendimento legal firmado nas cortes nacionais, tornando essa prática uma regra geral, superando assim, qualquer aspecto subsidiário que a jurisprudência ainda possuía no Brasil. O desrespeito à aplicação da compreensão assentada nos tribunais para casos que se enquadram no paradigma formado possibilitará à parte se insurgir contra essa decisão por diversos remédios processuais oferecidos no decorrer da Lei 13.105/15. A demonstração de violação de um enunciado jurisprudencial ou sumular é confundido com a própria fundamentação de um eventual recurso que desafie a decisão dissidente.

3.2.5 Dos julgamentos “in limine litis” e dos óbices recursais pela prévia observância dos precedentes judiciais

Diversos institutos jurídicos possuem em seu conteúdo normas que reforçam uma consideração da jurisprudência na formação da decisão a ser prolatada.

O artigo 311, inciso II, do NCPC, é mais um que considera a força do acórdão decorrente de um julgamento de demandas repetitivas, uma vez que

⁷⁴ Importante destacar que o NCPC busca padronizar os prazos para 15 dias, sendo esse prazo um dos poucos que fogem à regra.

também coloca esse julgamento no mesmo nível que a súmula vinculante, para a concessão de tutela de evidência. Nesse sentido, poderá ser concedida a tutela de evidência independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (inciso II, do artigo 311).

O artigo 332 permite ao magistrado o julgamento liminar de improcedência do pedido em caso que não necessite a realização da fase instrutória e independentemente da citação do réu, caso o objeto do processo esteja em manifesto desacordo com a jurisprudência. Destaca-se:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Trata-se de uma verdadeira inovação do NCPC, uma vez que a possibilidade de conceder decisão de mérito liminarmente, sem a oitiva do réu, se encontra em moldes completamente diferentes do apresentado no artigo 332. O CPC/73 em sua redação original, não registrava qualquer possibilidade de prolatar um julgamento de mérito sem que antes ocorresse a citação do réu. A hipótese mais próxima disso ocorria no artigo 330⁷⁵, do CPC/73, que dispunha sobre o julgamento antecipado da lide, onde o juiz poderia proferir sentença quando a matéria for unicamente de direito, após a citação válida do réu, ou ainda quando ocorresse à revelia.

Em fevereiro de 2006, a Lei nº 11.277, inseriu no CPC/73, o artigo 285-A, que previa a possibilidade de um magistrado emitir decisão de mérito liminarmente, sem a citação do réu, para casos que versassem apenas sobre questão de direito. Contudo, os moldes desse artigo se apresentam de maneira consideravelmente

⁷⁵ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

diferente do instituído pelo NCPC, uma vez que sua redação permite o julgamento liminar de improcedência do pedido, apenas quando o mesmo juízo em casos idênticos tiver proferido sentença de improcedência.

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Constata-se então que são consideradas apenas as decisões do próprio juízo, ao contrário do artigo 332, do NCPC, que elenca as possibilidades de julgamento liminar da improcedência do pedido de maneira taxativa, sem considerar as decisões monocráticas do próprio juízo.

O artigo 285-A, do CPC/73, já sofria várias críticas pela doutrina, tendo em vista que sua construção se preocupou unicamente com a possibilidade de se conceder maior celeridade e desafogamento do número de processos do Poder Judiciário. Donizetti (2008, p. 305) salienta que “a celeridade não pode aniquilar outras garantias das partes, sob pena de não representar efetividade, ou, no máximo, uma efetividade malsã, que só visa o resultado. A inconstitucionalidade é gritante.” Rosemiro Pereira Leal (2011, p. 222-223) também ressalta suas críticas ao artigo:

Adicionou-se o art. 285-A para permitir ao juiz decidir o mérito, em hipótese de improcedência, inaudita altera parte, isto é: *in limine litis* sem citação do réu. Espécie insólita de tutela antecipada *ex officio* a favor do espírito do réu em que o juiz, transfigurando-se (ectoplasmando-se) em Dom Quixote, elege-se defensor dos ausentes em nome de uma justiça veloz (olímpica). É mesmo uma situação tragicômica. Além disso, impropriedades nomenclaturais, no artigo, denunciam a radicalidade do jejum jurídico do redator do texto. [...]

Outra aberração é a referencia a “casos idênticos” que habilitarão ao juiz, em sua sapientíssima e solitária convicção, proferir “sentença de total improcedência” em pleitos instaurados.

Salienta-se que esse artigo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.695/06⁷⁶, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que entende que o dispositivo afronta os princípios da inafastabilidade da atividade Judiciária, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que estão inseridos no artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988. A ADI assevera que o artigo estabelece uma sentença vinculante interdita no curso procedimental em primeiro grau que impede o estabelecimento do contraditório.

A extinção prematura e precipitada do processo, nas condições admitidas pelo art. 285-A do Código de Processo Civil, sacrifica, ainda, outro princípio constitucional – o princípio do contraditório (Constituição, art. 5º, LV). Segundo esse princípio, em sua acepção hodierna, não basta que às partes se assegure bilateralidade de audiência ou ciência recíproca dos atos que um e outro dos litigantes pratique no curso do procedimento. O contraditório, como acentua JOSÉ LEBRE DE FREITAS, implica, fundamentalmente ‘uma garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. (BRASIL, 2006).

Além disso, o fato de ter como único parâmetro as decisões do próprio juízo afronta a segurança jurídica, uma vez que o juízo poderia estar em desacordo com o entendimento majoritário da jurisprudência nacional.

Não obstante, parte da doutrina defende a constitucionalidade desse artigo. Theodoro Junior (2007, p. 407) relata que “o julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 285-A, não agride o Devido Processo Legal, no tocante às exigências do Contraditório e Ampla Defesa”, enquanto Machado (2008, p. 304) reforça que “o fato é que a novíssima figura não infringe qualquer princípio constitucional, apesar da supressão de quase todo o procedimento de primeira instância.”

Fato é que o artigo 332, do NCPC, como a sistemática do código, preocupou-se em se esquivar desses questionamentos de infrações constitucionais, obrigando ao magistrado a proferir decisão – como qualquer outra – devidamente fundamentada, demonstrando claramente a correspondência do caso com os entendimentos jurisprudenciais formados. Há diminuição da arbitrariedade, tendo em

⁷⁶ Que teve sua liminar negada e continua sem julgamento. Provavelmente perderá o objeto com a o advento do NCPC.

vista que o paradigma não virá do próprio juízo, mas sim de uma série de precedentes que obtiveram um contorno normativo devido à sua pacificação.

Sem embargo existem críticas aplicáveis ao dispositivo em questão, uma vez que há uma supressão do processo, na própria instauração de uma controvérsia e na obstrução da possibilidade de atingir uma conciliação que as partes entendam por justa.

O NCPC tenta inserir profundamente a necessidade de permitir às partes a possibilidade de uma composição amigável da lide e, sem dúvida nenhuma, o artigo 332 retira essa oportunidade de encontrar um termo que satisfaça a quem de fato interessa a solução da lide (autor e réu).

O fato de ter sumulado um entendimento, consolidado pela jurisprudência ou até mesmo de estar prescrita a pretensão⁷⁷ do direito pretendido, não significa que o anseio pessoal da parte deva ser desconsiderado. Não se pode excluir a interpretação fática jurídica que a parte possui, por conseguinte, o ideal seria que não se permitisse a um juiz decidir uma lide sem previamente escutar todos os envolvidos, uma vez que o próprio réu pode discordar de entendimentos considerados como paradigmas a serem seguidos no âmbito legal e atender/conciliar seus interesses com o autor. A conciliação deve advir de uma escolha pessoal e inviolável, não importando o que foi decidido por um tribunal, ou sumulado por uma corte. Destarte, apesar das críticas estarem direcionadas ao artigo 285-A do CPC/73, as indignações feitas por Leal (2011, p. 222-223) ainda prevalecem pela sistemática imposta pelo artigo 322, do NCPC:

O artigo começa com seguinte redação: “Quando a matéria controvertida”. Ora, a controvérsia só ocorre havendo lide (Carnelluti), com existência de controversistas (partes), atendido o princípio da dualidade processual, conforme se vê dos artigos 263 e 210 do CPC. Aqui o legislador admite a “controvérsia” com uma só parte (o autor).

Então, pelo artigo 285-A, o que o juiz vai julgar mesmo é um fato narrado e embrulhado num pedaço de papel (autos) sem sujeitos do processo, *causa pretendi* e *petitum*, que são elementos configurativos do procedimento instaurado a exigirem (para que a decisão de mérito possa afetar o *universum jus* das partes) o exame de pressupostos e condições da ação só passíveis de configuração com a citação do Réu, principalmente quando ao pressuposto relativo à *letimatio ad processum*. Não há “improcedência” em juízo sentencial terminativo-definitivo, que não passe, antes, pela formação do processo.[...].

⁷⁷ O paragrafo primeiro do artigo 332 do NCPC também possibilita que “O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”

A inconstitucionalidade dessa postura não diz tanto à precisão escópica que deva ter o juiz para detectar a identidade, mas à situação de se proferir uma sentença terminativa-definitiva (de mérito) sem processo, ou seja: sem procedimento em contraditório entre as partes (Fazzalari), postergando o devido processo legal assegurado constitucionalmente (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88). O instituto jurídico do devido processo criou para litigantes, e não para os juízes, direitos ao contraditório e ampla defesa, que, ao mesmo tempo, são faculdades e garantias personalíssimas das partes, não podendo sofrer restrições a qualquer pretexto. Chamar o réu, mesmo que a sentença integralmente lhe aproveite, somente para “responder” a possível recurso (apelação) do autor, é decidir, no âmbito da instância democrática, sem dualidade de partes, sem os sujeitos do processo em suas relações internormativas, logo sem formação do processo com desobediência do devido processo.

Outro artigo que se envolve em polêmica semelhante, por apresentar comandos discutíveis em relação à sua consonância com a Constituição Federal de 1988, é o artigo 496, do NCPC, que trata da remessa necessária, ou melhor, desnecessária. Apesar de possuir uma redação idêntica no *caput* com a do artigo 475, do CPC/73, seus dispositivos apresentam uma dilação das possibilidades de se produzir efeitos de uma sentença sem que seja garantido o duplo grau de jurisdição, direito fundamental oferecido ao cidadão no artigo 5º, inciso LV, da CF de 1988.

Como no CPC/73, a garantia estatal de não sofrer os efeitos de uma sentença sem sua reapreciação foi mantida no NCPC, sendo, contudo, taxado e ampliado o teto das exceções a essa regra. Enquanto no CPC/73 não há distinção entre os entes da federação, sendo o *caput* do artigo 475 limitado a um teto de 60 salários mínimos para qualquer ente, o artigo 496 elenca limites para cada figura estatal.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Verificadas tais mudanças, destaca-se, sobretudo o parágrafo quarto, que se enquadra como mais um ponto do NCPD que fortalece o caráter persuasivo dos precedentes judiciais. A redação do CPC/73 se limita a dizer que não se aplica o artigo para sentenças que se apresentarem fundadas em jurisprudência do plenário do STF ou de súmulas de tribunais superiores. Com a nova disposição, o artigo expandiu essa possibilidade a acórdãos proferidos pelo STF e STJ para julgamento de recursos repetitivos, teses estabelecidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e até mesmo orientação vinculante firmada no âmbito administrativo. Há uma significativa expansão do rol de possibilidades de se ter uma decisão que surta seus efeitos antes de oferecer uma decisão em sede de recurso ao litigante, ofendendo a garantia do duplo grau de jurisdição. Mais uma vez Leal (2011, p. 198-199) expressa às considerações que se devem ter em relação a comandos legais com um conflito constitucional como esse⁷⁸:

O duplo grau de jurisdição consiste em oferecer ao povo oportunidade de conhecimento e decisões de suas causas por, pelo menos, dois órgãos judicantes hierárquicos, sucessivos e autônomos. Por conseguinte, tendo em vista a isonomia institucionalizada pelo artigo 5º, caput e LV, da CF/1988, manifesta-se absolutamente inconstitucional o artigo 475 do CPC, que enseja o duplo grau de jurisdição a hipóteses restritas, o mesmo podendo dizer-se de outras leis brasileiras que estabelecem, paradoxalmente, duplo grau de jurisdição ao mesmo nível instancial, além de óbices recursais, em violação à ampla defesa, como se lê no §3º do art. 475 do CPC.

