XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

GIOVANNI OLSSON

ISAAC COSTA REIS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

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

Coordenadores: Giovanni Olsson; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-412-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram as principais questões ligadas aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, os Grupos de Trabalho intitulados "Processo, jurisdição e efetividade da Justiça" ocuparam importante lugar, já que tratam do escopo último do aparato judicante do Estado: a efetividade do acesso.

Na tarde do segundo dia do evento, foi apresentada a produção acadêmica de Programas de Pós-Graduação por docentes, mestrandos e doutorandos de todo o país, sob a coordenação dos Professores Dr. Giovanni Olsson, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ) e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília (UnB).

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo em torno dos temas.

Um primeiro bloco agrupou artigos que discutiram o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, inscrito no Código de Processo Civil de 2015, bem como sua repercussão na esfera recursal e na relação com outros institutos e teorias. Seguiu-se um conjunto de trabalhos que tomaram como objeto de pesquisa o modelo de precedentes e o modo como ele tem sido gestado e gerido por um Poder Judiciário cada vez mais atuante. O terceiro bloco de trabalhos teve como foco o estudo dos meios alternativos de solução de conflitos como afirmadores da autonomia individual e do ideário de democracia deliberativa, muitas vezes ameaçado pela morosidade e pelo caráter binário (perde/ganha) do processo contencioso oficial. O último grupo de pesquisas tratou de questões processuais práticas, como o impacto do Novo CPC na prática dos Juizados Especiais, debates relativos ao processo executório, à tutela de evidência, ao agravo de instrumento e à coisa julgada.

Aos longo das discussões, foi ressaltada a necessidade de se produzir pesquisas empíricas que revelem o verdadeiro significado da noção de "acesso a" e "efetividade da" justiça do ponto de vista dos cidadão e cidadãs, tendo-se em mente a íntima conexão entre os

procedimentos, estatais ou não, de gestão de conflitos e o exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Vê-se, assim, que as contribuições das autoras e autores presentes ao grupo de trabalho, bem como os intensos debates ocorridos, demonstraram relevância inquestionável para a qualidade da produção acadêmica nacional na área do Direito, conectando questões outrora tidas como puramente técnico-processuais à realização efetiva de direitos e do ideal democrático.

Profª. Drª. Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (UNOCHAPECO)

Prof. Dr. Isaac Reis - UnB

FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS – CONTROLE DA ALTA LITIGIOSIDADE E IMPLICAÇÕES POLÍTICAS

NORMATIVE POWER OF LEGAL PRECEDENTS - CONTROL OF HIGH LITIGATION AND POLITICAL IMPLICATIONS

Agostinho Gonçalves Rodrigues da Cunha Terceiro [1]
Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Resumo

A afirmação do Estado Democrático de Direito se faz acompanhada de uma crescente jurisdicização das relações sociais, a qual põe a norma jurídica em destaque. No Brasil, esse movimento vem se traduzindo em uma sociedade de alta litigiosidade. Em resposta ao congestionamento dos tribunais, o Código de Processo Civil de 2015 investe em novos meios de produção de precedentes de força normativa pelo Judiciário. O direito, porém, mesmo o de origem pretoriana, não se produz desacompanhado da política, não se podendo atribuir-lhe uma dimensão mítica. Impende, portanto, conscientizar-se desses limites do direito para cumprimento de seu papel de integração social.

Palavras-chave: Jurisdicização, Crença na norma, Alta litigiosidade, Precedentes obrigatórios, Origem política

Abstract/Resumen/Résumé

The assertion of the Democratic Rule of Law is accompanied by a totalizing process of jurisdicization, which sets the legal norm in prominence. In Brazil, this movement takes shape in a society of high litigiousness. In response to this, the Code of Civil Procedure of 2015 invests in new means of judicial precedents with normative power. The law, however, even of judicial origin, is not produced unaccompanied by politics, and can not be attributed to a mythical dimension. It is therefore necessary to be aware of these limits of the law in order to fulfill its role of social integration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdicization, Belief in the law, High litigiousness, Mandatory precedents, Political origin

[1] Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade FUMEC. Pós-graduado em LLM em Direito Empresarial pela FGV 2015. Pós-graduando em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea passa por uma acelerada expansão do campo da juridicidade em um processo que tem origens históricas na própria fundação do Estado de Direito, mas que se intensifica ao longo do século XX rumo aos dias atuais. Um dos sintomas mais notáveis dessa expansão da juridicização, no âmbito nacional, é a formação de uma sociedade de alta litigiosidade, na qual os indivíduos passam a demandar em números em progressão exponencial.

Surgido nesse atual contexto em resposta, mas, também, como produto, ao movimento de juridicização e judicialização, o Código de Processo Civil – CPC de 2015 é especialmente elaborado para dispor de mecanismos processuais que possam aparelhar os juízes para reger e conter a massificação do contencioso.

A inauguração de mecanismos como o instituto de resolução de demandas repetitivas – IRDR e, em algum grau, o instituto de assunção de competência – IAC é, assim, compreendida como parte dessa resposta, que tem como fio condutor a proeminência da força normativa dos precedentes judiciais, parte de um modelo jurídico-processual em curso de consolidação.

A idealização de institutos que possam concertar a alta litigiosidade pode ser expressão de uma investida rumo à melhor gestão processual. Todavia, as novas práticas processuais levadas a efeito mediante uma crescente ampliação do poder normativo dos juízes, não podem ser compreendidas de forma estanque, apartando-se o direito de sua matriz política, sob pena de, no cumprimento da missão de defesa dos direitos fundamentais, restem eles próprios negligenciados.

Adotar-se-á, como marco teórico, a perspectiva do Estado Pós-Moderno proposta por Jacques Chevallier (CHEVALLIER, 2009), com pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo jurídico.

