XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONSAGRAÇÃO DO USO DE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO TÉCNICA DE PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA

A NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE ENSHRINEMENT USE OF JUDICIAL PRECEDENT AS TECHNICAL STANDARDIZATION DECISIONS

Érica Alves Aragão

Resumo

O presente estudo volta-se para a análise do crescente uso de precedentes judiciais no ordenamento jurídico como técnica de padronização decisória, diante do progressivo movimento de convergência entre os sistemas civil law e common law. Partindo-se de tais premissas far-se-á uma breve análise do novo Código de Processo Civil, que implementou mudanças no ordenamento jurídico processual brasileiro e sedimentou o uso de precedentes judiciais como técnica de padronização decisória a fim de conferir maior celeridade processual e segurança jurídica. Por conseguinte, serão analisados os desdobramentos que o uso de precedentes trouxe para o sistema processual e como a doutrina tem se posicionado sobre o tema.

Palavras-chave: Convergência sistemas; civil law e common law; precedentes judiciais; novo código de processo civil.

Abstract/Resumen/Résumé

This study turns to the analysis of the increasing use of judicial precedents in the legal system as standardization technique, before the progressive movement of convergence between civil law and common law systems. Starting from these premises shall be made a brief analysis of the new Civil Procedure Code, which implemented changes in the Brazilian procedural law and confirmed the use of judicial precedents as standardization technique in order to give greater celerity and safety legal. Therefore, the consequences will be analyzed that the use of precedents brought to the procedural system and how the doctrine has positioned itself on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Convergence systems; civil law and common law; judicial precedents; new code of civil procedure.

1 Introdução

Em razão da recente sanção do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que, dentre outras mudanças, sedimenta o uso dos precedentes judicias no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se imperioso o estudo do tema com o objetivo de garantir que lhe seja atribuído uma interpretação em conformidade com o processo democrático.

Nesse sentido, o presente estudo volta-se para a análise do crescente uso de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro diante do progressivo movimento de convergência entre os sistemas *civil law* e *common law* que vem ocorrendo no Brasil.

Essa mixagem de sistemas vem promovendo a modificação no modo de aplicação do direito que há muito deixou de ser apenas legalista e ganhou contornos típicos do sistema *common law*, com a consequente valorização da uniformização da jurisprudência e do uso de precedentes judiciais.

É nesse sentido que se propõe o debate do presente tema: a consagração de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro como técnica de padronização decisória.

Partindo-se de tais considerações, inicialmente, será analisado o crescente movimento de convergência entre os sistemas *civil law* e *common law*, com a valorização do uso de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro como técnica de padronização decisória, sob a justificativa de imprimir celeridade processual e garantir segurança jurídica e igualdade decisória.

Far-se-á, em um segundo momento, uma análise da legislação processual em vigor, oportunidade em que serão analisados, a título exemplificativo, alguns dispositivos introduzidos ao Código de Processo Civil de 1973, já acompanhando a tendência de sumarização da cognitividade.

No capítulo seguinte, será analisado o tratamento que o novo Código de Processo Civil – Lei 13. 105, de 16 de março de 2015 – confere aos precedentes judiciais, fazendo-se, então, uma analise dos dispositivos legais pertinentes ao tema.

Por fim, no item subsequente será feita uma análise dos desdobramentos do uso de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, consagrado pelo novo Código de Processo Civil.

2 O crescente movimento de convergência entre o *civil law* e o *common law*

A Constituição brasileira de 1988, visando assegurar o direito fundamental de acesso à jurisdição[1], trouxe em seu artigo 5º, inciso XXXV a previsão de que todo aquele que se encontrar ameaçado ou lesado em seu direito poderá oportunamente ingressar em juízo.

Essa previsão, aliada ao processo constitucionalizado, fez crescer no Brasil o movimento de judicialização da política, em que os tribunais são chamados a se pronunciar ante as falhas nas funções legislativa e executiva do Estado.