Entre os acréscimos realizados pelo parágrafo quarto, deve-se colocar considerável atenção ao seu inciso IV, uma vez que se concede um imperativo a

⁷⁸ O trecho faz referência ao artigo 475 do Código de Processo Civil 1973, contudo o direito – ou supressão deste – expresso por esse artigo possui as mesmas ideias que o artigo do novo Código de Processo Civil.

uma decisão realizada no âmbito administrativo. Em uma visão crítica democrática sobre esse inciso muito há de se indagar sobre sua constitucionalidade, vez que a formação das orientações administrativas não se constrói por uma representação democrática e não necessariamente segue os padrões principiológicos constitucionais fundamentais. Cada órgão da administração pública possui processos administrativos consideravelmente diferentes uns dos outros e do próprio Poder Judiciário, ficando por diversas vezes longe de garantir ao cidadão a isonomia, publicidade, ampla defesa, devido processo legal, contraditório e até mesmo dignidade da pessoa humana. Isso se deve muito ao fato que a autoridade administrativa possui capacidade de se autoregular, vinculando principalmente ao seu próprio código, não podendo transigir sua regra editada (RIVERO, 1981). Logo, não se pode contar que a decisão vinculante administrativa deva surtir efeitos na esfera processual legal sob uma perspectiva constitucional, tendo em vista a ausência de garantia que a orientação administrativa fora constituída pelo crivo dos princípios processuais estabelecidos como garantias fundamentais pela Carta Maior. Contar com a decisão administrativa para nortear decisões judiciais sem que se passe por um amplo debate pode causar ofensas a direitos essenciais garantidos ao cidadão.

As forças das decisões judiciais com o NCPC afetam a todos, sendo que tanto o recorrente como o recorrido podem sentir os efeitos, diretamente, no momento de recebimento do recurso ou de suas contrarrazões pelo relator. O artigo 932 determina que incumbe ao relator negar o provimento ao recurso ou, após ofertadas as contrarrazões, dar provimento ao recurso nas situações que favoreça (i) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Todas essas hipóteses estão elencadas nos incisos IV e V, do artigo 932, do NCPC.

Trata-se de uma exceção à regra tal julgamento monocrático pelo relator, apenas para as situações excepcionais previstas nesse artigo. Essa possibilidade encontra-se tanto na alternativa de negar provimento ao recurso como na de dar provimento ao recurso, sempre observando as mesmas espécies decisórias para qualquer das opções.

3.2.6 A amplitude da importância das decisões judiciais no NCPC e seus riscos

A tendência de uniformização está presente até os últimos artigos do NCPC que, a partir do artigo 1.036, disserta sobre o procedimento de julgar recursos repetitivos. Esse artigo possui como principal objetivo a formação de um paradigma para vinculação dos casos de recurso especial e recurso extraordinário que possuam debates de questões de direito idênticos, conferindo assim maior eficiência aos tribunais, esquivando-se das constantes reavaliações⁷⁹. Lembra-se que essa subseção de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos também sofreu mudanças pela Lei 13.256/16, sendo realizadas mudanças no §3º do artigo 1.036⁸⁰, §3º do artigo 1.038 e §2º do artigo 1.041⁸¹.

Necessário salientar a importância da formação do acórdão que irá padronizar esse entendimento, uma vez que vários outros litigantes que se encontrem em situação semelhante serão afetados. Nesse sentido, os processos que formarão o modelo a ser observado devem necessariamente ter respeitados todos os dispositivos e princípios processuais e constitucionais, sob pena de se formar uma decisão que ofenda os pilares de um Estado Democrático de Direito. Toda e qualquer decisão, por mais nobre que pretenda ser, que não possui sua origem em um processo que não tenha passado pelo crivo do contraditório, devido processo legal e ampla defesa, não pode servir como parâmetro para outros casos, se tornando um precedente sem qualquer força vinculante sob a perspectiva democrática legal.

Para supostamente evitar situações de conjunturas não consonantes com o Estado Democrático de Direito, o legislador determinou que sejam selecionados dois ou mais recursos que de fato representem a controvérsia conforme §§ 1º, 4º, 5º

⁷⁹ É importante que o tribunal esteja aberto a reavaliações futuras do entendimento estabelecido. Destaca-se que essa reavaliação deve-se restringir apenas para processos que de fato possuam o debate idêntico de direito para lapsos temporais próximos para se garantir a isonomia e sob pena de se engessar o direito para casos futuros que enfrentem mudanças culturais/sociais.

⁸⁰ A alteração no §3º do artigo 1.036 consistiu basicamente na delimitação da possibilidade de agravo interno como o meio cabível contra o sobrestamento de recurso intempestivo em fase de recurso especial ou extraordinário, evitando-se interpretações extensivas.

⁸¹ Uma das principais alterações e intenções da Lei 13.256/16 foi reestabelecer o duplo juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, fazendo-se uma separação apurada de quais recursos de fato possuem os requisitos para terem seu julgamento reexaminado pelas cortes superiores. A alteração desse inciso foi uma harmonização desse entendimento que estabelece um primeiro juízo de admissibilidade do tribunal recorrido pelo presidente ou vice-presidente do próprio órgão julgador.

e 6º do artigo 1.036 do NCPC. Os recursos escolhidos devem, além de terem se construído com total respeito aos direitos e garantias fundamentais, possuir um amplo debate com todas as fundamentações e discussões da questão a ser decidida. Não basta que o processo tenha apenas seu desenvolvimento dentro dos ditames legais, sendo essencial o aprofundamento da matéria apresentada em debate, ou seja, que haja um efetivo contraditório crítico sobre o tema. Outro ponto relevante é que os recursos selecionados abranjam todos os pontos do debate, sem deixar qualquer perspectiva de fora. Ora, isso é o mínimo que se pode oferecer ao cidadão, uma vez que a apresentação de um ponto não debatido pode mudar consideravelmente o conteúdo de uma decisão.

Há de se mencionar que, uma vez selecionado o tópico repetitivo de recurso extraordinário e de recurso especial, todos os demais recursos que se fundam na mesma matéria serão suspensos nos próprios tribunais de cada Estado ou região, devendo esperar uma declaração definitiva do STF ou do STJ. Destacam-se apenas os dispositivos mencionados:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

O precedente judicial vinculante deve ser construído por todas as orientações democráticas possíveis, para que atinja a sua finalidade e função, tendo em vista tamanha capacidade que sua repercussão pode oferecer. No caso específico, uma vez proferido o acordão da decisão dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, os órgãos colegiados irão declarar prejudicados os outros

recursos, aplicando a tese firmada, o que causa um efeito em cadeia para os processos que foram sobrestados em razão da instauração do procedimento.

Não obstante toda essa repercussão e importância da decisão oriunda de um julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, a Lei 13.256/16 alterou o §3º do artigo 1.038, que permitia e garantia a toda e qualquer discussão realizada no processo uma devida análise na construção do acórdão desse julgamento, sendo claro ao dizer que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”. Em uma limitação discursivo-democrática, inseriu-se um artigo não consoante com o próprio NCPC, na medida em que choca com o artigo 489 desse código, já que sua redação coloca que: “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”. Está-se diante do debatido retrocesso do descompromisso em relação a ampla defesa e contraditório no devido processo legal, já que se retoma a absurda máxima gestada no CPC/73 de “que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos” (AgRg no AREsp 750650/RJ).

O artigo 1.037 traz os contornos de como se processará a formação do acórdão paradigma para os recursos repetitivos, sendo interessante frisar o parágrafo 9º, que concede o direito a um litigante, que teve seu processo afetado – suspenso – o direito de pedir o seu seguimento. Para tanto, deverá ser demonstrada a distinção entre a questão a ser decidida e o seu caso concreto. Esse mecanismo é semelhante ao *distinguishing* (DIDIER JR., 2014, p. 402), previamente estudado. Nessa situação, visando o contraditório efetivo, será concedida à parte contrária o direito de se manifestar no prazo de cinco dias sobre o pedido de seguimento do processo pela não aplicabilidade da tese que ainda será julgada (art. 1037, §11, do NCPC).

Uma vez publicado o acórdão, verifica-se o efeito vinculante aos demais casos que se encontravam sobrestados, sendo aplicada a tese de imediato, e, os processos que se encontram nos tribunais superiores, terão seu recurso considerado como prejudicado, ou decididos aplicando-se a tese firmada (art. 1039, do NCPC). Os demais processos que foram suspensos nos tribunais nacionais que tiverem seu pedido de recurso especial ou extraordinário terão seu seguimento negado. Porventura, caso haja um acórdão recorrido por tese contrária àquela

proferida pelo tribunal superior, será feito o seu reexame na própria origem, como uma espécie de possibilidade de retratação ao tribunal que possui tese dissidente.

Os processos que estavam suspensos terão seu seguimento realizado com a consecutiva aplicação da tese formada. Destaca-se sua tamanha força coercitiva que sua afetação ocorre não somente aos processos, que o próprio tribunal comunicará o órgão, o ente, a agência reguladora que possam ter sua política de funcionamento afetada. Ainda se acentua a possibilidade de desistência unilateral – sem o consentimento do réu – do processo para o litigante que possua seu processo ainda no primeiro grau de jurisdição.

Reforça-se que tribunal que possua decisão contrária à tese firmada que não reforme a decisão – faça o juízo de retratação – terá seu acórdão enfrentável por recurso extraordinário e recurso especial.

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente do tribunal, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso ou de juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

Fechado esse mecanismo, conclui-se que no decorrer do novo Código de Processo Civil há uma manifesta intenção de fortalecer a jurisprudência e os precedentes judiciais, especialmente àqueles formados pelos tribunais superiores. Verifica-se que de fato existe “a tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau” (BRASIL, 2010), estabilizando os entendimentos jurídicos formados. O anteprojeto deixa explícito que a função e a razão dos tribunais superiores é de “proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema” (BRASIL, 2010). A construção do NCPC de fato foi realizada para fortalecer a atividade Judiciária, sendo justificada pela busca de um sistema que ofereça segurança jurídica, celeridade e atenda a supostos anseios sociais.

Assim, não se pode deixar de receber o NCPC com certa temeridade, uma vez que o fortalecimento excessivo de um dos poderes pode inclusive suprimir direitos fundamentais ao Estado Democrático de Direito. O efeito vinculante ultrapassa as competências judiciárias, normatizando entes que respondem diretamente a outros poderes (art. 985, §2º e art. 1040, inciso IV, do NCPC). A inspiração em sistemas estrangeiros, especialmente aos de *common law*, deve ser recebida com extrema cautela. Os próprios países que possuem enraizados de maneira secular o sistema de precedentes encontram críticas e falhas, previamente apontadas, em particular o *stare decisis*, que não coincidentemente possui subliminarmente seu conceito⁸² descrito no anteprojeto do NCPC: “encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.” (BRASIL, 2010).

Para evitar retrocessos democráticos, o NCPC também trouxe como foco fundamental os pilares fundamentais para a construção de justiça, passando pelo contraditório efetivo, ampla defesa, devido processo legal, isonomia, publicidade,

⁸² Como já estudado *stare decisis* é a abreviação da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido” (GRACIE, 1994, p. 282).

igualdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios norteadores do sistema processual devem ser garantidos sem qualquer ressalva, caso apresentados em prol da formação de um direito processual que seja científico, concedendo a possibilidade de sua reconstrução crítica, e, assim, articulando com uma democracia constitucional processualizada (LEAL, 2012, p. 100).