2 JURIDICIZAÇÃO, CULTO AO DIREITO E SOCIEDADE LITIGIOSA

A intensa produção normativa traduz um movimento de juridicização total dos relacionamentos sociais. Assiste-se a uma incessante publicação de leis, códigos, regulamentos em meio a uma vastidão de atos infralegais[1]. A ordem jurídica passa a ser significante de uma

[1] Em levantamento realizado em outubro de 2013, ao completar 25 anos da Constituição República de 1988, o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT apurou 4,7 bilhões de normas publicadas no Brasil, uma edição média de 784 normas por dia útil. Somente no âmbito da União, foram 158.663 normas, composta de: 6 emendas constitucionais de revisão, 74 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 85 leis complementares, 5.125

ordem social (CHEVALLIER, 2013, p. 118), a qual se reputa funcionar de forma organizada, pacificada e unificada sob a égide de um Estado de Direito.

A passagem de um modelo marcado pela dicotomia liberal e social para o paradigma do Estado Democrático de Direito portaria, nesse contexto, uma perspectiva transformadora, a qual viria para resgatar as promessas da modernidade nos países de modernização tardia (STRECK 2003, p. 278 e 279), em que o estado de bem-estar social não passou de um simulacro, ultrapassando a noção de que os direitos sociais dependem de mecanismos outros de implementação para além da própria Constituição.

O movimento de juridicização a que se alude é, assim, compreendido dentro dessa atual perspectiva de Estado de Direito, de índole democrática, o chamado Estado de Direito substancial. Como afirma Lênio Streck:

> Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais (STRECK, 2003, p. 265 e 266).

A constatação de que a Constituição é dotada de força normativa, não figurando como mera expressão de um ser, mas de um dever ser, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 15), refunda o ordenamento jurídico a partir de uma releitura informada pelos princípios constitucionais. As relações passam, dessa forma, no atual contexto de juridicização, a se conformar aos padrões jurídicos, mas não aos puramente estabelecidos pela lei formal e, sim, àqueles impregnados pelo sentido constitucional.

Os direitos fundamentais passam a irradiar sobre o ordenamento jurídico, que passa a ser construído segundo seus ditames constitucionalizados (SOUZA NETO *et al*, 2012, p. 42). Os institutos de direito privados são revisitados agora sob uma ótica funcional dos valores constitucionais dos direitos fundamentais, nota marcante do Estado de Direito substancial.

Paralelamente, a Constituição vai sendo reinventada para se adequar às exigências próprias de uma sociedade pós-moderna, conformando-se a novos centros ordenadores para além do Estado em um modelo de "Constituição dúctil", cuja dogmática maleável se adequa ao pluralismo social, político e econômico pós-moderno:

---

leis ordinárias, 1.238 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.111 decretos federais e 135.530 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.) (AMARAL, 2013).

> À mingua de uma expressão melhor, defendi em outro lugar a exigência de uma dogmática jurídica 'líquida' ou 'fluída' que possa conter os elementos do direito constitucional de nossa época, embora sejam heterogêneos, agrupando-os em uma construção necessariamente não rígida que acomode as combinações que derivem não do direito constitucional, senão da política constitucional. Trata-se do que se poderia chamar de instabilidade das relações entre os conceitos, consequência da instabilidade resultante do jogo pluralista entre as partes que se desenvolve na vida constitucional concreta. A dogmática constitucional deve ser como o líquido em que as substâncias vertidas – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, embora com certos movimentos de oscilação e, em qualquer caso, sem que jamais um componente isolado se sobreponha ou elimine os demais. Dado que não pode haver supremacia em uma síntese conceitual que fixe de uma vez por todas as relações entre as partes, degradando-as a simples elementos constitutivos de uma realidade conceitual que as englobe com absoluta fixidez, a formulação de uma dogmática rígida não pode ser o objetivo da ciência constitucional (ZAGREBELSKY, 1999, p. 17)[2].

A juridicização, no entanto, vai além e se espraia pelos diversos estamentos do direito. No plano infraconstitucional, a legalidade é flexibilizada; a lei formal cede espaços para regulamentos. A própria lei passa a permitir a degradação de seu grau hierárquico sendo regulada por simples regulamentos em um fenômeno que a doutrina chama de deslegalização (ARAGÃO, 2007, p. 43), presenciado no âmbito de atuação das agências reguladoras.

Os preceitos normativos produzidos no dia-a-dia pelo Legislativo e pelo Executivo remontam aos milhares, chegando mesmo a prejudicar o seu conhecimento e publicidade (GRAU, 2008, p. 107). O poder normativo alcança aos três poderes que compõem o Estado. Executivo e Judiciário emanam atos, que apesar de não portarem caráter legislativo, são dotados de normatividade. Enquanto o Executivo edita regulamentos, dentro de sua função regulamentar, o Judiciário, em função regimental, emana seus regimentos internos, todos regulamentos primários, em decorrência de poder derivado (GRAU, 2008, p. 248).