Esse movimento, somado a outros fatores, fez com que as litigiosidades se tornassem mais complexas e também fez aumentar as taxas de congestionamento no Judiciário.

Nessa perspectiva, partindo-se da sistematização de dados estatísticos, verifica-se que apenas no ano de 2013 tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, com o ingresso no decorrer do citado ano de 28,3 milhões de novos casos[2]. Dentro dessa estatística, cumpre salientar que a ação individual é o tipo mais frequente escolhido pelo autor da demanda, sendo responsável por aproximadamente 90% dos casos, enquanto a incidência de ação coletiva não representa nem 1%.[3]

Diante desse panorama, o uso de precedentes, típicos do sistema *common law*, vem conquistado cada vez mais espaço no direito brasileiro como mecanismo de padronização decisória, sob a justificativa de superar a morosidade da justiça brasileira e servir como técnica de *dimensionamento das demandas repetitivas* (NUNES; LADEIRA, 2014).

Nesse ponto, Mancuso (2007, p.185) observa que "*a dicotomia entre as famílias jurídicas civil law/common law hoje não é tão nítida e radical como o foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre aqueles regimes*".

---

[1] Foi adotado o termo "acesso à jurisdição" em contrapartida ao termo "acesso à justiça", pois ensina Leal, R. (2014, p. 54) que "*evitaremos aqui a expressão equívoca de 'acesso à justiça', porque, como já esclarecemos, a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica de texto expositivo*".

[2] Os dados em questão foram fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através do "*Relatório Justiça em Números*" e pode ser verificado no seguinte endereço eletrônico: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/documentos_jn/poder_judiciario.swf.

[3] Os dados indicados foram extraídos da pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ e pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, versando sobre a judicialização da saúde. O Relatório "*Avaliação da Prestação Jurisdicional Coletiva e Individual a partir da Judicialização da Saúde*" pode ser verificado no seguinte endereço eletrônico: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf.

Da mesma forma insta ressaltar a relevante percepção de Faria:

> O fenômeno da padronização decisória, na contemporaneidade, tem sua manifestação mais clara e aberta no texto do Código de Processo Civil, que, cada vez mais, vem dando ao processo contornos de uma atividade extremamente ligada à obediência aos precedentes jurisprudenciais no caminho decisório, com especial destaque para as reformas percebidas na última década, por impulso da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que positivou o direito à duração razoável do processo no rol do artigo 5º. (FARIA, 2012, p. 73).

É o que observam também Nunes, Bahia e outros:

> "O sistema jurídico brasileiro, encontra-se, nesses termos, há algum tempo profundamente imerso no movimento de convergência entre a *civil law* e *common law*, com a utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte de aplicação do direito". (NUNES; BAHIA; CÂMARA E SOARES, 2013, p. 633).

Nesse sentido é que o Brasil vive hoje a temática do sincretismo entre os sistemas *civil law* e *common law*, e o direito codificado tem cedido lugar à aplicação de precedentes. Vale dizer, o uso de precedentes e da jurisprudência vinculante está ganhando tamanho espaço no ordenamento jurídico que está perdendo sua função precípua de *balizamento da atividade jurisdicional*[4] e ganhando força como fonte do direito.

É nesse viés que a legislação processual brasileira tem sofrido várias reformas nos últimos tempos, tendo seu ponto alto no novo Código de Processo Civil – Lei 13. 105, de 16 de março de 2015, que, dentre outras mudanças, consagrou a valorização dos precedentes judiciais como técnica de padronização decisória.

3 A padronização decisória no Código de Processo Civil de 1973

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado o sistema romano-germânico, sistematizado pela codificação do direito, verifica-se que não é de hoje que a legislação processual civil vem sofrendo constantes reformas "*no sentido de atribuir maior força aos entendimentos dos tribunais*" (FARIA, 2012, P. 73), numa constante valorização dos precedentes judiciais.

[4] Essa expressão é utilizada por Faria (2012, p.70) que explica: "*[...] tanto a jurisprudência quanto as súmulas não constituíam originariamente, em nosso direito, preceito obrigatório para casos futuros, servindo apenas de balizamento para a atividade jurisdicional das primeiras instâncias inferiores*".