Nesse sentido, há de evadir-se da assertiva realizada na exposição de motivos do anteprojeto do NCPD⁸³, uma vez que quem moldará o ordenamento jurídico não serão as decisões dos juízes, mas sim a participação democrática das partes componentes de uma lide, invertendo-se a lógica exposta, para que a função e razão dos tribunais superiores seja a de servir o povo, apenas colaborando na formação das decisões paradigmas. As partes envolvidas no processo são igualmente desenvolvedoras da prestação jurisdicional, sendo elas a razão de existência do provimento final.

Não se pode negar que NCPD nasce impregnado de uma herança negativa de um sistema autoritário⁸⁴ (LEAL, 2012, p. 109), uma vez que o legislador não observou os parâmetros de um processo que o modelo de Estado Democrático de Direito demanda dessa atividade.

O conceito moderno de Estado Democrático de Direito exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos julgadores, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte. Assim, não é demais reprimir que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. (FREITAS, 2014, p. 51-52).

Não obstante, existem ferramentas disponíveis no seu texto e na sua razão de existir, para inverter uma lógica de estado-juiz, concedendo às partes a possibilidade de uma colaboração equânime ao órgão jurisdicional para a construção de uma decisão em prol do Estado Democrático de Direito. A democracia não é insensível aos argumentos pelos quais as decisões são tomadas

⁸³ Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. (BRASIL, 2010).

⁸⁴ André Leal explica que o processualista Eduardo Coutre (1948, t 1, p. 335) faz duras críticas à lógica processual alemã de Hitler e Carl Schmitt, que demonstrou serem práticas comuns dos regimes totalitários o incentivo à realização de acordos a qualquer preço, a liberdade judicial na decisão e a concentração de poder.

(HABERMAS, 1997), devendo haver uma correspondência direta e objetiva entre a decisão e o destinatário participante de sua formação.

Deve-se ter sempre como preocupação a continuidade dos princípios processuais democráticos para que os julgamentos que visem a solucionar causas repetitivas não façam uma abstrativização de casos concretos, suprimindo as suas particularidades (FARIA, 2012, p. 128). A proliferação de uma decisão paradigma deve atingir unicamente os casos idênticos, sempre sendo ressalvadas suas peculiaridades, jamais podendo restringir o direito de ação garantido ao cidadão.

Importante salientar que haverá legislações suplementares, especialmente na medida em que for necessária uma sistematização das mecânicas para possibilitar ao jurisdicionado a demonstração da necessidade de superação de um caso paradigma. O NCPC não oferece um método para se impugnar uma tese vinculante firmada por julgamentos de causas repetitivas, estagnando e engessando a natural evolução social e do direito.

4 O EMBATE ENTRE O PODER JUDICIÁRIO VERSUS PODER LEGISLATIVO – UMA QUESTÃO A SER SUPERADA

Atualmente há um grande paradoxo/debate sobre a legitimação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na definição dos direitos e deveres do cidadão. Várias correntes positivistas e pós-positivistas⁸⁵ passam a enfrentar diretamente ideais de uma predominância do direito legislado⁸⁶ ou do direito jurisprudencializado, em uma polêmica que abrange contribuições– logicamente cada autor possui suas peculiaridades – de teóricos com grande notoriedade mundial, como Ingenborg Maus, Jeremy Waldron e na primeira corrente e Ronald Dworkin Robert Alexy na última⁸⁷. Trata-se da efetiva contraposição do *o rule of law* e o *judicial review*.

Como previamente delineado, o novo Código de Processo Civil fortaleceu o Poder Judiciário. Utilizando de técnicas de jurisprudencialização do direito (FARIA, 2012), o NCPC atribui poderes dilatados aos tribunais, na medida em que suas decisões e súmulas passam a ganhar uma força vinculante a ser seguida horizontalmente e verticalmente.

Não obstante, o NCPC deve estar alinhado com o conceito de Estado Democrático de Direito, estando aberto a “proposituras epistemológicas-linguísticas-autocríticas” para assim se chegar a uma consonância com uma constitucionalidade (LEAL, 2013, p. 3) democrática.

Logo, é necessária a compreensão do NCPC sob essa perspectiva, ultrapassando os paradigmas do estado liberal e estado social, para que somente seja possível concretizar as premissas do Estado Democrático de Direito, para a construção de um direito definido por normas teóricos-principiológicas de

⁸⁵ Coloca-se o positivismo e pós-positivismo em um contexto de que serviu como forma de fortalecimento do Poder Judiciário na medida em que permitiu a interpretação principiológica constitucional frente à legislação infraconstitucional e a formação de decisões vinculantes com caráter normativo pelas cortes jurídicas. Sem ignorar suas diferenciações acadêmicas, mas focando-se no ponto de legitimação de uma corte para o estabelecimento de um julgado como “norma” vinculante, também se cita nesse quadro a jurisdição constitucional (CRUZ, 2004) judicialização e o ativismo judicial (BARROSO, 2010).

⁸⁶ O direito legislado em um conceito de evitar-se uma supraposição de poderes em que o Poder Judiciário adquiriria força normativa de suas decisões (MONTESQUIEU, 2005).

⁸⁷ Encontra-se essa constante oposição entre os próprios autores que se citam mutuamente, levando a um embate de questões e críticas sobre os modelos de estado adotados na pós-modernidade e a maneira em que se deve pautar uma sociedade democrática de direito. Vários acadêmicos já escreveram sobre essa oposição, por diferentes pontos de vista, tal como Crisitna Feroni Cosani (2014), Allan (2009), sendo que alguns ainda passam pela perspectiva de conceitos liberais e sociais (OST, 1993).

denotações biunívocas, como a vida-contraditório, liberdade-ampla defesa e isonomia-igualdade (LEAL, 2013, p. 10).

4.1 O Estado Moderno – do seu nascimento aos dias atuais e seu paralelo com o constitucionalismo.

Com a proposição “todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados” Maquiavel (1996) é apontado como um dos precursores da ciência política (BONAVIDES, 2010, p. 26-27), iniciando os contornos do estado moderno com sua obra-prima “O Príncipe”.

Em um ambiente separatista e instável dentro da Itália do século XVI, Nicolau Maquiavel atuou no poder público como diplomata na busca de fortalecer a república que se dividia em cinco principais poderes: o papado, Nápoles, Veneza, Milão e Florença (GRUPPI, 1986). Esse ambiente hostil e de incertezas propiciou uma base necessária para fundamentação de sua obra e de sua máxima “os fins justificam os meios”⁸⁸.

Para tanto foi justificado que o sucesso de um estado ou de uma nação é o fim soberano, e seja quem for o seu líder/representante deve utilizar de todos os meios viáveis para lutar e assegurar sua própria glória ou o sucesso do estado. No que tange a interpretação de quaisquer meios viáveis fica evidente que o

⁸⁸ No livro *O Príncipe*, Maquiavel faz ponderações ao explicar que não é em todos os casos que “os fins justificam os meios”. Como o principal fator seria manter a unidade do Estado, é dito que um príncipe sábio utilizaria adequadamente os meios, pois de nada valerá ele chegar a seu objetivo se ele for momentâneo ou se expor a ameaças futuras. Maquiavel ainda afirma que o príncipe sábio deve conseguir fazer o povo amá-lo e temê-lo, não odiá-lo, embora seja mais importante ser temido que amado. Destaca-se trecho de sua obra: “Há uma dúvida se é melhor sermos amados do que temidos, ou vice-versa. Deve-se responder que gostaríamos de ter ambas as coisas, sermos amados e temidos; mas como é difícil juntar as duas coisas, se tivermos que renunciar a uma delas, é muito mais seguro sermos temidos do que amados [...] pois dos homens, em geral, podemos dizer o seguinte: eles são ingratos, volúveis, simuladores e dissimuladores; eles furtam-se aos perigos e são ávidos de lucrar. Enquanto você fizer o bem para eles, são todos seus, oferecem-lhe seu próprio sangue, suas posses, suas vidas, seus filhos. Isso tudo até o momento que você não tem necessidade. Mas quando você precisar, eles viram as costas. [...] Os homens têm menos escrúpulo de ofender quem se faz amar do que quem se faz temer. Pois o amor depende de uma vinculação moral que os homens, sendo malvados, rompem, mas o temor é mantido por um medo de castigo que não nos abandona nunca” (MAQUIAVEL, 1996, p. 17).

líder/representante não se deve limitar pela moralidade, vez que possui um objetivo maior.

Grande é a diferença entre a maneira em que se vive e aquela em que se deveria viver; assim, quem deixar de fazer o que é de costume para fazer o que deveria ser feito encaminha-se mais para a ruína do que para sua salvação. Porque quem quiser comportar-se em todas as circunstâncias como um homem bom vai ter que perecer entre tantos que não são bons (MAQUIAVEL, 1996, p. 43).

Com esse passo, a ideia de concentração de poderes ganhou força transformando um ambiente de ordem feudal em um estado monárquico absolutista. O estado moderno passou a ser o portador da soberania, com um poder político centralizado nas instituições governamentais, sendo ele o legitimado a promulgar leis e dar a ordem interna.

Tornou-se assim uma característica comum do estado moderno ter capacidade para se organizar politicamente, socialmente e juridicamente, em um território delimitado por um governo que possua soberania e que seja reconhecido externamente.

Também indispensável à completude de um estado é o povo (BONAVIDES, 2010), que constituirá a base humana, que serão os seus nacionais. Por uma base política e ideológica se utilizou o nacionalismo como ferramenta para concepção de uma identidade coletiva para a integração e unificação do povo em favor do Estado.

Nesse conceito, há de se destacar que, sociologicamente, o estado é o único legitimado na utilização da violência. Para Weber "um Estado é uma comunidade humana que se atribui (com êxito) o monopólio legítimo da violência física, nos limites de um território definido" (WEBER, 2003, p. 9) uma vez que "a dominação organizada necessita, por um lado, de um Estado-maior administrativo e, por outro, necessita dos meios materiais de gestão", ou seja, o controle de bens materiais e força física (WEBER, 2003, p. 63).

Nesse sentido o estado monárquico absolutista deu os contornos gerais do estado moderno. Contudo, com graves problemas econômicos sociais e políticos o absolutismo entrou em célere decadência no século XVIII, sofrendo seu grande declínio com a revolução francesa, já na década final desse período centenário.

Em meados do sec. XVIII Rousseau (2000) propôs uma sociedade civil alternativa governada não por aristocratas, monarcas ou o clero, mas por todos os cidadãos, que participariam da formulação das leis e dos rumos do estado. A intenção era a criação de uma unidade de cidadãos operando o Estado, moldado na clássica ideia republicana de democracia, seguindo-se o que chamava de *volonté générale* (vontade geral). Mais tarde, seus textos influenciariam a revolução francesa (BONAVIDES, 1962) e filósofos como Georg Hegel e Karl Marx.

A ruptura do estado absolutista/monárquico por correntes revolucionárias contratualistas, deu origem aos estados modernos que possuem sua legitimação pela soberania popular (DALLARI, 2002, p. 145-151).

O espaço deixado por um estado com características opressoras deu origem a um estado liberal, enraizado de ideias opostas ao regime absolutista, tal como eleições democráticas, direitos civis, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, livre comércio e propriedade privada.

John Locke foi considerado por muitos como precursor das bases liberais (BOBBIO, 1997), fazendo forte oposição ao absolutismo defendido por Hobbes na sua obra *Leviatã*. Nota-se em sua obra “Dois Tratados do Governo Civil” a luta travada contra um poder absolutista pautado na escolha divina e busca pela origem, extensão e objetivo do governo civil.