A juridicização enquanto fenômeno global assume características que lhes dão identidade própria em cada sociedade. Na Comunidade Europeia assiste-se a um adiantado estágio de influxo do direito comunitário sobre o direito nacional, com uma complexificação da normatização decorrente da celebração de tratados ou da edição de regulamentos e de

---

[2] Texto original: "A falta de una expresión mejor, he defendido en otro lugar la exigencia de uma dogmática jurídica 'líquida' o 'fluida' que pueda contener los elementos del derecho constitucional de neustra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necessariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarolla em la vida constitucional concreta. La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustâncias que se vierten - los conceptos - mantienen su individualidade y coexisten sin choques descructivos, aunque con ciertos movimentos de oscilación, y, em todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de uma realidade conceptual que las englobe com absoluta fijeza, la formulación de uma dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciência constitucional" (ZAGREBELSKY, 1999, p. 17).

diretivas comunitárias (CHEVALLIER, 2009, p. 175). Enquanto isso, a sociedade norte-americana, experimenta os custos de uma sociedade contenciosa, fruto de um direito eminentemente jurisprudencial, que requer que seus problemas sejam todos postos à solução pelo judiciário (CHEVALLIER, 2013, p. 1121). Parece, porém, prevalecer

Esse fenômeno vai, na atual quadratura em que passa o Brasil, assumido traços distintivos. Como se verá, o Judiciário, no exercício de sua função precípua, acaba, também, por meio da jurisprudência, a produzir normas dotadas de obrigatoriedade, abstração e generalidade, a exemplo das súmulas vinculantes (MANCUSO, 2010, p. 89) e, desde a vigência do CPC de 2015, também, dos novos institutos processuais e da sistemática de precedentes obrigatórios.

O juiz passa a se tornar a figura realizadora da democracia, pois, por meio da justiça, o cidadão teria meios "[...] de valer seus direitos e de interpelar os governantes; enquanto ela estava tradicionalmente a serviço do Príncipe, a justiça teria se tornado um 'terceiro poder'" (CHEVALLIER, 2013, p. 117). O respeito às normas constitucionais é assegurado pela intervenção do juiz que, para além de controlar a conformidade de atos e leis em face da Constituição, passa cada vez mais a interferir diretamente nas políticas públicas, saindo em garantia da entrega *prima facie* de direitos fundamentais (CANOTILHO, 1993, p. 526).

Prevalece uma perspectiva otimista de confiança de que a norma apresentará resposta para todos os males. A norma passa a se revestir de um caráter místico, sendo tomada como a própria realidade, capaz de fazer advir o conteúdo que enuncia (CHEVALLIER, 2013, p. 53).

Se, em um primeiro momento, porém, no paradigma liberal do Estado de Direito, fazia-se o culto à lei, vista como expressão da vontade geral; no novo Estado de Direito pós-moderno, porém, cultua-se a Constituição, pois "[...] é sempre garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana" (BONAVIDES, 2004, p. 424), ou como elucida Jacques Chevallier:

> O Estado de Direito implica uma confiança absoluta depositada no direito, a crença nas virtudes da dogmática jurídica para atingir os objetivos que se lhe atribui, em fazer prevalecer os valores aos quais se está vinculado: é pela transformação em direitos subjetivos que serão preservadas as liberdades individuais; é pela proclamação da soberania nacional que será garantido o princípio democrático; é pela afirmação da liberdade do comércio e da indústria que será protegida a sociedade civil contra os riscos da ingerência estatal (CHEVALLIER, 2013, p. 52).

A expansão da juridicização é retroalimentada, nesse contexto, pela impressão passada de que o sistema se reproduz e se reafirma de forma coesa. O Judiciário, funcionaria como um *locus* em que o cidadão pode se fazer ser ouvido a fim de ter seu direito assegurado, caso lhe restem infrutíferos os demais canais jurídicos de comunicação por meio da sociedade civil

(DIAS, 2003, p. 116). Isso porque, uma vez judicializada sua queixa, a relação passará a se desenvolver em conformidade com o devido processo legal, alçado ao patamar de direito fundamental, externado, no modelo democrático, pela sua faceta substancial (art. 5º, LIV, CR/1988).

A argumentação jurídica adquire importância destacada diante da legitimidade conferida pelo direito ao discurso, ao qual é assegurada coercibilidade pela aplicação jurisdicional. Torna-se, assim, interessante acorrer ao Judiciário, tendência que, pelas razões ora apresentadas, vem se confirmando em âmbito nacional.

Atravessa-se, assim, um momento em que se tem um congestionamento de normas, editadas às centenas todos os anos pelas três esferas federativas no Brasil, vigente em uma sociedade de alta litigiosidade, marcada pelo acúmulo de processos judiciais:

> O judiciário brasileiro passa, atualmente, por uma crise causada, principalmente, pela intensa e crescente conflituosidade social. Essa litigiosidade decorre, ainda, da massificação das relações sociais e, outrossim, da conscientização das pessoas sobre seus direitos (ZANFERDINI, 2016, p. 2).

Só entre os anos 2014 e de 2015 registrou-se a distribuição de 2 milhões de novas demandas, elevando o estoque total do Judiciário para 102 milhões de ações judiciais (BRASIL, 2016, p. 17).

Em reação ao prognóstico sugestionado pelos estudos estatísticos, que apontam para uma implacável escalada da litigiosidade, proveniente seja de causas individualizadas seja de pleitos em massa, o congresso nacional procedeu à uma profunda reestruturação da legislação processual por meio da Lei nº 13.105/2015. Por meio do novo Código de Processo Civil, pretensamente, se instituem meios mais aptos à gestão processual demandada.

O contexto pelo qual passava o processo civil brasileiro, que dispunha de um código editado na era da ditadura militar, retocado diversas vezes por leis editadas ao longo de mais de quarenta anos, demandava a edição de um novo corpo normativo mais coeso e coerente com o sistema constitucional vigente (FUX, 2009).

A oportunidade era adequada para se instituir novos instrumentos processuais condizentes com uma sociedade de alta litigiosidade, o que seria levado a efeito por meio de um sistema de precedentes com força obrigatória, aproximando-se o processo nacional do *stare decisis* do direito anglo-saxônico (MARINONI, 2010).

Determinados provimentos judiciais, formados na interpretação judicial da lei, impregnar-se-iam de força normativa. Todavia, questiona-se até que ponto a atuação do Estado-

juiz, em sua função precípua de julgar, se aparta de uma genealogia política inerente à formação de normas gerais e abstratas que passa a produzir.