Assim é que ao Código de Processo Civil de 1973 foram introduzidos dispositivos que possibilitaram a sumarização da cognitividade e a implantação de mecanismos de padronização decisória, como, por exemplo, os artigos 285-A; 518, §1º; 543-A; 543-B; 543-C e 557.

Já no artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973 é possível observar a tendência pela abreviação do procedimento nos casos em que já existam precedentes jurisprudenciais consolidados, ainda que sejam em primeira instância. Trata-se aqui da possibilidade que o julgador tem de indeferir de plano a pretensão do autor quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos. Trata-se de um caso de improcedência *prima facie* com o aparente intuito de conferir celeridade e economia processual.

Da mesma forma, o artigo 518,§1º dá ao juiz o poder de não receber o recurso de apelação quando a sentença recorrida estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

No contexto dos recursos especiais e extraordinários, foram acrescentados ao Código de Processo Civil de 1973 os artigos 543-A; 543-B e 543-C com o intuito de limitar o número de processos que são dirigidos aos tribunais superiores. Nesse tocante, ganha destaque o §2º do artigo 543-B que, buscando a padronização decisória, determina que os recursos sobrestados serão automaticamente não admitidos no caso de negada a existência de repercussão geral.

Encerrando a *lista exemplificativa* (FARIA, 2012) dos dispositivos que buscam a padronização decisória está o artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 que confere ao relator, em decisão monocrática, o poder de negar seguimento ao recurso de agravo de instrumento que estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

Como se pode inferir da legislação ainda em vigor[5], as reformas processuais, sob influência da convergência de sistemas, têm dado ênfase às técnicas de padronização decisória como forma de se alcançar maior celeridade e o uso de precedentes judicias tem ganhado cada vez mais espaço no ordenamento processual brasileiro.

[5] O novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidente da República, mas só entra em vigor após um ano da data de sua publicação oficial, conforme artigo 1.045.

4 O novo Código de Processo Civil e a aplicação dos precedentes judiciais como técnica de padronização decisória

O novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidente da República sob a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, traz mudanças de relevo para o cenário jurídico processual brasileiro.

Entre tantas mudanças verificou-se que a norma processual se tornou mais rígida no que tange à necessidade de fundamentação das decisões judiciais e no parágrafo 1º do artigo 489 do novo Código de Processo Civil o legislador elencou as hipóteses em que não se considera fundamentado um provimento jurisdicional. Dentre as hipóteses elencadas merecem destaque os incisos V e VI, que revelam a adoção do precedente judicial como forma de fundamentação das decisões judiciais.

> "Art. 489
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> (...)
>
> 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". (BRASIL, 2015).

Insta ressaltar, nesse ponto, que o legislador foi cuidadoso ao destacar que não basta que o julgador invoque o texto do precedente para fundamentar sua decisão, mas é necessário que indique os fundamentos determinantes contidos no precedente e ainda em que ponto se ajusta ao caso concreto.

Da mesma forma, preocupou-se o legislador em delimitar a discricionariedade do julgador, quando inseriu a determinação do inciso VI de que para se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, é necessário demonstrar a distinção com o caso concreto (*distinguishing*) ou então que se trata de um entendimento já superado (*overruling*).

Mais evidências de que o legislador optou por ampliar os efeitos dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro podem ser observadas nos artigos 926 e

927 do novo Código de Processo Civil, que não encontram correspondência no Código de Processo Civil de 1973.

O artigo 926 do novo Código de Processo Civil estabelece que "*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*" e o §2º acrescenta que "*ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*"(BRASIL, 2015).

Já o artigo 927 traz a ordem hierárquica das decisões que devem ser observadas pelos juízes e tribunais:

> "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". (BRASIL, 2015)

O parágrafo 1º do artigo 927 estabelece ainda que "*os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo*" (BRASIL, 2015), o que inclui nesse rol as orientações contidas nos incisos V e VI do §1º do artigo 489, já destacados, que dão ênfase ao uso de precedentes judiciais como forma de fundamentar o provimento jurisdicional.