Com essa base, o estado liberal se caracterizou como limitado pelas leis e pela constituição, devendo estar sujeito aos confins regulamentários estipulados pela sociedade. O seu escopo passa a ser a salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão, em especial a propriedade privada e a liberdade. Daí encontra-se uma ruptura revolucionária histórica que deu origem⁸⁹ ao constitucionalismo que é conceituado por alguns como “um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 21) ou como um movimento político jurídico que “visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer governos

⁸⁹ Para não entrar no debate da origem remota do constitucionalismo em sua existência embrionária adota-se o conceito de um constitucionalismo pleno de Carlos Santiago Nino (1992), que afirma que ao contrário do constitucionalismo mínimo, há uma demarcação de marcos teóricos estando delimitado por um caráter sistemático e científico. Outros autores também sugerem um constitucionalismo antigo, tal como: João Ribeiro Júnior (2002) que assevera que existe uma correlação de constitucionalismo com a mera ideia de limitação jurídica do poder do estado, permitindo inclusive o conceito de uma constituição não escrita e Carvalho Santos (1964) que recorda que desde Aristóteles não há uma mescla de “leis” com “constituição”.

moderados, limitados em seus poderes, submetidos a constituições escritas” (FERREIRA FILHO, 1993, p. 7), e ainda como um movimento de cunho jurídico com forças sociais, na qual o aspecto jurídico revela-se pela constituição como a norma máxima e a limitação do poder estatal por um aspecto sociológico (TAVARES, 2003, p. 2).

Nesse liame, o constitucionalismo se apresentou como uma garantia da revolução para limitação e restrição dos poderes dos futuros governantes, razão pela qual as constituições se apresentavam de forma escrita e positivada. Paulo Bonavides (2009, p. 225) assevera que “a Constituição que emerge da fase contra-absolutista se apresenta, portanto, como conceito político e filosófico”.

A noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, ela é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto. Como decorrência disso, institui um sistema de responsabilização jurídico-política do poder que a desrespeitar, inclusive por meio de controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento. (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 24).

A partir daí ocorre o princípio fundamental do arranjo do estado liberal, a divisão de poderes concomitantemente com o fortalecimento da lei escrita e do direito legislativo. A separação entre o poder executivo, legislativo e judiciário foi uma forma encontrada como garantidora dos direitos dos cidadãos. Assim, para Locke era necessária uma lei estável – poder legislativo -, fixada e conhecida que obtivesse uma concordância coletiva, além de ser reconhecida como critério do bem e do mal e como medida comum para reger seus próprios mecanismos; um juiz – poder judiciário – aceito pela sociedade e primordialmente imparcial, que se rege segundo uma lei previamente acordada, tratado como um aplicador da lei; como também um garantidor do cumprimento do estipulado – poder executivo -, tendo a capacidade de impor o que foi decidido pelos demais poderes, quando o for justo e possível (LOCKE, 1978).

Esse período revolucionário teve grande influência das ideais de Montesquieu (2005) pela sua concepção de separação de poderes, expressos na obra “O Espírito das Leis”, que possui como premissa a imposição de um limite ao poder para que não haja o seu abuso. Nesse sentido, é afirmado que existem “três tipos de poder: o legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito

das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2005, p. 166). Não obstante a peculiaridade atribuída aos dois últimos poderes, sua correspondência encontra-se diretamente com a nomenclatura atribuída aos poderes na atualidade, sendo que ao lado do Poder Legislativo está o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, que nada mais é que o Poder Executivo, e o “poder executivo daquelas que dependem do direito civil” seria o Poder Judiciário.

Muito embora tenha conferido independência aos juízes, o Poder Judiciário é visto por Montesquieu (2005, p. 172-175) como “nulo”, já que os juízes de uma nação não são nada mais do que *la bouche de la loi*, ou seja, “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. Esse pensamento justifica em uma lógica de que a legalidade é tratada como um conceito íntimo da liberdade, na medida em que a constituição escrita é a garantia do povo de seus direitos.

A legalidade, compreendida, pois como a certeza que têm os governados de que a lei os protege ou de que nenhum mal, portanto lhes poderá advir do comportamento dos governantes, será então sob esse aspecto, como queria Montesquieu, sinônimo de liberdade. (BONAVIDES, 2010, p. 58-59).

Como a ruptura do estado absolutista/monárquico, a Europa Ocidental se reinventou utilizando as ideias de Montesquieu – mesmo sendo sua obra pensada pela constituição inglesa –, sendo que sua obra e pensamento foram grandes contribuintes também na formação jurídica do Estado de Direito Liberal, tendo a lei como elemento central (LEAL, 2006).

Posto isso, o desenvolvimento do estado liberal teve seu assento na legalidade de uma constituição que busca garantir e valorizar a liberdade individual, a garantia e proteção da propriedade privada, a declaração de direitos individuais para todas as classes, a limitação estatal e a separação de poderes.

Com o passar dos anos, o constitucionalismo do estado liberal se mostrou insuficiente para que fossem assegurados os direitos humanos fundamentais. Apesar de a teoria liberal possuir fundadas razões para a perpetuação de sua liberdade, estabilidade, auto sustentação e contínua evolução, o que se verificou no decorrer da história foi seu fracasso. O mercado que antes queria o mínimo de intervenção possível do estado viu a necessidade de buscar proteção dos produtos

nacionais e a maioria que não conseguia se sustentar em um ambiente tão competitivo e hostil começou a insurgir revoltas (BILLOT, 1999).

A decadência do estado liberal se deu a partir do momento que não havia mais soluções para as contradições sociais, sendo incapaz de formular problemas de ordem econômica das grandes camadas proletárias, sendo considerável parte de seu colapso (BONAVIDES, 2013). As reivindicações sociais, cominadas com a crise e a primeira guerra mundial trouxeram uma reestruturação do papel do estado.

Em resposta a esse problema seguia, paralelamente, a teoria do estado social, um estado garantidor, protetor, que busca subsidiar e organizar o que está mais fraco. Nesse sentido, o Estado atua com um agente regulador e organizador de toda a sociedade, estabelecendo políticas econômicas e garantindo serviços públicos de proteção ao cidadão, iniciando-se o constitucionalismo social.

Paulo Bonavides (2013, p. 184-204) explica a implementação do estado social no ocidente:

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, o Ocidente, o distingue desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implementar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.

O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.

O direito do estado social estabelece garantias sociais aos cidadãos, buscando fornecer o que hoje se vê como direitos fundamentais, tais como a saúde e a educação, fortalecendo um sistema que gira em torno do próprio estado, sendo ele intervencionista para a busca de interesses sociais. Para tanto a legalidade estrita passa a ser relativizada, sendo que o direito é visto como um sistema de regras e princípios flexíveis, assumindo metas a serem alcançadas pelo funcionamento do estado (OLIVEIRA, 2002, p. 59).

O advento do primeiro pós-guerra marca uma profunda alteração na concepção do constitucionalismo liberal: as Constituições de sintéticas passam a analíticas, consagrando nos seus textos os chamados direitos econômicos e sociais; a democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as Constituições do México, de 1917, a de Weimar de 1919 e, no Brasil, a Constituição de 1934. (CARVALHO, 2005, p. 70).

A mudança para o estado social não surtiu os efeitos esperados, resultando na segunda guerra mundial e a sucumbência de um estado intervencionista. Gonçalves Filho (1993, p. 9) explica a razão da insustentabilidade desse tipo de estado e constitucionalismo social:

Em todos esses Estados faltavam as condições mínimas para que um poder democrático pudesse subsistir. Crise econômica, minorias raciais em conflito, agitação extremista, ausência de tradição liberal etc. conspiravam contra a sobrevivência de suas constituições democráticas. Ora, não é possível suprir por regras jurídicas a ausência do substrato econômico e social próprio a cada regime. A racionalização tentou obviar essa lacuna, mas, empenhando-se em tarefa impossível, não podia ter êxito como não teve.

Após a segunda guerra mundial, com a decadência do estado social e do constitucionalismo social, ocorreram profundas transformações que “modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados” (BARROSO, 2010, p. 4), em especial nos países de tradição romano-germânica. Nesse paradigma pós-guerra, houve a inserção de um “novo constitucionalismo” (WEINRIB, 2006), estabelecendo um estado constitucional de direito.

Há um fortalecimento ainda maior da constituição em relação às leis, sendo que a produção legal deve estabelecer consonância e estar subordinada a Constituição. O modo de compreensão do direito como ciência assume um “papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos”, ocorrendo um encontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito, além disso, “juízes e tribunais passam a deter ampla competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição” (BARROSO, 2010, p. 6).

Mesmo antes da crise do estado social, o repensar do direito deu origem ao positivismo jurídico com Hans Kelsen e Hart, que permitem uma complementação normativa passível de ser realizada pelas cortes. Kelsen (2006) introduz a ideia de que a corte deve atuar como guardião da constituição, abrindo as possibilidades interpretativas do texto legal, fazendo, por meio do que chama de “moldura da norma”, uma decisão proferida por um tribunal representa uma norma individual frente a uma norma geral. Apresenta-se uma concepção de um Tribunal

Constitucional⁹⁰ que formula entendimentos com força normativa da própria constituição. Hart expande ainda mais essa possibilidade interpretativa, na medida em que afirma que as leis possuem um conceito aberto e que precisam ser normas gerais, sendo claro ao afirmar que o direito deve aludir sempre que possível para classes de pessoas e classes de condutas, sem que haja uma especificação direta (HART, 2012, p. 150-162).

Nesse contexto interroga-se o próprio constitucionalismo democrático, que, ao contrário do estado liberal e social, visa a uma efetiva busca de implementação dos direitos fundamentais, buscando o bem estar da pessoa e a preocupação de uma ordem constitucional democrática, na qual o poder de fato vem do povo. Canotilho (1941, p. 100) já escrevia sobre esse desenvolvimento:

O Estado constitucional é mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente das coisas: (1) uma é de legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação no sistema jurídico; (2) outra é a de legitimidade de uma ordem de domínio político e da legitimação do exercício do poder político. O Estado impolítico do Estado direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual todo o poder vem do povo assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de charneira entre o Estado de direito e o Estado de direito democrático. Alguns autores avançam mesmo a ideia de democracia com valor (e não apenas como processo), irresistivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática.

Em um passado ainda mais próximo, a constituição e seus princípios atuam cada vez mais como norteadores de todo o sistema jurídico e legal, no qual o chamado neoconstitucionalismo (BARROSO, 2010) é encarado como uma forma pós-positivista de interpretação infraconstitucional levando-se sempre em conta a Constituição, tendo um modelo de regras e princípios para buscar se colocar uma limitação valorativa no responsável pelo julgamento e dicção do direito (ALEXY, 2011, p. 135).

⁹⁰ Com isso Kelsen (2006, p. 120-125) também traz o conceito de jurisdição democrática que é colocado como “a garantia jurisdicional da Constituição”, e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Com isso se tem uma tribunal (órgão jurisdicional) – que posteriormente toma o conceito atual de Tribunal Constitucional – que emite uma verificação da possibilidade de vigência de uma lei frente ao texto constitucional.

As preocupações sistêmicas apresentadas de maneira geral no *common law* e no *civil law* reproduzem esse debate. O que ocorre é que, após todo esse desenvolvimento, ainda não se encontra um sistema jurídico/legal que possua sua funcionalidade fática ideal, tendo em vista os inúmeros problemas e preocupações desses próprios sistemas. Fato é que o direito mostrou-se inefetivo ao longo dos séculos, estando preso a um dogmatismo que não oferece soluções democráticas e que atenda a quem efetivamente possui legitimidade e poder para comandar suas ações, o povo (LEAL, 2013, p. 3-11).