3 MECANISMOS DE CONTROLE DA ALTA LITIGIOSIDADE NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA – FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES OBNRIGATÓRIOS

A saída adotada pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015 em resposta ao problema foi a de aumentar a carga normativa dos precedentes jurisprudenciais, atribuindo-se às diversas espécies de julgados pesos diferenciados[3]. Com esses passos, ratifica-se uma tendência que, como e verá, vem se afirmando desde o final do século XX no direito processual nacional.

A atribuição de força normativa aos precedentes judiciais constitui uma notória resposta ao acúmulo de processos no Judiciário. Aqueles que experimentem circunstâncias jurídicas análogas segundo o julgador tenderão a receber o mesmo tratamento, possibilitando, assim, a prolação de sentenças de massa para casos de massa. A jurisprudência se equaliza por meio de um precedente vertical, que funciona como provimento judicial único à cognição de direito para todos os casos que estejam simultaneamente em trâmite, além de predeterminar o julgamento dos futuramente ajuizados.

A nova codificação processual reafirma a vocação de um modelo sincrético resultante da convergência entre a sistemática de *civil law*, tradição com gênese no direito romano-germânico, e a de *common law*, professada pelos países de cultura jurídica anglo-saxônica. A adoção de instrumentos da família da *common law*, a propósito, restou expressamente declarada na exposição de motivos do referido Projeto de Lei (FUX, 2009).

A consolidação desse modelo sincrético não é um acontecimento limitado ao Brasil. Ao contrário, se insere no movimento global de juridicização acima aludido. Os influxos de um sistema sobre o outro é parte de uma tendência mundial estudada pelo direito comparado a partir das diferentes perspectivas do fenômeno[4].

---

[3] É possível atribuir pesos argumentativos diferenciados para os precedentes judiciais a considerar uma gradação desde os precedentes vinculantes num sentido forte até os precedentes vinculantes em sentido fraco, portador de carga puramente persuasiva (BUSTAMANTE, 2012).

[4] Remete-se à leitura dos trabalhos indicados por Humberto Theodoro (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 37): GAMBARO, Antonio. Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto. In: CARPI, Federico. Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law. Milão: Giuffrè, 2009; cf. DAMAŠKA, Mirjan. The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. In: Carpi, Federico. The Future of Categories. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009. p. 1-13; PICKER, Colin B. International

Tomando-se um horizonte mais amplo, é possível encontrar nesse movimento de convergência de sistemas jurídicos origens mais remotas, que se ligam à própria concepção de Estado. A doutrina aponta um entretecimento progressivo dos atributos do Estado de Direito com os do modelo do *Rule of Law* britânico. O produto disso seria uma concepção de Estado sincrética, que aproximaria os dois padrões, reduzindo-se as diferenças entre eles. Como demonstra Jacques Chevallier:

> Tudo mudou depois dos anos oitenta: não somente o Estado de Direito deixou o terreno árido da dogmática jurídica, transformando-se em figura imposta ao discurso político, mas também em se universalizando, ganhando, progressivamente, não apenas os países de tradição anglossaxônica como também os de Leste e do Sul; todo Estado que se respeite é doravante obrigado a se apresentar sob o aspecto futurista, de se ornar com as cores cambiantes de Estado de Direito, que se tornou um verdadeiro modelo internacional, ao qual os Estados são obrigados a se conformar. Testemunha-o uma série de Constituições recentes, o Estado de Direito tornou-se uma referência incontornável, um dos atributos substanciais da organização política, ao mesmo nível da democracia, vcom a qual ele estabelece relações complexas. O Estado de Direito, dessa forma, perdeu a significação estreita que desde há muito tempo mantinha: os traços de sua genealogia tendem a se apagar, como demonstra o amálgama progressivo com a teoria da *Rule of Law*, no quadro de um 'modelo sincrético' (D. Mockle, 1994); posta *sob marca de universal*, o Estado de Direito ultrapassa e transcende as traduções particulares que lhes são dadas (CHEVALLIER, 2013, p. 10).

Assim é que, voltando-se à perspectiva do direito processual, enquanto no Brasil se observa uma orientação no sentido de se fortalecer a força persuasiva ou vinculante dos julgados, em movimento de contrafluxo, nos países de tradição anglo-saxônica verificam-se incursões no direito romano-germânico. Exemplo marcante disso são as Regras de Processo Civil editadas pela Inglaterra em 1998, as quais conferem aos juízes amplos poderes conduzir o procedimento das ações civis, em especial as que tenham importante repercussão (ANDREWS, 2012). As tradições, portanto, tendem a se reunir em modelos sincréticos; aproxima-se uma tradição jurídica a partir de outra.

A análise das modificações produzidas no processo civil após a promulgação da Constituição de 1988 revela uma escalada na produção de textos legais que visam a interferir em maior ou menor grau na força normativa aos precedentes, atribuindo às decisões proferidas pelos órgãos julgadores o poder de vincular as decisões dos juízes em posição hierarquicamente inferior. Estudar esse histórico das leis é estudar o iter percorrido para o estabelecimento do *stare decisis* brasileiro, tal como já chamado pela doutrina (DONIZETTI, 2016, p. 1635).

Law's Mixed Heritage: a Common/Civil Law Jurisdiction. In: CARPI, Federico. The Future of Categories. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009; NUNES, Dierle. O Brasil entre o civil law e o common law: a tendência de padronização decisória (uso de precedentes) – Iter mínimo para sua aplicação. Rivista Diritto & Diritti, 07.07.2011. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/31927- o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a-tend-ncia-de-padroniza-o-decis-ria-uso- deprecedentes-iter-m-nimo-para-sua-aplica-o?page=1#>

Durante a vigência do CPC de 1973, destacam-se três momentos dignos de nota desse percurso. Em primeiro lugar, as sucessivas mudanças na sistemática de admissão de recursos; segundo, o surgimento das súmulas vinculantes e, por fim, a criação de um modelo de julgamento de recursos repetitivos.