O parágrafo 5º do artigo 927, também seguindo a valorização dos precedentes judiciais, estabelece que "*os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores*" (BRASIL, 2015).

Assim é que o novo Código de Processo Civil, indo ao encontro da tendência de adoção de sistemas híbridos, ou seja, de sincretismo entre o *civil law* e o *common law*, consagra mudanças no cenário processual brasileiro, como a necessidade de uniformização da jurisprudência e a consequente sedimentação do uso de precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio.

5 A aplicação de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro como técnica de padronização decisória: uma análise de seus desdobramentos

O novo Código de Processo Civil, como visto, trouxe mudanças para o cenário processual brasileiro e, no caso da aplicação dos precedentes, consagrou uma tendência que já se desenvolvia no ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, verifica-se que parte da doutrina tem assumido uma posição favorável ao uso de precedentes, seja como forma de garantir uma uniformidade decisória para alcançar a segurança jurídica e a igualdade, seja para tentar aplacar as demandas de cunho repetitivo.

Esse é o posicionamento de Marinoni:

> De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta. (MARINONI, 2009, p. 52).

Conforme exposto pelo autor, o uso dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro se justificaria para garantir a previsibilidade das decisões e a confiança no Judiciário.

Nessa mesma linha de raciocínio, baseando-se na falta de *linearidade argumentativa* (NUNES, 2012) dos Tribunais Superiores, Santos também se mostra defensor da utilização dos precedentes como forma de padronização decisória:

> A desatenção ao posicionamento do sistema, encorajando o jurisdicionado a buscar a tutela almejada até a última manifestação possível do Judiciário, acaba gerando não apenas mais volume de demandas, mas mais julgamentos díspares, os quais, por sua vez, encorajarão, mais ainda, essa postura de resistência ao entendimento já fixado pelo sistema, renovando as expectativas daqueles que contra ele reagem e assim por diante. (SANTOS, 2010, p. 43).

O uso dos precedentes aqui é justificado no sistema jurídico brasileiro diante das constantes mudanças de entendimento dos Tribunais Superiores, o que faz com que

o jurisdicionado aposte em um verdadeiro jogo de loteria[6] para ter êxito em sua demanda. O uso dos precedentes, assim, garantiria, mais uma vez, segurança jurídica.

Da mesma forma, Silva aduz que o uso de precedentes com efeito vinculante não só diminuiria o trabalho dos Tribunais Superiores, como também:

> Visa ainda garantir a imparcial aplicação da lei, assegurando previsibilidade dos efeitos decorrentes dos preceitos normativos, maximizando, por consequência, o âmbito de liberdade dos cidadãos. Dessa previsibilidade e da estabilidade do direito é que, mediatamente, decorre a maior eficiência da máquina judiciária, inclusive, com a redução de sua carga de trabalho em virtude da diminuição das demandas civis e penais face à estabilização do sentido do direito vigente naquela coletividade. (SILVA, 2005, p. 177).

E prossegue o autor:

> A ausência de uma diretriz relativamente segura para a solução de determinada controvérsia conduz inevitavelmente a um permanente estado de insegurança e, consequentemente, injustiça. A uniformidade, estreitamente relacionada com a questão da estabilidade, é outro argumento em favor da adoção desse instituto. A uniformidade serve a vários interesses: em primeiro lugar dá previsibilidade às decisões judiciais, como o que se capacita qualquer sistema jurídico alcançar seus objetivos. (SILVA, 2005, p. 79-80).

O que se observa é a tentativa de implementação de meios que tornem a justiça mais célere e que a prestação jurisdicional se torne uniformizada para garantir igualdade e segurança jurídica.

Não obstante, essa tendência de convergência entre os sistemas *civil law* e *common law*, como tem ocorrido no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser analisada com muita cautela.