Toda essa “evolução” histórica faz com que se chegue ao antagônico ponto de discussão sobre a construção e legitimidade dos ordenamentos jurídicos da atualidade, no qual se apresenta um embate entre doutrinadores que defendem tanto uma linha com características mais legalistas como a vertente principiológica de interpretação privilegiada pelo Poder Judiciário.

O novo Código de Processo Civil, seguindo uma tendência de fortalecimento do Poder Judiciário na medida em que concede força normativa vinculante às decisões das cortes nacionais, reforça ainda mais o embate entre a origem da legitimidade da formação do direito. Como já demonstrado, boa parte de sua construção teve como foco a formação de súmulas e acórdãos que “estabilizariam” o entendimento legal, sem dar uma efetiva atenção às formas de desconstrução dessas concepções e sua própria formação. Há um aumento no poder que Judiciário possui.

Pontos inquietantes de apropriação e supra posição de poderes já foram apontados por vários pensadores como Ingeborg Maus (2010), que lembra que “a emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor.” (BAHIA, 2005).

4.2 Breves considerações sobre o legalismo versus jurisdicionalismo e a jurisprudencialização do direito proposta pelo novo Código de Processo Civil

Com as diferentes mudanças de concepção do estado e do constitucionalismo chegou-se a uma ideia de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, formando um jogo de poder no qual por vezes a “balança” favorece o Poder Judiciário e outras o Poder Legislativo. Nesse contexto, encontra-se um duelo doutrinário-teórico acerca de qual lado possui maior legitimidade, eficiência e capacidade de oferecer a melhor tutela e realização dos direitos fundamentais ao cidadão.

Pela sua teoria positivista, Kelsen (2003, p. 239-298) deu um passo importante no fortalecimento do Poder Judiciário, pela jurisdição constitucional, ao estabelecer a possibilidade de uma corte constitucional atuar como a guardiã da constituição, afirmando se determinada lei possui ou não validade frente à constituição em vigor. Essa decisão toma um caráter normativo vinculante, possibilitando concreta afirmação/negação de condutas legais.

Permitida essa ampla possibilidade interpretativa, há um ambiente suscetível de desvinculação da observação do comando estrito da lei, oportunizando um crescimento de percepções diversas da lei, em detrimento do seu papel principal de aplicação do direito. Esse contexto já se demonstrou demasiadamente perigoso quando da ocorrência de uma desvinculação do juiz à lei⁹¹, uma vez que “possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol de determinações ‘superiores’” (MAUS, 2000, p. 196), o que permitiu a disseminação e adoção de uma política e justiça nazista pelo estado alemão.

O pós-positivismo, temeroso de uma perda do controle do poder, chega para frear essa ampla referência a direitos supra legais, impondo limites valorativos ao aplicador do direito, pretendendo fazer uma correção do sistema de poderes (FIGUEROA, 2009, p. 201-259). Pelos princípios jurídicos há uma busca da racionalidade do direito, não mais se rejeitando o debate entre valores e moralidade com a justiça. A ciência jurídica autônoma tão vangloriada por Kelsen perde essa

⁹¹ Nesse caso há uma desvinculação não apenas da lei, como também a da própria Constituição de Weimar, com a justificativa de seguirem-se princípios constitucionais jus naturais.

característica, mesclando-se com as ciências sociais e humanas, fugindo de uma subsunção do julgador do caso concreto à norma em debate, trazendo conceitos principiológicos para que ocorra uma suposta prolação de uma decisão justa. Bustamente (2012, p. 254), explica essa relação do direito pós-positivista e a moralidade:

[...] o Direito e a Moral compartilham o fato de que ambos necessitam um ao outro: o Direito sem a moralidade perde seu aspecto ideal e se transforma em uma prática arbitrária, onde o mais forte cria leis para o mais fraco; ao passo que a Moral sem a facticidade do Direito é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia.

Essa busca de critérios valorativos para a aplicação das normas e a formação de uma base filosófica de desenvolvimento de uma ciência do direito não alienado dos princípios fundamentais. Logicamente que, com suas devidas peculiaridades, vários teóricos estudam o direito sob essa perspectiva, assim como Alexy (2011), Dworkin (2007), Figueroa (2009), Bonavides (2009), Barroso (2010) e Souza Cruz (2004). O entendimento se confirma nas palavras de Barroso (2007, p. 22):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Assim, em situações de conflito entre normas, nos princípios estaria a solução para cada caso, não havendo falar em ausência de um regramento, uma vez que sempre haverá um direito pré-existente. O juiz como porta voz e aplicador da lei, deve sopesar os princípios em situações de “zona de penumbra” (HART, 2012), encontrando um direito que está aparentemente oculto, decidindo ao final em favor de uma das partes (DWORKIN, 2007).

Nessa concepção pós-positivista, o juiz deixa de ter um enquadramento formalista, cedendo espaço a uma ciência jurídica abrangente que assuma um papel de busca da solução por sua sabedoria e capacidade como jurista elaborando teorias constitucionais (DWORKIN, 2002).

Verifica-se pela teoria de Dworkin (2007) que esses princípios devem ser buscados como um direito pré-existente por meio de princípios interpretados a partir de precedentes judiciais delimitados anteriormente pelos tribunais.

Importante destacar que essa atividade deve ser realizada por um juiz Hércules que é um “jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, no qual entende que apesar de as leis terem um poder geral de criação e extinção de direito, os juízes também possuem um “dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como diz os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, 2007, p. 160-171). Há um respeito aos precedentes como um fator principiológico, sendo uma atividade do juiz Hércules saber considerar o que ele chama de “força gravitacional”:

Hércules concluirá que sua doutrina de equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MacPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver um argumento de equidade efetivo, de acordo com o qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso *Spartan Steel*. (DWORKIN, 2007, p. 177-178).

Esse posicionamento de repasse de grande responsabilidade ao juiz sofre críticas por significativa parte do pensamento jurídico, por colocar sua atividade como capaz de emoldurar e interpretar o direito nas mãos de uma única figura – juízo monocrático ou tribunal – para apresentar essa decisão. Leal (2008a, p. 9) denuncia em sua análise de Robert Alexy – que se estende a Dworkin e Rawls –, que nesse caso há um distanciamento de uma discussão racional, uma vez que “o que se otimiza é a talentosa liberdade que se concede ao feitor e aplicador da lei em seus solitários saberes emersos de ideais universais ou colegiadamente pragmatizados (atividades jurisdicionais)”.

Outro problema levantado⁹² é a possibilidade de se ter uma ordem suprapositiva de valores, confundindo-se direitos com normas morais, políticas e argumentos econômicos, havendo uma subordinação do direito à moral, tendo uma solução de conflitos que vai além dos princípios, chegando-se a uma discussão lógica discursiva de diferentes valores (BAHIA, 2005).

Maus (2000), ao criticar a Corte Constitucional Alemã e a teoria de Ronald Dworkin, ainda reflete que um decisionismo judicial pode ser encoberto moralmente pela interpretação de um magistrado, entrando-se mais uma vez na subordinação do direito à moral. Ocorreria aqui uma “extrema generalidade da ótica moral” por um direito suprapositivo, em detrimento das normas jurídicas, fazendo um distanciamento de vinculações jurídicas constitucionais.

Combinando esse fundamento de formação de precedentes por um direito suprapositivo com a busca de Dworkin pelos princípios que se encontram nas “penumbras” de decisões dos tribunais, há uma inversão de valores, uma vez que o juiz por sua perspicácia “principiológica” estaria mais adstrito a uma sujeição de decisões dos tribunais, do que a própria constituição.

Essa lógica pode ser construída pelo NCP, que segue um caminho de fortalecimento jurisprudencial no qual se mostra capaz de colidir e contradizer diretamente uma lei ou até mesmo a constituição. Analisando o artigo 926 constata-se o dever dos tribunais de uniformizarem e manterem estável e coerente a sua jurisprudência, podendo editar enunciados de súmula e resoluções de demandas repetitivas. No artigo seguinte é colocado que os tribunais e juízes deverão observar diversos tipos de decisões oriundas do judiciário (sejam na forma de precedente, jurisprudência, enunciados de súmula e orientações), sendo sua aplicabilidade abrangente a todas as práticas jurídicas realizadas pelo magistrado. Nesse diapasão, a formação de uma interpretação errônea de um comando normativo – seja ele constitucional ou não – por uma das hipóteses elencadas no artigo 927 - pode perpetuar um entendimento contra a lei. Uma vez que se coloca o dever de

⁹² Nota-se que Bahia (2005) direciona suas críticas principalmente a Alexy uma vez que “Alexy, apesar de reconhecer a natureza diversa entre aqueles (valores e princípios), parece não levá- la a sério e justifica a solução de “conflitos” entre princípios a partir do mesmo método de solução de conflitos entre valores. Assim, os direitos fundamentais, como princípios, são mandados de otimização que devem ser realizados na medida do possível, dados os custos e benefícios envolvidos. Os princípios possuiriam forma jurídica, mas seriam regidos por conteúdos morais. Destarte, Alexy coloca a argumentação jurídica como um caso especial da argumentação moral.”, buscando, de certa forma, não incluir Dworkin nesse contexto.

observação quase que irrestritamente das decisões, há uma coerção implícita para que não se questione ou defronte o entendimento formado.

Esse fator é comprovado na medida em que uma decisão que deixa de seguir o paradigma aplicável ao caso em apresso passe legalmente a ser considerada não fundamentada. Pelo artigo 489, parágrafo primeiro, inciso VI, fica expresso que num caso em que se aplique um enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, a mera discordância do magistrado desse entendimento não basta, restando como única possibilidade a obrigação de ter de superar o entendimento. Assim, um caso em que se enquadre um precedente por situação idêntica, deve prevalecer o julgamento anterior, mesmo que o julgador discorde desse entendimento. A sua única opção seria tentar fazer a superação da concepção já formada, sob pena de proferir uma decisão considerada não fundamentada e suscetível de ser embargada. Para casos iguais (sem distinção fática/legal), deverá prevalecer o entendimento previamente formado – mesmo que haja discordâncias -, sendo que a única opção de escapar desse destino, seria fazer uma árdua⁹³ superação da percepção já formada pelo judiciário. Com esse cenário, um julgamento que venha a se mostrar *contra legem*, possui a capacidade de perdurar como orientador de casos futuros sob o único pretexto de segurança jurídica.

Por esse contexto, o judiciário se autodeterminaria pela consciência dos magistrados, pelas quais “ele deve produzir a síntese social, para além da querela partidária, e a unidade do direito, independentemente das leis conectadas a interesses” (MAUS, 2010, p. 31). André Cordeiro Leal (2012) explica que por essa missão corretiva jurisdicional-estatal, chega-se a um subjetivismo do julgador como detentor de uma capacidade especial de descoberta dos valores da comunidade ética, reduzindo o processo a um mero instrumento de atuação do direito material. O direito escrito perde sua força em detrimento de uma decisão judicial que supostamente produz um princípio a ser seguido.

Outro fator a ser observado no NCPC, que autoriza esse fortalecimento da perpetuação de decisões judiciais com força vinculante, é a ausência de um procedimento para a superação dos entendimentos formados. Apenas encontram-se no decorrer do NCPC menções sobre a possibilidade de se mudar o entendimento,

⁹³ Diz-se árdua tendo em vista a ausência de um procedimento delimitado pelo NCPC para a superação de entendimentos.

contudo não há qualquer indicação ou estabelecimento de um caminho que torne possível estabelecer um contraditório efetivado por um devido processo legal para o rompimento do paradigma decisório.

Cita-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que se encontra entre os artigos 976 e 987 do NCPC. Dentre esses doze artigos encontra-se um procedimento pelo qual formará uma tese jurídica aplicável aos casos repetitivos, que deve ser observada para todos os casos que versem sobre idêntica questão de direito e tramitem sobre a mesma área de jurisdição do tribunal que firmou o entendimento. A não observação desse comando enseja a possibilidade de se fazer uma reclamação – como procedimento autônomo – para a preservação da autoridade das decisões dos tribunais. Destaca-se que essa ferramenta jurídica possui seu procedimento próprio estipulado entre os artigos 988 e 993 do NCPC, além de outras legislações que oferecem aos operadores do direito a sua forma de utilização.