Menos de dois anos após a inauguração da Constituição de 1988, veio a lume a Lei nº 8.038/1990, que dispõe sobre o processo nos tribunais superiores. A redação do art. 38, ora revogada pelas disposições transitórias do CPC de 2015, permitia que, monocraticamente, o ministro relator do Supremo Tribunal Federal – STF ou do Superior Tribunal de Justiça – STJ negasse seguimento a recurso " [...] que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal".

O dispositivo teve boa adesão pelas cortes superiores, sendo posteriormente transposto para a prática dos tribunais por meio da Lei nº 9.139/1995, que alterou a redação do art. 557 do CPC de 1973. A partir de então, o controle de admissibilidade de recursos pelos tribunais poderia adotar, diretamente, como fundamento de justificação o enunciado de uma súmula ou mesmo, após alteração da Lei nº 9.756/1998, a "jurisprudência dominante" do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores, ainda que não se tenha esclarecido exatamente o que se qualificaria como tal.

Modificações posteriores no CPC de 1973 viriam a inserir regras de semelhante teor para, com base no direito sumular ou jurisprudencial, obstar a remessa necessária (art. 475, §2º, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001) e negar o recebimento do recurso de apelação em primeiro grau (art. 518, §1º, introduzido pela Lei nº 11.276/2006).

Uma outra inovação de maior destaque no movimento de normatização dos precedentes sobreveio com a reforma levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Desde então, o STF passa a exercer o papel de editar súmulas que, produzidas sob o rito qualificado da Lei nº 11.417/2006, mediante a aprovação por pelo menos 2/3 do plenário, se revestem de eficácia vinculante não apenas para os demais órgãos do Poder Judiciário, mas também para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A, CR/1988).

A prática iniciada com súmulas de caráter persuasivo ainda na década de 1960 (MELO, 2007), portanto, ganha natureza vinculante a obrigar aos demais órgãos julgadores e à

Administração Pública. A sistemática teve forte adesão pelo STF, que vem utilizando da prerrogativa para promover a conversão de súmulas ordinárias em súmulas vinculantes[5].

Uma derradeira reforma operada no CPC de 1973 nessa matéria diz respeito à criação do sistema de resolução de recursos repetitivos. As Leis nº 11.418/2006 e nº 11.672/2006 introduzem os arts. 543-B e 543-C, a partir dos quais se institui a técnica de julgamento por meio de casos pilotos ou por amostragem. A litigiosidade de massa passa a ser retribuída agora com um sistema que ataca especialmente o acúmulo de demandas seriadas. Sobrestam-se todos os casos com a mesma matéria de direito em cada um dos tribunais para que, ao final, o resultado do julgamento dos recursos representativos lhes sejam aplicados.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, os institutos que atribuíam força normativa à jurisprudência foram revisitados e refinados. Cumpre agora ao relator o dever de, monocraticamente, nos termos do art. 932, IV e V, negar ou dar provimento a recurso contrário a (a) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; (b) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos[6] ou (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR ou em incidente assunção de competência – IAC.

Também para o julgador de primeiro grau, institui-se o dever aplicar a jurisprudência. A teor do art. 332, nas causas que prescindam da fase instrutória, caberá ao juiz proceder ao julgamento *prima facie* do pedido, dispensando-se a citação, sempre que ele contrariar os mesmos precedentes já vistos no parágrafo anterior.

Diz-se que se trata de um dever por conta da inovação levada a efeito pelo art. 927. A redação do dispositivo estipula que "os juízes e os tribunais observarão", para além das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados de súmulas vinculantes (incisos I e II), justamente as súmulas do STF e do STJ (inciso IV); os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos e, também, os prolatados em IRDR ou em IAC (inciso III). Por fim, a regra do caput ainda se estende à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais o tribunal estiver vinculado (inciso V).

A nova codificação, portanto, cria para o julgador diretrizes a serem seguidas em sua atividade judicante. O ônus de fundamentação da decisão judicial passa a ser um exercício de interpretação analítica da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, aplicando-os ou afastando-os de forma motivada no caso concreto.

---

[5] É, assim, sintomático, por exemplo, o edital de proposta de súmula vinculante nº 70 publicado pelo STF no dia 24 de abril de 2012, que visou conversão em vinculantes 22 súmulas ordinárias (BRASIL, 2012), em sua maioria aprovada, assim, revestida de efeito normativo forte.

[6] A hipótese veio substituir a aberta expressão "jurisprudência dominante", preferindo-se utilizar-se das decisões proferidas em julgamento dos recursos repetitivos por carregarem teor mais objetivo (WAMBIER, 2015, p. 2029)

Apesar de haver orientação dissonante (CÂMARA, 2016, p. 454), a doutrina dominante[7] é sentido de que o rol do art. 927 é integralmente vinculante (NEVES, 2016; THEODORO, 2016; WAMBIER, 2015). Isso sem mencionar opinião de que as razões de decidir de todo e qualquer julgado proferido em recurso extraordinário tem, por via da teoria dos motivos determinantes, eficácia vinculante para obrigar juízes e tribunais (MARINONI, 2010).

Com efeito, toda e qualquer decisão judicial, ainda que restrita à força argumentativa, constitui-se em um precedente, sobretudo porque vigoram o necessário respeito ao contraditório (art. 10) e o dever de fundamentação (art. 489, §1º) para quaisquer provimentos, o que os compatibiliza com o paradigma democrático constitucional na medida em que atendam aos critérios de motivação. Tais requisitos vigoram para todas e quaisquer decisões judiciais, ainda que venha o §1º do art. 927 a repetir tais exigências especialmente para aplicação dos precedentes vinculantes, o que se trata, portanto, de uma repetição meramente pedagógica.