Isso porque a prática de vinculação às decisões anteriores pressupõe uma cultura jurídica muito bem desenvolvida quanto à fundamentação das decisões, o que não se evidencia, por vezes, no direito brasileiro.

Nesse sentido, Brêtas observa que:

> Paradoxalmente, embora haja recomendação expressa dos textos da Constituição e dos Códigos Processuais, objeto de toneladas de escritos doutrinários, sustentando a importância do princípio da fundamentação

[6] Cambi (2001, p. 110) afirma que: "*A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado*".

> racional das decisões jurisdicionais, o certo é que os órgãos julgadores do Estado brasileiro, ultimamente, vêm negligenciando seu dever de motivação dos pronunciamentos decisórios. (BRÊTAS, 2005, p. 157).

Nesse ponto, o impasse surge quando o julgador, submetido ao dever de fundamentar suas decisões, utiliza o precedente de forma descompromissada e desarticulada com o caso concreto, sem se ater ao resultado do processo participativo das partes nos autos e também aos fundamentos determinantes que deram origem ao precedente.

Nunes é preciso ao retratar esse quadro:

> "No entanto, ao se acompanhar o modo como os tribunais brasileiros trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreende parcamente as bases de construção e aplicação destes padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização de jurisprudência, Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas 'perspectivas', quebra da integridade (Dworkin) do Direito, são apenas alguns dos vícios". (NUNES, 2012).

Nesse tocante, Nunes e Ladeira (2014, p. 83) alertam que "*a distorção da aplicação de precedentes no Brasil é evidente e já foi objeto de críticas recorrentes*".

Esclarecem os autores que:

> E assim, o pressuposto equivocado na utilização no precedente no Brasil é o de que mediante o julgamento de um único caso (ou poucos), **sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para a sua formação** (amplitude de argumentação e respeito ao direito de se levar em consideração os argumentos das partes – Recht auf Berücksichtigung von Ãuberungen), mediante a técnica de causa piloto, o Tribunal Superior formaria um julgado (interpretado por muitos como precedente) que deveria ser aplicado a todos os casos idênticos. (NUNES; LADEIRA, 2014, p. 84, grifo nosso).

Nessa perspectiva, muito mais importante que buscar instrumentos que uniformizem nossa jurisprudência e façam nascer técnicas de padrões decisórios com efeito vinculante, mostra-se uma saída muito mais condizente com o Estado Democrático de Direito oportunizar as partes que participem da construção do provimento final, através de um contraditório substancial, e que vejam todos os seus argumentos enfrentados pelo julgador, seja para acolher ou refutar seus pedidos. Essa sim é uma medida que garante segurança jurídica e legitimidade decisória.

Assim, verifica-se que ao fundamento de garantir celeridade processual, segurança jurídica e igualdade, o uso dos procedentes no ordenamento jurídico

brasileiro, muitas vezes de forma desarticulada, tem negligenciado a efetivação do contraditório e da fundamentação das decisões e outros inúmeros direitos garantidos ao cidadão pela Constituição de 1988.

Sensível a esse ponto, Theodoro Júnior, Nunes e Bahia priorizam a aplicação do princípio do contraditório para se alcançar uma tutela jurisdicional efetivamente justa:

> Tanto quanto a tarefa de sumular os julgados, é da máxima relevância que todo e qualquer litígio encontre justa e adequada solução em juízo. Para tanto é indiscutível e imperiosa a necessidade de que a sentença seja sensível àquilo que dá individualidade à causa, e que, por isso venham a refletir nos seus fundamentos todos os dados e argumentos que os litigantes tenham trazido para o processo. Só assim, o pronunciamento jurisdicional responderá, com adequação e justiça à demanda daqueles que esperam do Judiciário uma tutela, além de efetiva, justa. Muito mais importante será, nesse rumo, a sentença bem e racionalmente fundamentada, à luz das peculiaridades do caso concreto, em contraditório, ainda quando se esteja a aplicar enunciados sumulares de precedentes judiciais. (THEODORO JÚNIOR, NUNES E BAHIA, 2010, p. 52).