Nesse diapasão, chama considerável atenção a hipótese em que um cojurisdicente queira questionar a validade, abrangência de aplicabilidade ou a superação dessa tese. O instituto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em seu artigo 985 determina que julgado o incidente, sua aplicação será realizada a todos os casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito sob a respectiva competência, até que ocorra a “revisão na forma do art. 986”.

Logo, o NCPC dedica apenas um artigo – sem quaisquer incisos ou parágrafos – para possibilitar a revisão do entendimento formado pelos tribunais aplicáveis a casos repetitivos. Essa “revisão de tese jurídica firmada” não possui qualquer procedimento previamente estabelecido, verificando-se uma completa ausência de forma, prazos, pressupostos, recursos ou qualquer figura que ofereça um procedimento⁹⁴ para que haja a modificação do entendimento firmado. O artigo simplesmente afirma que essa “revisão” deverá ser realizada pelo próprio tribunal que emitiu o entendimento mediante “requerimento”. Por fim, o artigo delimita os legitimados a essa pretensão, complementado pelo artigo 977, no que tange a quem pode realizar o “requerimento”.

Não há qualquer menção de como ocorrerá o processamento dessa revisão, deixando toda a classe jurídica à mercê do que o tribunal determinar como

⁹⁴ Um procedimento que ofereça todas as garantias fundamentais do processo, tal como contraditório, devido processo legal, isonomia e ampla defesa.

“regra” a ser seguida para a solução dessa questão. Não há como prever os recursos cabíveis, os pressupostos para sua instauração ou os prazos aplicáveis. O legislador deixou uma grande e obscura lacuna para a revisão dos julgamentos de casos repetitivos, permitindo aos tribunais a normatização de seu próprio entendimento.

No que tange ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos salienta-se que sequer existe uma menção a sua revisão por quem quer que seja. Esse procedimento especificado entre os artigos 1.036 e 1.041 do NCPC, que também delimita uma tese a ser aplicada a todos os casos nacionais, seja em primeiro ou segundo grau, não fala em qualquer possibilidade de sua superação. Uma leitura restritiva desses artigos leva a uma conclusão que uma vez firmado uma tese de julgamento oriundo de recursos extraordinário e especial repetitivos não pode ser mudada. O entendimento possuirá força de cláusula pétrea uma vez que sequer é estipulado a possibilidade do STJ ou STF rever o que fora firmado. Por esse preceito, depara-se com um caso de decisão judicial com força superior a da própria constituição e das súmulas vinculantes⁹⁵. Logicamente, espera-se que, caso a omissão legal se mantenha, ocorra uma construção jurisprudencial que permita essa revisão. Apesar disso, mais uma vez os operadores do direito estarão submetidos ao regramento dos próprios tribunais superiores que firmaram o seu entendimento.

Está-se diante de uma ampla permissividade dos tribunais de editarem e regrarem normas que deveriam ser estipuladas pelo legislador, formando-se uma ironia quanto ao propósito do NCPC em oferecer maior segurança jurídica, uma vez que deixa uma classe inteira sem o procedimento competente para questionar entendimentos firmados pelos tribunais.

O NCPC fornece ao Poder Judiciário amplas possibilidades de interpretação legislativa, formação de teses vinculantes e até mesmo de se regrarem procedimentos por regimentos internos. Verifica-se a atribuição de um poder capaz de extrapolar consideravelmente a sua função primária de julgar e aplicar a lei.

Essa atribuição de competência sofre críticas notáveis por parte da doutrina, na medida em que falta legitimidade ao Poder Judiciário para estipular

⁹⁵ Destaca-se que até a súmula vinculante possui uma legislação própria que oferece um procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante pela Lei 11.417/06.

contornos normativos, já que é o povo (LEAL, 2013) que é o legítimo detentor do poder de comandar e desenvolver as ações estatais. O jurista neozelandês Jeremy Waldron (2010) ficou conhecido internacionalmente por sua tese em que afirma sobre a ausência de legitimidade do Poder Judiciário, ao asseverar que eventuais controvérsias e conflitos legais devem ser solucionados na seara do processo legislativo. Uma decisão judicial que revoga uma lei ou que estipula uma conduta normativa é realizada por um juiz ou por uma corte, na qual não possui uma representação democrática efetiva, uma vez que eles não são eleitos.

Seguindo sua crítica ao *judicial review* – no sentido de controle de constitucionalidade – Waldron (2010, p. 110) explica que muitas vezes os próprios magistrados possuem discordâncias entre si, sendo que o julgamento que estipula o *judicial review* é realizado por um seleto grupo de juízes, bastando uma maioria simples para reverter o entendimento legal formado pelo parlamento/congresso. Por essa linha, apura-se que sequer esse universo jurídico específico possui unanimidade, estando a população que será afetada por esse entendimento, sob uma regência de grande arbitrariedade, uma vez que uma simples mudança de juiz poderia reverter completamente a apreensão do julgado.

Ademais, as discordâncias e contradições jurídicas, por se tratarem de debates técnicos e especializados, não possibilitam a compreensão do que se passa nos tribunais para o povo, afastando ainda mais o caráter democrático da decisão final. O debate em relação à defesa das minorias, que é utilizado pelos defensores do *judicial review* como a forma de defender essa menor parcela da população contra o estabelecimento de uma sociedade excludente, pode ser utilizado de igual maneira para atacar essa tese, tendo em vista o evidente déficit democrático dos magistrados. Waldron (2010, p. 140) reconhece os vários defeitos da representação democrática nas eleições legislativas, não obstante quando se coloca defronte ao judiciário sua predominância é evidente:

O sistema de eleições legislativas também não perfeito, mas ele é evidentemente superior por questões de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do judiciário. Os legisladores são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao ethos geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os juízes.

Em sentido similar, Maus (2010) realça a ausência de mecanismos de controle social do Poder Judiciário, possibilitando que a justiça se conceda o título de mais alta “instância moral da sociedade”, ao contrário das outras instituições do estado que se formam por uma organização política democrática de maneira principal.

Waldron (2008) utiliza o ideal do *rule of law* como a saída mais democraticamente legitimada para ser estabelecida dentro do conceito de estado de direito, justificando que é preferível a existência de autoridades que no exercício de seu poder tenham regras públicas a serem seguidas, ao invés de passar por decisões do certo ou errado realizadas por preferências e ideologias individuais. Além disso, é salientado que o conceito de *rule of law* é de fácil percepção social, sendo vários exemplos jornalísticos citados para demonstrar que normas possuem um caráter regulatório delimitado, esquivando-se da discricionariedade e ponderações arbitrárias.

Esse problema levantado por Waldron também pode ser identificado no NCCPC pelo artigo de Streck (2015), que faz duras críticas ao parágrafo 2º do artigo 489 do NCCPC⁹⁶, que trata da “colisão de normas” na qual o juiz precisa justificar sua preferência por uma em detrimento de outra pela sua ponderação. O autor chama esse fato de um “abalramento hermenêutico”, que busca incorretamente seguir a proposta de Teoria de Argumentação de Alexy, levando unicamente a um cenário de “discricionarismo” da própria consciência do julgador. Nesse sentido, a única saída para evitar o “caos da operacionalidade do direito”, seria o veto desse parágrafo, o que não aconteceu.

O conjunto geral do NCCPC, notadamente inspirado por ideais do *common law*, influenciou para valorar o Poder Judiciário e uma grande amplitude de seus mecanismos na formação de “normas e condutas” a serem observados pela sociedade. Os precedentes, as súmulas, a jurisprudência, o *judicial review* e seus efeitos gerais ganharam um expressivo papel para o funcionamento do direito. Não obstante, depara-se com uma série de problemas que assolam a sistemática desse preceito na sua própria origem, como também, a maneira que foi realizada a importação de suas ferramentas.

⁹⁶ O artigo de Streck faz referência ao artigo 487 do último projeto do NCCPC, que quando foi efetivamente sancionado como artigo 489.

Nesse contexto, encontraram-se diversos embates entre os dois lados da moeda, sendo que cada autor toma claramente o seu posicionamento quanto à legitimidade normativa do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Assim, o NCPC encontra-se em um quadro controverso, no qual possui ideologias criticadas e elogiadas internacionalmente, havendo uma série de artigos em aberto, o que consequentemente gera uma conjuntura de incertezas jurídicas. Contudo, conforme se demonstrará – ou já se demonstrou implicitamente –, nenhuma dessas facetas apresenta uma solução definitiva, na qual o povo é colocado como o efetivo legitimado ao poder, estando sempre pendente uma autoridade maior que dita o direito, pendulando-se sempre entre um juiz boca de lei e um juiz boca de súmula.

4.3 Enfoques alternativos

Como visto, a questão acerca da legitimidade da construção da ordem normativa e de suas decisões são abordadas por diversos autores por diferentes pontos de vista. Apesar dessa diversidade, duas proposições emergiram nos últimos anos, chamando a atenção pela busca de uma discussão crítica do conceito de legitimidade efetiva, abordando pontos como a validade democrática do legalismo e das decisões judiciais.

Nesse sentido, será destacada a Teoria Neoinstitucionalista do Rosemiro Pereira Leal, como possibilidade de abordagem do Estado por uma visão processual fundada em uma comunidade jurídica constitucionalizada, que supere os conceitos “poder estatal” para “atividade estatal”. Ainda, seguindo a ideia de busca pelo aperfeiçoamento e harmonização do sistema de precedentes do NCPC com o Estado Democrático de Direito, expõe-se a proposição realizada por Gustavo de Castro Faria no que tange à legitimidade da formação da jurisprudência dominante.

4.3.1 A teoria neoinstitucionalista como crítica aos fundamentos dogmáticos do common law ou do civil law

O mundo ocidental se mostrou fortemente ligado aos dois maiores sistemas jurídicos utilizados na atualidade, sendo que nas últimas décadas verificou-se a aproximação desses complexos do *common law* e do *civil law*, iniciando uma grande discussão acadêmica sobre legitimidade e qual sistema se mostra mais eficiente na resolução de problemas jurídicos. Muito se discutiu sobre a capacidade representativa da atividade Judiciária e da atividade Legislativa na tomada ou formação de decisões que possuam efeitos normativos que surtam efeitos para os cidadãos, sendo que as partes mostraram-se acríicas quanto a pontos fundamentais do estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

Houve uma marginalização da cientificidade da prospecção da ideia da formação da lei (como ato normativo), sendo quase que ausente de regras (processualidade) a formação dos comandos legais que regem o ordenamento jurídico atual. Assim, para a teoria neoinstitucionalista, tanto na origem do *civil law* como no *common law* ocorre uma equivalência, na medida em que o primeiro é formado por um direito ativo e pós-ativo (positivo) realizado por uma constituição de “titulares históricos” da dicção dos costumes, enquanto o segundo é direito dito por um tribunal que submete ao seu processo-histórico-jurisdicional (LEAL, 2010, p. 67-68).

O desenvolvimento desses sistemas, mesmo a pretexto de democratização, ainda está adstrito a uma característica originária capaz de retirar o poder de quem o deve detê-lo, a *juris dictio* (jurisdição), consistente no poder estatal (Estado-Juiz) de aplicar um direito resguardando uma autoridade, seja ela advinda do legislativo ou do judiciário (LEAL, 2010). A autoridade mantém-se como eixo de construção e aplicações normativas. Leal (2010, p. 75) ainda denuncia a pouca diferença do conteúdo entre as leis platônicas que emanavam da jurisdição dos reis-filósofos e as atuais.