Nada impede, porém, que se atribuam pesos distintos a diferentes espécies de precedentes judiciais (BUSTAMANTE, 2012). A ideia que permeia essa concepção é a de que um procedente pode ter desde uma força vinculante forte, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade pelo STF *principaler tantum* (art. 102, §2º, CR/1988), passando por diferentes níveis, até uma força vinculante fraca, como os *obiter dicta*.

Merece destaque, porém, o fato de que o art. 927 torna de observância obrigatória não só os precedentes das cortes superiores, mas também os acórdãos dos demais tribunais proferidos em sede de IRDR (art. 976) e IAC (art. 947). A novidade é introduzida no ordenamento jurídico já com eficácia vertical, ou seja, decisões desse gênero não simplesmente obstam, por exemplo, o seguimento de apelação ou remessa necessária, mas, sim, impõem que sua tese de direito seja aplicada diretamente pelo julgador em primeiro grau (art. 985), sob pena de ser atacada por reclamação (§1º do art. 985).

O mecanismo do IRDR, apesar de não encontrar um correspondente direto no CPC de 1973, não é novidade no continente europeu, tendo inspiração no direito tedesco (CABRAL, 2007). Com as suas adaptações, visa a conter a multiplicação de casos que tratem da mesma matéria de direito enquanto a questão ainda estiver limitada à jurisdição de dado tribunal, com vistas a se assegurar isonomia e segurança jurídica (art. 976, II).

---

[7] Nesse sentido é o enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: "as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos" (VITÓRIA, 2015, p. 30).

Com efeito, se se resolve a questão de direito por meio de um único incidente no tribunal, todos os casos terão o mesmo desfecho. Isso tudo com inquestionável economia processual para o respectivo tribunal e, também, para os tribunais superiores que apreciarão a matéria carreada em apenas um recurso. Observe-se que, a partir de um único julgamento, está formado o precedente do IRDR; a jurisprudência tem como marco zero do IRDR, já passando aí a haurir efeitos vinculantes.

Esse desígnio é ainda mais evidente no IAC. O incidente visa, de forma preventiva (MARINONI, 2015), a estabilizar uma tese jurídica sobre determinada questão de direito com grande repercussão social, sem repetição de múltiplos processos (art. 947). Aqui, há exigência de que a discussão ainda esteja em um estágio incipiente, pois " [..] por força da expressão 'sem repetição em múltiplos processos', não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos, segundo prescreve o Enunciado nº 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC (VITÓRIA, 2015, p. 49).

Assim como no IRDR, o tribunal formará um precedente com força normativa, que vinculará os magistrados pertencentes aos seus quadros. Apesar de no IAC exigir-se a existência de uma questão sobre a qual versem poucos feitos, não se pode negar que o tema, necessariamente provido de grande repercussão social, formará um *standard* decisório para casos futuros. Questões de direito que desembocam em contencioso de massa pressupõem a existência de repercussão social, já que são aquelas que "[...] ultrapassam o interesse individual das partes" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 2345).

A diferença maior entre os incidentes, portanto, reside no fato de que, no IAC a jurisprudência é peremptória, não se aguarda que se instale um panorama de litigiosidade, mas se produz um precedente que evita que isso venha a se tornar uma realidade.

Esse rumo que vem seguindo o processo civil brasileiro vai conferindo cada vez mais os contornos de um modelo sincrético próprio entre *civil law* e *common law*. A força dos precedentes é traduzida com uma identidade própria no direito nacional, se manifestando em diversos mecanismos formulados adrede para atender a uma cultura demandista e à massificação de feitos no judiciário.

A juridicização das relações sociais, que na experiência nacional, como já explicitado, tem, como um de seus efeitos mais notáveis, impelir ao ingresso no Judiciário, fomentando um modelo de alta litigiosidade, acaba por produzir meios para gerir os efeitos dela mesmo resultantes, conferindo-lhe maior governabilidade e previsibilidade. O movimento, assim, se reinventa criando novos mecanismos para se reafirmar, fazendo-o notadamente a partir do fortalecimento da jurisprudência enquanto fonte do direito.

4 GENEALOGIA POLÍTICA DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

Até este ponto, realizou-se um estudo sobre o percurso realizado na implementação do sistema de precedentes brasileiro, desde suas causas, primeiros regramentos, até a consolidação de um paradigma que atribui crescente força normativa à jurisprudência, revestindo-a de obrigatoriedade, generalidade e abstração.

Impende, a partir de então, considerar esse crescente poder normativo do Judiciário diante de suas intersecções com a política. A propósito, a produção do direito, seja ou não de origem pretoriana, jamais se faz desacompanhada de sua genealogia política (BÖCKENFÖRDE *apud* CHEVALLIER, 2013, p. 122). Como bem anota Jacques Chevallier:

> O culto ao direito se traduz concretamente no discurso do Estado de Direito pelo corte estabelecido entre o campo do direito e o campo da política. Desse corte depende a sacralização direito: tudo se passa como se a norma jurídica não pudesse cumprir a função simbólica que lhe é assinalada, à condição de que sejam transcendidos seus modos de elaboração, ocultadas as condições de uma produção, apagados os vestígios de sua genealogia política; então ela já não aparece como o produto contingente de uma relação circunstancial das forças e sim ornada com os atributos da necessidade e da incontestabilidade (CHEVALLIER, 2013, p. 54).

A observação acima serve para que não se olvide que direito e política não são mundos estanques. O julgador, a todo momento, é instado a se manifestar sobre casos difíceis, em que dada ação judicial não encontra resposta em uma regra clara de direito, estabelecida de antemão pelo legislador ou mesmo já articulada na jurisprudência.