Partindo desse pressuposto, parcela da doutrina tem visto o uso de precedentes com reserva, tecendo severas críticas ao argumento de que técnicas de padrões decisórios servem para garantir celeridade e segurança jurídica.

Nesse sentido, Faria assevera que:

> [...] a legislação processual vem seguindo uma direção que, numa ensandecida busca pela celeridade, tem como pano de fundo uma teorização antidemocrática que transforma o procedimento cognitivo-decisório num jogo de subsunção dos conflitos de interesses à razão jurisprudencial, a ser aplicada de forma apriorística, inquestionável e intransigente, transformando os casos concretos em casos "em tese", solucionados pela aplicação de precedentes reveladores do entendimento cristalizado pelos órgãos jurisdicionais. (FARIA, 2012, p. 70).

E continua o autor afirmando que "*[...] não há, mesmo que em busca da segurança jurídica e da prestação jurisdicional isonômica, respostas definitivas e perfeitas que possam determinar a solução de todos os outros casos [...]*". (FARIA, 2012, p. 92).

Acrescenta, ainda, Ramires (2010, p. 125) que "*o texto em questão não é a resposta automática do caso presente, pois uma resposta a uma pergunta jamais é a resposta de outra pergunta*".

Compartilha também desse entendimento Streck quando trata de precedente sumular:

> Agregue-se, ademais, que nada nos garante que a vinculação sumular terá o condão de desafogar a máquina judiciária. Há um equívoco dos que pensam que o emperramento dos processos será resolvido dessa maneira. Observe-se, como já dito anteriormente, que no Direito norte-americano – tido e havido como modelo pelos que querem introduzir as modificações no nosso sistema – as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, sim, para solucionar os conflitos que chegam ao Judiciário. **Por decorrência, a utilização do precedente em casos posteriores é uma decorrência incidental. Daí, transportando o problema para o nosso sistema jurídico, há que se perguntar: quem dirá (e como isso será feito?) que o caso em julgamento – suscetível da aplicação do precedente sumular ou jurisprudencial vinculativo – é similar ao outro, que originou o precedente?** Os processos, para que tenham um rápido tramitar, principalmente em grau de recurso, acaso serão postos em uma pilha e despachados em série, algo do tipo, NPU (não provido por unanimidade) ou PPU (provido por unanimidade), prática, aliás, já corriqueira nos Tribunais? (STRECK, 2013, p. 9, grifo nosso).

A parcela da doutrina que se mostra cautelosa à adoção dos precedentes como fonte do direito para imprimir celeridade, previsibilidade e, consequentemente, segurança jurídica ao ordenamento jurídico, mostra-se preocupada com uma questão ainda mais grave: a possibilidade da função judiciária abarcar uma atividade legislativa, criando lei geral e abstrata.

Isso porque o uso de precedentes, como técnica de padronização decisória, está sendo justificado para garantir uma segurança jurídica e uma previsibilidade decisória, que estão, na verdade, elevando o texto do precedente ao nível de norma, permitindo que o Estado, através de sua função jurisdicional possa criar o direito, abarcando, assim, uma atividade legislativa.

O que se verifica é que a decisão proferida para determinado caso concreto e individualizado passa a servir de lei para outros casos semelhantes. Atribui-se, assim, aos órgãos jurisdicionais a possibilidade de assumir a função de criação das normas e, com isso, retira-se do cidadão a legitimação, conferida pelo sistema eleitoral, de elaborar normas.

Partindo de tais considerações, Carvalho Netto e Scotti são precisos ao afirmarem:

> "É a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas e irrepetíveis dos casos concretos, com vistas à promoção simultânea de pretensões à justiça (justice) e à segurança jurídica (fairness), que também permite que nos libertemos do mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes. Cada decisão que assim se apresentar, configurará, outra vez, como norma geral e abstrata, estruturalmente indeterminada, introdutora de maior complexidade social, vez que na qualidade de orientação voltada ao futuro também incentivará , por seu turno, pretensões abusivas em relação a ela, as quais só poderão ser

> desmascaradas mediante o exame reconstrutivo e criterioso da unicidade irrepetível de cada caso concreto que se venha a apresentar". (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 16 apud NUNES; BAHIA; CÂMARA E SOARES, 2013, p. 636).