Há um esquecimento de que a lei deve emanar e se aplicar pelo povo, não prevalecendo um soberano, rei, ministro, policial ou qualquer forma de autoridade na decisão final, razão pela qual utilizou o termo cojurisdicente para qualquer das partes envolvidas em procedimentos de elaboração ou alteração

normativa. A formação dos atos sentenciais deve ser realizada pelos participantes do núcleo de afetados pelo provimento final, pois somente assim será considerada legítima.

O fortalecimento dos precedentes judiciais pelo *common law*, caso não tenha nenhum senso de construção processual pelos princípios ordenadores de um Estado Democrático de Direito, poderá mostrar--se apenas como mais um recinto de poder. Isso ainda é decorrente da maior expansão da “força de lei”, que é a qualidade atribuída aos redutos de poder do estado por mecanismos desprocessualizados – súmulas vinculantes, decretos presidenciais, medidas provisórias – que garantem uma autoridade (LEAL, 2010, p. 77) isolada do cidadão comum.

A ciência do direito na formação da democracia deve possuir uma testabilidade crítico-argumentativa, fugindo de dogmas impositivos na esperança de solução de problemas, devendo “instalar uma concorrência de teorias onde as vitoriosas fossem as mais resistentes às críticas, criando assim um sistema aberto” (LEAL, 2010, p. 71) que sempre estará propenso a mudanças pela própria investigação da verdade.

Assim, deve perceber-se o legislativo, executivo, judiciário não mais como poderes de um “Estado-instrumental-mítico-utópico”, mas sim como uma função como qualquer outra da atividade de administração governamental, havendo uma fiscalidade permanente e aberta por todos (LEAL, 2010, p. 87). Tudo isso deve ser desenvolvido por elementos linguísticos-autocríticos-jurídicos do devido processo, em uma epistemologia baseada em técnica, ciência, teoria e crítica com inspiração em Popper, o que oferecerá um propenso ao desenvolvimento da racionalidade não dogmática pela comunidade jurídica legitimada ao processo (LEAL, 2013, p. 102-105).

Feitas essas considerações, é importante realizar uma releitura de todo o ordenamento jurídico brasileiro sobre o prisma efetivo de um Estado Democrático de Direito, oferecendo-se essa visão ao novo Código de Processo Civil. Isso porque, não basta apenas dividir o foco dos poderes de formação normativa do legislativo e executivo com o judiciário pelo fortalecimento das decisões judiciais com caráter coercitivo. Deve-se atentar para a formação dessas decisões e sua aplicabilidade em coordenadas que atendam aos direitos fundamentais constitucionais. O direito não pode ser imposto ou ditado, ele deve ser construído democraticamente tal como

sua decisão. Logo, a passagem de um sistema que preza pelas leis para um sistema que preza pelas decisões judiciais, sem a sua devida construção democrática, apenas pendula o foco para um Poder (tirano) que dita as regras. O juiz aplicador de lei ou o juiz aplicador de decisões de tribunais superiores apenas demonstra a segregação da formação de comandos legais, que cada vez mais se distancia de seu legítimo detentor, o povo. Tanto os juízos dos julgadores como dos legisladores devem ceder lugar aos juízos democráticos de direito (LEAL, 2010, p. 131), estabelecido pelo primeiro artigo da Constituição Federal.

4.3.2 Uma proposta para a aproximação da construção democrática dos precedentes com força normativa – as “Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência”

Independentemente dos prós e contras, o novo Código de Processo Civil é uma realidade que aparentemente veio para perdurar por vários anos, quiçá décadas. Juntamente com sua vigência haverá um concomitante fortalecimento dos precedentes judiciais, tendo em vista a sua sistemática que concede um caráter normativo de observância para a solução de outros processos. Inúmeras críticas foram abordadas por diferentes doutrinadores, contudo, é importante ir além de uma mera apreciação do objeto estudado no âmbito jurídico, buscando-se a apresentação de uma proposta de solução ou de melhoria do quadro analisado.

Destacou-se a importância da formação de um precedente com força normativa, tendo em vista sua vasta amplitude de reflexos, extrapolando por vezes a própria seara jurídica. Nesse sentido, busca-se a formação das decisões da maneira mais democrática de direito possível, sendo dever dos legitimados ao processo a análise do desenlace da padronização decisória, sem jamais deixá-la perpetuamente imutável.

Muito há de ser estudado, examinado e até mesmo revisto no NCPC, em especial no sistema oferecido à parte afetada por um precedente normativo, para que ela tenha meios suficientes e eficazes na diferenciação de seu caso e/ou superação do entendimento aplicado (*distinguishing* e *overruling*). Não obstante, a maior preocupação ocorre no âmbito jurídico de reconstrução da legalidade, na qual

cabe ao povo – legitimados ao processo – a fiscalização e participação dos processos de criação e aplicação da normatividade (LEAL, 2002, p. 181), que no caso seria a própria decisão “padronizada”.

Faria (2010) desenvolve interessante proposição para aperfeiçoar a maneira pela qual a padronização dos precedentes deve ser avaliada, deixando claro que não se trata de uma “solução” para os problemas advindos com o NCPC e o fortalecimento da formação normativa pelo próprio judiciário. Há uma busca pela legitimação dessas decisões com o Estado Democrático de Direito, alinhando-se ao marco teórico da teoria neoinstitucionalista, em especial da busca por um caráter discursivo-processual-democrático.

Nesse contexto, foi apresentada a ideia de criação de Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência (CMRJ), que seriam órgãos aos quais possibilitariam um diálogo crítico a respeito das decisões que possuam caráter normativo, sendo abrangidas súmulas, orientações jurisprudências, acórdãos oriundos de processos repetitivos, enunciados e até mesmo a própria jurisprudência dominante que seja capaz de coibir o debate sobre o tema por uma rejeição liminar. Para tanto, a CMRJ seria disciplinada pelo Conselho Nacional de Justiça, que se pautaria nas suas atribuições constitucionais pelo artigo 103-B, §4º da Constituição Federal, expedindo-se atos regulamentares que determinariam aos tribunais a criação da CMRJ em um prazo razoável, permitindo a revisão dos entendimentos firmados (FARIA, 2010, p. 134-135).

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos

disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Para isso, a CMRJ seria um órgão de atuação permanente junto aos tribunais e cortes superiores, que receberiam petições subscritas denominadas “Pedido de Revisão de Jurisprudência (PRJ)”, que possuam o objetivo de discutir algum ponto consolidado por precedentes judiciais. Salienta-se seu caráter de livre propositura, na qual qualquer pessoa representada por advogado possa apresentar suas razões e motivos para uma possível modificação do entendimento. Destaca-se ainda seu caráter gratuito para o amplo acesso ao debate (FARIA, 2010, p. 134-135) e apesar de não explícito, entende-se que a representação por advogado possa ser substituída por um Defensor Público por todo assentamento e intenção de desenvolvimento desse órgão.

Com a CMRJ, procura-se a evasão da criação de dogmas – decisões judiciais pétreas, incontestáveis –, forçando um debate crítico e permanente dos contornos apresentados pelos precedentes judiciais persuasivos, elevando o seu “nível de desenvolvimento” a uma maneira mais aberta e democrática. Dá-se a oportunidade de discussão da própria superação do entendimento firmado, sendo um ambiente favorável à destinação dos debates e pontos de vista levantados por quem tenha interesse. Vale enfatizar a procura da concessão de uma maior legitimidade da decisão que vier a ser formada por esse órgão, uma vez que é sugerida a sua composição.

Tais Câmaras, mistas, seriam compostas por, ao menos, 09 membros temporários, sendo 02 desembargadores ou ministros (escolhidos pelo próprio tribunal, dentre os membros das respectivas Escolas Judiciais), 02 membros do Ministério Público (escolhidos pelo próprio MP, dentre os membros da respectiva Escola Superior), 02 advogados (escolhidos pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil) e 02 docentes, qualificados com Doutorado, integrantes de programa de pós-graduação *stricto sensu* de

Universidades reconhecidas pelo Ministério da Educação. (FARIA, 2010, p. 135).

A CMRJ se reuniria em caráter esporádico (quadrimestral) para a discussão dos pedidos, cabendo ainda a possibilidade de sua reunião extraordinária por pedido liminar reconhecido pelo Presidente da Câmara. Na primeira reunião será fixado um Regimento Interno para determinação procedimentais do processamento dos pedidos, suas apresentações e sustentações (FARIA, 2010).

Em cada sessão o relator exporia o processo do requerente e, depois de dada a palavra ao procurador, seria decidido oralmente por uma rejeição liminar ou necessidade de julgamento. Uma vez obtida a decisão final por maioria dos votos – voto do Presidente da Câmara como critério de eventual desempate – será dada ciência aos tribunais competentes para julgamento da matéria debatida, podendo ser expedidos esclarecimentos caso sejam solicitados (FARIA, 2010).

Ainda é lembrado sobre a necessidade de uma complementação legislativa para impedir a retroatividade das decisões proferidas pela CMRJ – ressalvada as possibilidades de ações rescisórias – (FARIA, 2010) evitando um tumulto e mudanças bruscas que podem atingir milhões de pessoas, prezando-se pela segurança jurídica. Trata-se de efeitos similares aos do *prospective overruling* ou *sunbursting*, previamente estudados.

A todo o momento se deixa em aberto a proposta para debate pelo próprio racionalismo crítico, que é considerado ausente no sistema de formação de precedentes normativos pelo sistema jurídico. Entende-se que a proposta fica como um conformismo velado do crescimento do poderio de estipulações vinculantes pelo judiciário, em detrimento de uma nova revolução do ordenamento jurídico. Muito ainda deve-se estudar e rever sobre os meios recursais, inclusive para casos concretos. Sem embargo, trata-se de uma ideia capaz de alinhar e harmonizar os ideais do *common law* com um Estado Democrático de Direito, oferecendo aos legitimados ao processo a constante falseabilidade por um caráter discursivo-processual-democrático.

5 CONCLUSÃO

O cenário do passado recente formado pelo Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) não oferecia efetivamente as garantias constitucionais do processo, como isonomia, publicidade, ampla defesa, devido processo legal, duração razoável do processo, contraditório e dignidade da pessoa humana, uma vez que não foi capaz de estabelecer uma prestação jurisdicional democrática, moldando um sistema decisório por vezes incoerente com si mesmo. A ineficaz atividade jurisdicional levou a um movimento de debate e construção de um novo código que buscasse melhorar a sistemática funcional do processo, buscando mudar a perspectiva geral do funcionamento do judiciário.

O fortalecimento do precedente judicial foi uma importante possibilidade de solução encontrada para a estabilização e padronização das decisões judiciais, como a possibilidade de obter maior celeridade processual. Nesse sentido, buscaram-se ferramentas e funcionalidades da utilização de um sistema de precedentes na tradição anglo-saxônica, para a formação de procedimento que ofertasse melhor desenvolvimento à luz do paradigma constitucional atual.

Vários institutos do *common law*, em especial do sistema estadunidense, foram adaptados à legislação pátria, buscando-se por meio das próprias decisões judiciais o oferecimento de uma capacidade determinativa do próprio judiciário – ganho normativo das decisões judiciais – para a estipulação dos contornos jurisdicionais. Consequentemente, diversas inovações foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, concedendo-se uma lógica e um papel diverso do procedimento judicial para a formação do provimento final mais próximo de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o próprio NCPD colocou como norma o dever aos tribunais de uniformizar e estabilizar a sua jurisprudência (art. 926), sendo obrigatória a observância das decisões que possuam um status especial (art. 927) – como decisões dos tribunais superiores, enunciados de súmulas, acórdãos oriundos resolução de demandas repetitivas – pelos julgadores.

A intenção de melhoramento das decisões judiciais mostra-se na medida em que também é colocado como preocupação da busca da oferta de um contraditório efetivo e de publicidade (art. 10) e um dever de fundamentação para

melhoria do padrão das decisões judiciais, assim como sua transparência (art. 489, §1º).