A atividade jurisdicional importa, mediante uma atividade interpretativa, em aplicar o direito criado por outras instituições. Todavia, para os casos difíceis, não pode o juiz deixar de julgar ante a inexistência de regra prévia. Com isso, o Judiciário acaba tendo que criar o direito para o caso (DWORKIN, 2002, p. 128).

Essa atividade, a princípio, não é um exercício legislativo por delegação. A atividade jurisdicional e a legiferante não se confundem, devendo o julgador orientar suas decisões por argumentos de princípio, que respeitam ou garantem o direito de um indivíduo ou de um grupo, enquanto ao legislador seria lícito valer-se se argumentos de política, a fomentar ou proteger algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.

Trata-se, mais precisamente, de uma atividade hermenêutica de encontrar o direito, realizando, para tanto, uma interpretação reconstrutiva da história institucional de determinada sociedade. “Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles

se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe" (DWORKIN, 2002, p. 136).

Dworkin frisa, assim, a importância da política na interpretação direito, compreendido como fenômeno de integração social. "Uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve" (DWORKIN, 2001, p. 239).

Essa mesma metodologia é igualmente encontrada na aplicação de diplomas legais estruturados com cláusulas gerais e conceitos indeterminados (GONÇALVES, 2016, p. 40). Tais normas surgem da constatação de que a lei é vocacionada a regular situações futuras e que, por isso, enfrenta incessante desafio contra a obsolescência que uma sociedade em permanente mutação sobre ela faz pairar.

No ato de interpretação da cláusula geral no caso levado à apreciação, o juiz confere os contornos da norma, pois " [...]a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos; semelhantes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável" (CANARIS, 1989, p. 44).

Isso leva a parte da doutrina a enxergar o Estado-juiz, nesse exercício de concretização, como função estatal imbuída de parcela de seu poder legiferante, assim pontuado por Luiz Werneck Vianna:

> O legislador, incapaz de antecipar os resultados de processos ainda em curso, mas sobre os quais é dever impor sua regulação, produz leis de caráter temporário e com cláusulas abertas. Nessas condições, confia-se ao Judiciário o papel de "legislador implícito", uma vez que a ele, diante do caso concreto, cabe completar o sentido da lei. (VIANNA, 1999, p. 211).

Para além dessa abordagem hermenêutica, cumpre observar que a política intersecta a atividade jurisdicional sob diversas perspectivas práticas. Voltando-se para o Brasil, a política vem progressivamente se tornando diretamente o objeto de tratamento da atividade jurisdicional.

Impera a já aludida perspectiva substancialista do Estado Democrático de Direito, a qual impele o Poder Judiciário a sair de uma postura passiva e transcender as funções de checks and balances (STRECK, 2003, p. 25). Compete ao julgador atuar em defesa dos valores constitucionais, resguardando-lhes a precedência para infirmar textos legais aprovados pela maioria parlamentar ou mesmo para suprir a falta de diploma normativo a conferir-lhes concreção.

Porém, não só por esse controle de constitucionalidade se faz esse movimento rumo a judicialização da política. No paradigma constitucional democrático, desenvolvem-se novos meios jurídicos a tal fim, a exemplo do mandado de injunção e da ação civil pública. O estatuto do Ministério Público (art. 129, II, CRFB) e da Defensoria Pública (art. 134, CRFB), por sua vez, os legitimam a instaurar procedimentos em defesa desses direitos individual ou coletivamente.

É, assim, que, somente na última década, se assistiu a crescente intervenção judicial nas políticas públicas. Exemplo disso é o paradigmático julgamento da STA-AGR nº 173/CE, cujo voto de lavra do Min. Gilmar Mendes negou o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado no STF pela União, confirmando-se assim a decisão que ordenou o ente federado ao fornecimento de medicamento de forma individualizada a uma jovem portadora da doença Niemann-Pick Tipo C.

Ao desempenhar o papel democrático de dizer o direito, o julgador, assim, se investe no papel de guardião dos direitos fundamentais, muitas vezes, num exercício contramajoritário, exercendo esse mister, pretensamente, de forma livre de quaisquer pressões, tais como as sofridas pelo legislador.

A interferência do Judiciário na política, porém, não é isenta de críticas. Contrapõe-se ao substancialismo a corrente do procedimentalismo que tem entre seus nomes autores como Habermas (2003) e Garapon (1996).

Em linhas gerais, o modelo constitucional idealizado por Habermas se limitaria a procedimentos que assegurariam a formação democrática da opinião e da vontade, o que exigiria uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos" (STRECK, 2003, p. 8). Nessa perspectiva, não haveria espaço para decisões fundas em valores compartilhados ou conteúdos substantivos, já que "[...] a legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais [...]" (HABERMAS, 2003, p. 215).

Antoine Garapon, por sua vez, apresenta uma forte crítica à irrupção do Judiciário na nossa sociedade contemporânea. Para o autor, a atuação do juiz se dá de forma emancipada da autoridade do soberano e, nesse contexto, gozaria de uma total irresponsabilidade política, alheio às restrições econômicas ou de política internacional (GARAPON, 1996, p. 73).

Refletindo sobre essa censura, percebe-se que ela não é infundada. Se se realiza a implementação judicial de uma política pública como microjustiça, por exemplo, para

atendimento de uma pessoa necessitada de medicamentos especiais, em contrapartida, pode dar-se uma desorganização dos serviços no plano macro, considerando o sistema de saúde como um todo, suas filas de atendimento de pacientes ordenadas por grau de gravidade.

O cenário que vem se descortinando, em que os tribunais atuam em papel substancialista, protagonista da implementação dos direitos fundamentais, evidenciam os traços característicos próprios dessa sociedade contenciosa, fiada em uma fetichização do direito.