Nesse tocante, importante também colacionar a posição de Grau:

> As normas – produzidas pela Função Judiciária em face de um caso concreto – são o produto final de interpretação/aplicação de um texto normativo. Desse modo, a ampliação da eficácia da decisão judicial, ao ponto de alcançar quem não tenha participação no caso ao qual o direito foi aplicado/interpretado, apenas se pode dar na medida em que se expresse como eficácia do texto, não da norma contida na decisão. Da mesma forma, o efeito vinculante que transcende os limites do caso objeto da decisão é efeito do texto não daquela mesma norma. Com isso, é imperioso dizer, assevera o mestre paulista, que a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que trata – e, acrescento, às Súmulas editadas – sejam dos Tribunais Superiores, como dos tribunais de segundo grau e, em última análise, juízes singulares – nestes não se aplicando o que fora dito às Súmulas –, importa em atribuir-lhes função legislativa. (GRAU, 2005, p. 87).

É nesse ponto que se torna mais gravoso ao processo democrático, uma vez que é o povo que legitima a função jurisdicional, assim como as demais, e quando essa ordem é invertida, a atividade estatal torna-se ilegítima e não pode ser reconhecida no Estado Democrático de Direito.

Diante disso, torna-se oportuno aqui suscitar a lição de Leal. R., que não permite melhor exposição:

> Nas democracias, como a do Brasil, construídas pelo *devido processo constitucional*, que é uma instituição jurídica balizadora da teoria da constitucionalidade democrática, o direito deve ser produzido, atuado, aplicado, modificado ou extinto, no *devir interlocutivo* por princípios autocríticos-discursivos (daqui a expressão *devido processo*) e não de modo interdital como nos Estados liberais e sociais de direito por uma intersubjetividade anormativa (dita solitária, ou ético-moral, histórica ou consuetudinária) ou por um agir comunicativo entre as pessoas pressupostamente dotadas de habilidades consensualistas ou arbitrais, movidas por uma suposta razão correta, lúcida, prodigiosa, sensível ou talentosa. (LEAL, R., 2007, p. 265).

Ademais, diante do congestionamento que o Judiciário enfrenta, verifica-se no direito brasileiro uma constante preocupação com a eficiência quantitativa, em que os direitos dos cidadãos tendem a ser encarados como meros dados numéricos.

Nessa perspectiva, o que se tem percebido é a aplicação de técnicas de padronização decisória de forma leviana, apenas para sepultar as demandas, principalmente as de cunho repetitivo, que tramitam no Judiciário. Há um crescente

movimento de substituição do julgamento de casos concretos pelo julgamento de teses abstratas.[7]

A sociedade, no anseio de ver suas demandas atendidas, acaba por aceitar esse movimento de massificação da tutela jurisdicional sem, contudo, se ater a aplicação das normas constitucionais que permeiam o processo e a qualidade dessa prestação jurisdicional.

Vivemos um momento pela busca de uma justiça de resultados rápidos, mesmo que isso importe na perda da qualidade do provimento final.

No entanto, esse contexto vai de encontro ao que se espera de um processo democrático uma vez que, para que o provimento jurisdicional seja legítimo, é preciso que as partes, através de um contraditório substancial, participe da construção do provimento final.

Mostra-se, por todo o exposto, inegável a importância do estudo do presente tema, até mesmo para que seja desenvolvida uma teoria para a implementação do uso dos precedentes no direito brasileiro em conformidade com o processo democrático, sem se desprezar os direitos do cidadão.

6 Considerações finais

O ordenamento processual brasileiro tem passado por várias reformas nos últimos tempos para acompanhar a tendência de convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*.