A busca pela razoável duração do processo e da estabilidade da jurisprudência com base na formação de precedentes normativos ganhou força com o incidente de resoluções de demandas repetitivas (art. 976/987), incidente de assunção de competência (art. 947) e com o incidente de arguição de constitucionalidade (art. 948/950) propiciando maior celeridade na resolução procedimental, até no seu âmbito de influência diretamente pelos tribunais superiores (art. 1.036/1.041).

A Reclamação (art. 988/993) teve abrangência na sua aplicabilidade para ser utilizada como meio de garantia de autoridade da autoridade dos tribunais para decisões que possuam um papel relevante na estabilização da jurisprudência, como as teses firmadas por acórdãos provenientes de julgamentos de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Também, mostra-se presente a extensão na utilização de julgamentos *in limine litis*, que absorveu o pilar de fortalecimento dos precedentes que possuam natureza diferenciada, seja pelo tribunal que a proferiu (tribunais ou tribunais superiores), seja pelo procedimento utilizado na sua formação (julgamento de casos repetitivos ou assunção de competência), como seu resultado final (acórdão de tribunal superior ou enunciado de súmula).

Não obstante, mesmo com toda essa intenção de melhoramento do procedimento judicial, vários problemas – críticas – herdados do Código de Processo Civil de 1973 não foram superados. Garantias importantíssimas, que podem suprir o cojurisdicionado em de fato ser um cojurisdicente, foram “esquecidas” na construção crítica do NCPD, especialmente no que tange à importação de uma ideia de fortalecimento dos precedentes judiciais.

Talvez não tenha ocorrido um estudo científico suficiente do funcionamento de decisões judiciais que possuam um caráter normativo – em especial o vinculante – para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. As disfunções mais exponentes do sistema de *common law* foram absorvidas pelo NCPD sem que ocorresse um estudo crítico-científico satisfatório. Essa questão comprova-se uma vez que o aspecto mais controverso apontado pela doutrina dos países adotantes desse sistema é a possibilidade que o litigante possui para diferenciar seu caso dos “modelos” sentenciais vigentes e a própria oportunidade de

superar o entendimento firmado. Quiçá o maior infortúnio tenha ocorrido na maneira que a legística tenha ocorrido para a formação do NCPC, porquanto a discussão crítica não se utiliza apenas prós ou contras uma proposta, mas também os prós ou contras a sua própria propositura, que no caso, é a própria lei.

Com essa formação legal deficitária, contrariedades foram recebidos como herança do CPC/73. Os julgamentos *in limine litis* e os óbices recursais, que conforme já demonstrados, continuam apresentando a possibilidade de suprir a parte de obter uma solução efetiva para o seu processo, gozando de todas as garantias – em especial o contraditório e a ampla defesa – e chances de resolução de uma lide, podendo se dar inclusive por meio de uma conciliação.

As decisões resultantes de julgamentos de demandas repetitivas podem ganhar um patamar superior ao das súmulas vinculantes, uma vez que não há um procedimento próprio para a sua revisão ou superação. Ao longo do NCPC apenas se fala de eventualidade de mudar essas teses firmadas em acórdãos, contudo inexistente qualquer processo legal que ofereça as garantias processuais-constitucionais a quem ouse discordar desse posicionamento firmado pela corte. A formação de precedentes vinculantes sem que ocorra um devido debate plural sobre o tema também se destacam nas decisões que possam ser formadas pelos julgamentos de assunção de competência e de arguição de inconstitucionalidade, tendo em vista a busca de uma prevenção do contraditório que possa levar a diferentes questões.

Assim como as teorias, as decisões também devem estar sujeitas a sua testificação, especialmente àquelas que possuam força vinculante, sendo essas as que mais devem se sujeitar a sua falibilidade e efetividade, para somente assim estarem sujeitas ao menor número de erros possíveis.

Sugestões foram apresentadas para um sincronismo maior do NCPC com o que de fato está proposto em sua exposição de motivos que justificam sua própria existência. A ideia das Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência pode ser um reforço da legitimação do povo na formação das decisões judiciais, viabilizando melhor harmonização do ordenamento jurídico com os direitos fundamentais previstos na constituição.

Muitas reviravoltas devem ocorrer nesses primeiros anos de crescimento da ideia de um novo Código de Processo Civil firmado, que de acordo com sua exposição de motivos deve oferecer um procedimento mais célere, efetivo e sensível

aos princípios constitucionais, capaz de atenuar as misérias e absurdos enfrentados pela atividade judiciária, além de ser harmonizar com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Se de fato levada em consideração essas nobres perspectivas, vislumbra-se a possibilidade de superação dos contrapontos expostos, uma vez que a produção e interpretação da justiça se farão pelos cojurisdicentes, considerados esses o conjunto de legitimados ao "devido processo" de uma comunidade jurídica constitucionalmente fundada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2011
- ALLAN, Trevor. Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 4, 2009.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto. **O Estado social democrático de direito no Brasil e a assistência jurídica integral e gratuita**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 95, n. 848, 2006.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade**. R. CEJ, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.
- BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Código Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BARRETT, Amy Coney. Stare Decisis and Due Process. **University of Colorado Law Review**, v. 74, p. 1011- 2003. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=904362>. Acesso em: 29 jul. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.
- BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.
- BRADFORD C. Steven. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling, **Fordham L. Rev**, v. 59, 1990. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol59/iss1/2>>. Acesso em: 04 nov. 2015.
- BRASIL. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010.
- _____. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.695/2006.
- BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Trad. de Dion Davi Macedo. (Coleção Leituras Filosóficas, nº 4). São Paulo: Edições Loyola, 1998.

BIRGER, Hjørland; CAPURRO, Rafael. **Annual Review of Information Science and Technology**: The Concept of information. Ed. Blaise Cronin. v. 37, cap. 8, p. 343-411, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Democracia e liberdade. In: **Estudos em homenagem a J.J. Rousseau**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962.

_____. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, William van. **Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings**. Bond University, 1999. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/224>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 13. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1941.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: JUSTEN FILHO, Marçal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La Riforma del Procedimento Civile**, Roma. 1911.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Os Direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Revista da USP, 2005.

COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o sistema jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 37, 2002.

_____. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, V. 37, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil – la Constitución y el proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948. t I.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. Salvador: Jus Podvm, 2006.

CRISTAS, Assunção. Legística ou a Arte de Bem Fazer Leis. **Revista CEJ**, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DAWSON, John P. As funções do juiz. In: BERMAN, Harold (org.). **Aspectos do Direito Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

DELGADO, José Augusto. A jurisprudência e a licitação. In: **Doutrinas Essenciais – Direito Administrativo**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. IV, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II, 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. Ed. JusPodium, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. Ed. JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. Procedimento Ordinário. In: **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris., 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Ed. Belknap Press. Harvard, 2013.

FAIRCHILD Thomas E. Limitation of new judge-made law to prospective effect only: "prospective overruling" or sunbursting, **Marq. L. Rev.** v. 51, 1968. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3>> Acesso em: 02 nov. 2015.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. In: THEODORO JR., Humberto; REZENDE, Ester C. G. Norato; OLIVEIRA, Fernanda A. Ribeiro. (Orgs.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**: de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 305-342.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al derecho através de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

FILARDI, Hugo. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil (Doutorado em Direito Processual)**. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

GABRICH, Frederico de Andrade. O Caráter normativo dos princípios. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 393, p.105-124, set./out. 2007.

GAMBARO, Antonio. Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto. In: CARPI, Federico. **Due iceberg a confronto**: le derive dicommon law e civil law. Milão: Giuffrè, 2009.

GELMAN, Andrew. A broken system: the persistent patterns of reversals of death sentences in the united states. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 1, Issue 2, p. 209-61, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.stat.columbia.edu/~gelman/research/published/jels.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Consitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução de Dario Canali. Rio Grande do Sul: L&PM, 1986.

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

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

INGLATERRA. **The Civil Procedure Rules**. Supreme Court Of England And Wales County Courts, 1998.

JABLONSKI, Sandra. **The Federal Register and the Code of Federal Regulations**. Draft paper prepared for an LLSDC Legislative Research SIS presentation on February 29, 1996.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KNIFFEN Margaret N. Overruling supreme court precedents: anticipatory actions by united states court of appeals, **Fordham L. Rev.** 53, 1982. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LAGES, Cintia Garabini. **A inadequação do processo objetivo à Luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. Artigo apresentado durante as aulas do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna, 1º semestre, 2014.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo código de processo civil. In: **A Tensão Entre o Público e o Privado**: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____; LANNA, Vitor Germano Piscitelli Alvarenga. Fundamentação das decisões na constitucionalidade democrática sob a perspectiva da teoria da objetividade de Karl Popper. In: MACHADO, Edinilson Donisete; VITA, Jonathan Barros. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia**. I. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

_____. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A principiologia jurídica do processo na teoria neoinstitucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord). **Constituição, Direito e Processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008a.

_____. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

_____. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural., Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no Projeto de novo Código de Processo Civil**. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242959/000940011.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**, tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACHADO, Antônio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, leis processuais extravagantes processuais anotadas. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Coleção Os Pensadores, São Paulo v. 6, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010.

_____. Segurança dos atos jurisdicionais. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://piauijuridico.blogspot.com.br/2011/08/o-que-e-prospective-overruling.html>>. Acesso em: 05 out. 2015.

MARTINS, Guilherme Vinseiro. Procedimento comum (2ª parte). In: THEODORO JR., Humberto; REZENDE, Ester C. G. Norato; OLIVEIRA, Fernanda A. Ribeiro. (Orgs.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**: de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 252-272.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, n. 58, 2000.

_____. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOGEL, David L. Prior Decision on Statutory Construction Applied Retroactively. **St. John's Law Review**, v. 57, article 12, 2012. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol57/iss1/12>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORIN, André. **Pesquisa-ação integral e sistêmica**: uma antropopedagogia renovada. Tradução de Michel Thiollent. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional** – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

OAKLEY, John Bilyeu; LOVE, Jean C; BODENHEIMER, Edgar. **An introduction to the Anglo-American Legal System – readings and cases**.4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 14, Alicante, 1993.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. ed. 70. Lisboa, 2009.

POWERS, Richard Gid. **G-Men: Hoover's FBI in American Popular Culture**. Southern Illinois University Press, Carbondale, Illinois, 1983.

QUEZADA, Octavio R. Acedo. La ciencia jurídica y su objeto. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, n. 172-173-174, 1990.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Da boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS n. 166/2010**. 2010. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Disciplina: "Temas Centrais de Processo Civil I DPC 5851-1/1") – Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Júlio Cessar. **Revista dialética de processo civil**, n. 19, out. 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato social**. (Coleção Pensadores) São Paulo: Abril Cultural, 2000.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. v. XII. Rio de Janeiro: Borsoi. 1964.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. Ação coletiva passiva: a class action brasileira. In: **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 41-1, p. 87-108, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA NETTO, Luiz Fernando. **Juizados Especiais Federais Cíveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOUSA, José Franklin de. **Coisa julgada individual e coletiva**. São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=XDtKBQAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em época de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu*, v. 1, n1, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta-janeiro-de-2015>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Planned Parenthood v. Casey**, 505 U.S. 833, 848-849, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 189, nov. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review - a essência da oposição ao Judicial Review. The Yale Law Journal, v. 115, n. 1346, 2006. Tradução de Adauto Villela, In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **The concept and the rule of law**. Public law & legal theory research paper series working paper n 08-50. New York University School of Law. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruada Alvimet et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

WEBER, Max. **Política como vocação**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: **The Migration of Constitutional Ideas**, 2006.

WILLIAMS, Glanville. Learning the Law. Londres: Stevens & Sons, 1963.