Verifica um contexto de notável expansão do papel normativo do Judiciário, ao final de um ciclo iniciado pela Lei nº 8.038/1990, posteriormente desenvolvido, entre outras, pelas reformas operadas pelas Leis nº 9.139/1995 e nº 9.756/1998 e, então, rematado pelo CPC de 2015. Nesse processo de constante reafirmação do papel dos juízes de produzirem direito a partir de precedentes judicias, ganha renovado destaque a lição de Chevallier no sentido de que "[...] o Estado de Direito não repousa sobre a disjunção entre direito e Estado". Como bem anota, a crença incondicionada no direito alimenta " [...] a ideia de um 'direito sem Estado', ela mesma ilusória, chegando a fazer do sistema jurídico uma realidade autônoma, esquecendo o laço orgânico que une o juiz ao Estado" (CHEVALLIER, 2103, p. 122).

Assim, a norma jurídica produzida em meio a essa perspectiva de cisão entre os campos do direito e o da política, que exalta o poder enunciativo da norma, ainda que calcada diretamente na função de garantia de direitos fundamentais, acaba por ter apagada sua genealogia política, apresentando-se incontestável na medida em que recoberta por um discurso jurídico legitimador. No entanto,

> O juiz, na produção das normas, tende a minar as suas fundações (na medida em que elas são sobretudo de origem pretoriana, os direitos fundamentais podem também aparecer como 'os coveiros do constitucionalismo'). Por conseguinte, é melhor não emprestar ao direito, maiores virtudes das que ele tem (CHEVALLIER, 2003, p. 122).

Cabe, portanto, proceder a uma tomada de consciência dos limites do direito, sobretudo aquele que é ditado pelo Estado-juiz, pois não se pode devidamente compreender dada norma jurídica de forma desprendida de seu substrato político e das relações de força subjacentes. O alerta serve para ao atual quadro em que se assiste ao crescente papel normativo dos precedentes judiciais, tal como desenvolvido ao longo desta exposição; a política não se dissocia da atividade jurisdicional, seja na formação de seus precedentes obrigatórios, seja ao intervir diretamente na sua execução.

5 CONCLUSÕES

A produção do direito realizada pelos tribunais, sistematizada hoje de forma consolidada pelo CPC de 2015, levada a efeito por meio de precedentes normativos, que fixam uma tese jurídica a ser aplicada a todos os casos em curso e a serem ajuizados, vem atender aos anseios de uma sociedade marcada por uma alta litigiosidade, municiando-a de um modelo processual que possa gerir a massificação das demandas com isonomia e segurança jurídica.

É possível atribuir como uma das principais causas da prevalência dessa cultura demandista a conservação de um firme movimento de juridicização, alentado por uma renitente crença no mito do direito. Toma-se a norma pela própria realidade, portadora de pleno poder de manifestar o que enuncia. A mística que envolve a norma jurídica faz com que ela vá além de um mero artifício, para se tornar dotada de coerção efetiva, apta a fazer prevalecer seus valores.

O movimento de diástole da juridicização, tendente a totalizar as relações sociais, acaba, portanto, por produzir externalidades, em especial, o congestionamento vivenciado pelo Judiciário. Em respostas a tais problemas, produzem-se novas leis, contingenciando esses efeitos com a reedição de e uma nova normatização processual.

Esse paradigma pressupõe uma ótica de ruptura entre os campos do direito e da política. Uma percepção soberana do direito acaba por ofuscar a genealogia política da norma jurídica, mesmo a produzida pelos tribunais, devidamente revestida de discursividade. Nessa lógica, o discurso jurídico serve para revestir a norma de legitimidade, vindo, assim, a lume depurada de toda a dimensão política.

Todavia, como verificado, as motivações do direito pretoriano não são infensas à política. Pelo o contrário, frequentemente, os argumentos de política permeiam a hermenêutica jurídica, não raro se servido razões fundadas em normas principiológicas na aplicação do direito.

Cumpre à sociedade de intérpretes do direito cuidar para que a gênese política decisões normativas produzidas pelos juízes não passe, assim, ao largo, a fim de que a construção da jurisprudência, legitimada pela discursividade jurídica, não venha ela própria a se formar em desrespeito aos direitos fundamentais.

Portanto, considerada a marcha de juridicização no direito nacional, com a crescente reafirmação da aptidão do Judiciário para a produção de decisões normativas, verdadeiras normas dotadas de generalidade e abstração, movimento que tem seu horizonte largamente ampliado pelo Código de Processo Civil de 2015, deve-se conscientizar para que, no exercício da defesa dos direitos fundamentais, não acabem eles mesmos, ironicamente, sendo colocados em xeque.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do et al (Coord). **Quantidade de normas editadas no Brasil**: 25 anos da Constituição Federal de 1988. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, 2013. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaCFIBPT.p df>. Acesso em: 11 mai. 2017.

ANDREWS, Neil. **O Moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Brasília, CNJ, 2004, anual. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA-AGR 175/CE**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17/03/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHEVALLIER, Jacques**. O Estado de direito**. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques**. O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno:** novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FUX, Luiz. [Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.379/2009] [et.al.]. **Anteprojeto no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 mai. 2017.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 1.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**. Palestra proferida em 31 mai. 2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf> Acesso em: 11 mai. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no brasil. *In*: **Novos Estudos Jurídicos** [Recurso eletrônico on-line] v. 8, n. 2; Itajaí-SC: Fundação Universidade do Vale do Itajaí, 2003. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em: 11 mai. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política. Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães e Heloísa Starling (Org.) **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1 ed. 2013, p.211.

VITÓRIA. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa. Sociedade litigiosa: buscando soluções inconvencionais para resolver conflitos massificados. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, n. 22, p. 292-308, 2016. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/295/326>. Acesso em: 11 mai. 2017.