Essa tendência tornou-se notória com a aprovação e sanção do novo Código de Processo Civil que, dentre outras mudanças de relevo, consagrou o uso dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro como forma de padronização decisória, na tentativa de imprimir celeridade processual, segurança jurídica e possibilitar decisões mais igualitárias aos jurisdicionados.

Não obstante, como já destacado, essas mudanças normativas devem ser vistas com certa cautela, pois a prática de vinculação às decisões anteriores pressupõe uma cultura jurídica muito bem desenvolvida quanto à fundamentação das decisões, o que, por vezes, não se evidencia no direito brasileiro.

---

[7] De acordo com Theodoro Júnior; Nunes e Bahia (2010, p. 24), "[...] *cabe ao Poder Judiciário o julgamento de causas e não de teses*".

As exigências de fundamentação da decisão judicial e da observância do contraditório no *iter* processual possuem previsão constitucional e são uma garantia contra o arbítrio e a discricionariedade do julgador. No entanto, quando o julgador utiliza o precedente como forma de fundamentar sua decisão, sem se ater às particularidades do caso concreto e à origem do precedente, esta decisão está revestida de uma falsa aparência de legitimidade. O resultado dessa operação é uma decisão em desacordo com as bases democráticas do processo e, consequentemente, com o Estado Democrático de Direito. Isso porque o provimento jurisdicional só é legítimo quando há a participação efetiva das partes no direito a ser aplicado.

Para se garantir a previsibilidade de uma decisão, antes de se apoiar em qualquer técnica de padronização decisória, deve-se assegurar a participação dos sujeitos processuais na construção do provimento - o que se dará através do devido processo legal, permeado, dentre outras garantias, pelo contraditório, ampla defesa e isonomia. Ademais, para amenizar os efeitos do congestionamento que o Judiciário enfrenta devem ser adotadas medidas de aparelhamento do Estado e treinamento de pessoal e não medidas que visem o sepultamento de demandas a todo custo.

Nessa perspectiva, para que a utilização dos precedentes se dê de forma adequada, sua aplicação não deve ser encarada como um fim em si mesmo, ou seja, como se os precedentes fossem a solução final para todos os casos, vistos aqui como teses jurídicas, desprezadas todas as particularidades e especificidades do caso concreto. Vale dizer, para que a aplicação dos precedentes tenha validade no ordenamento jurídico deve-se sempre, antes de tudo, possibilitar o desenvolvimento de um contraditório dinâmico, evitando-se, assim, decisões surpresas.

Nesse sentido, para que a aplicação dos precedentes se torne compatível com o processo democrático, devem ser pensadas regras para que o controle da aplicação dos precedentes seja exercido pelos legitimados do processo, o povo.

Referências Bibliográficas

BRASIL, **Constituição Federal (1988), Código de Processo Civil (1973)**. Organizadora: Anne Joyce Angher. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. São Paulo: Editora Rideel, 2014. (Legislação brasileira).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/documentos_jn/poder_judiciario.swf.>. Acesso em 24 out. 2014.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, nº 16, p. 147 – 161. 2º sem. 2005.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. Belo Horizonte. Fórum, 2011 *apud* NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de direito processual civil – fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS; CENTRO DE PESQUISA JURÍDICA APLICADA. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. **Avaliação da Prestação Jurisdicional Coletiva e Individual a partir da Judicialização da Saúde**. Disponível em <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf>. Acesso em 24 out. 2014.

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

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judiciarização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Paraná**. Curitiba, ano 34, n. 49, p. 11-58, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Acórdãos deveriam ter linearidade argumentativa**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-24/dierle-nunes-aos-tribunais-atribuida-forma-julgamento>. Acesso em 22 out. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de direito processual civil – fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho; LADEIRA, Aline Hadad. Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade – Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 77-99, jul./set. 2014.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 35, n. 181, p. 38-58, mar.2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: Sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. Disponível em <http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/o-fahrenheit-sumular-do-brasil-lenio.pdf>. Acesso em 25 out. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves Considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o 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, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.