Revista

OAB SERGIPE | ESA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

DEZEMBRO 2016 | NÚMERO 1 | SERGIPE

8 ARTIGOS

Novo Código de Processo Civil e a prática advocatícia e os efeitos do Novo CPC na sociedade e na democracia brasileira

Artigos Inéditos

8 artigos selecionados

Um espaço de discussão sobre a prática da advocacia e seus efeitos na ciência e na sociedade civil organizada

Artigos

Relação dos artigos publicados

1 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO COMO FASE PRELIMINAR DO PROCESSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2 A JURISPRUDÊNCIA, O PRECEDENTE JUDICIAL E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

3 PRECEDENTES E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA: ESTUDO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DISTINGUISHING NO PRIMEIRO E NO SEGUNDO GRAU

4 A JURISTOCRACIA E A RECUSA NA APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

5 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

6 O ENFRENTAMENTO PELO JULGADOR DO TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO: DEVER OU FACULDADE? UM OLHAR SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

7 O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO COROLÁRIO DA BUSCA PELA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

8 AS AÇÕES DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Revista Eletrônica da Escola Superior de Advocacia de Sergipe é lançada

A primeira edição da Revista da ESA Sergipe, conta com oito artigos que tratam de temas diversos na esfera do novo Código de Processo Civil. Este foi o ano do novo CPC, então não poderíamos deixar de contemplar esse tema neste que é o primeiro volume da nossa revista eletrônica. O objetivo da ESA é fazer com que as publicações ocorram ao menos uma vez por semestre. É muito gratificante notar que a advocacia sergipana está dedicada à produção acadêmica e este será um importante canal para a propagação dessas ideias.

Além de travar esse debate sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que neste ano foi um grande marco para a advocacia nacional, nosso objetivo é mostrar aos advogados, advogadas e estudantes, o quanto que o Novo CPC é um leque de possibilidades que se abre no âmbito profissional.

Diretor da ESA, Kleidson Nascimento

A publicação é considerada um marco na história da instituição que atua no aprimoramento e qualificação de advogados, estudantes de Direito e outros profissionais através de cursos presenciais e telepresenciais com especialistas de renome nacional.

A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO COMO FASE PRELIMINAR DO PROCESSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paulo Henrique Jacinto De Sousa

1 INTRODUÇÃO

Ao decorrer dos anos, a conciliação e a mediação têm sido de suma importância para solução ágil e pacifica dos litígios, quer na esfera judicial ou extrajudicial. Desde o antigo Código de Processo Civil havia conciliação nas ações de procedimento sumário incidente no procedimento preliminar à apresentação da defesa, consoante artigo 275, incisos I e II, e também no procedimento ordinário, após escoamento do prazo de defesa, por determinação do magistrado.

Antigamente a pratica de conciliar em audiência era pouco e mal utilizada pelos magistrados, servidores e pelas próprias partes. Visando a mudança de todo este cenário, o Conselho Nacional de Justiça, a partir de sua Resolução nº 125, deu um importante passo no intuito de estimular a mediação e a conciliação ao criar a Politica Jurídica Nacional de tratamento aos conflitos, ao passo que os órgãos dos judiciários ficariam incumbidos a oferecer mecanismos de solucionar as controvérsias, em especial pelos meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação.

A ideia da Resolução nº 125 do CNJ foi absorvida pelo anteprojeto 166/2010, que tratava do novo Código de Processo Civil, aprovado pelas duas casas e em vigor desde 18 de março de 2016. O novo CPC impulsionou os anseios do CNJ trazendo a mediação e a conciliação como uma de suas principais inovações, vindo este novo instituto para se firmar como um dos instrumentos mais eficazes para rápida solução dos litígios.

Essa inovação é tão importante que a realização da audiência é regra, admitindo-se apenas duas exceções: se os direitos envolvidos não admitirem composição ou se, tendo o autor já manifestado desinteresse na inicial, o réu, até dez dias antes da audiência, igualmente expressar que não pretende conciliar. É o que dispõem os incisos I e II do § 4º do artigo 334, CPC/2015.

Desta forma, o objetivo deste artigo é discutir e ampliar as discursões incrementadas pelas novas mudanças instituídas pelo novo Código de Processo Civil, objetivamente quanto a instituição das audiências de conciliação e mediação, veremos se isso será suficiente para superar a cultura de litígio do judiciário brasileiro que assombra a sociedade brasileira, e se de fato tais inovações surtirão os efeitos desejados.

2 CONCILIAÇÃO

2.1 ORIGEM

Antes mesmo de chegar ao Brasil, a conciliação já era prevista desde os tempos antigos, quando a sociedade entrava em acordo informal para resolução de problemas cotidianos. Esse instituto já era bastante difundido e praticado em países como França, Estados Unidos, Portugal e Japão, cujos resultados têm sido bastante eficazes.

No Brasil, a conciliação remonta-se à época imperial, precisamente nas Ordenações Manuelinas (1514) e Filipinas (1603) que trazia em seu livro III, título XX, § 1º, o seguinte preceito: "E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. [...]." (ALVES, 2008: p. 3).

Porém, o importante marco histórico brasileiro para o instituto da conciliação foi a vinda da constituição de 1924, ganhando status constitucional, trazendo em seu artigo 161: "Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começará processo algum". (VIEIRA, s/d: p. 2).

Em 1943 entrou em vigor a Consolidação das Leis Trabalhistas prevendo, no artigo 764 e parágrafos, a necessidade de buscar, nos litígios individuais e coletivos do trabalho, a conciliação entre as partes deixando a decisão do Juízo somente para o caso de não haver acordo (art. 831). Neste caso é bom registrar que, mesmo após a instrução do processo, o Juiz deve renovar a proposta de conciliação antes de proferir a decisão (art. 850).

Já em 1973, com o estabelecimento do Código de Processo Civil revolucionário, a conciliação entrou em vigor com grande espaço nos seguintes dispositivos:

> a) Artigo 125, inciso IV, deixa claro que compete ao Juiz "Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes", primando assim, pela rápida solução do litígio, conforme preceitua o inciso II do mesmo artigo em discussão, dando ao Juiz a oportunidade de buscar a resolução da lide logo no começo ou em qualquer fase do processo;
> b) Artigo 277 (capitulo III – Do Procedimento Sumário) aduz que, "O Juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias [...]. § 1. A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador";
> c) Artigo 331 (capitulo V – Do Julgamento Conforme o Estado do Processo – Seção III – Da Audiência Preliminar) prevê que "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias [...]. § 1 obtida à conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença";
> d) Artigo 448 (capitulo VII – Da Audiência – Seção II – Da Conciliação) também dispõe que "antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a

> acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo". Isso para as causas que versarem sobre direitos patrimoniais privados e para as causas de família em que admitam transação.

Com o advento da constituição de 1988, também se priorizou, dentre seus preceitos fundamentais, a implementação de alternativas adequadas e céleres para resolução de conflitos (art. 3º, inciso I, e art. 5, LXXVIII).

Neste cenário ainda surgiria diversas leis importantes, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais, Lei de Arbitragem e o Código Civil de 2002.

Em meados de 2006, a conciliação ganhou grande impulsão com o movimento realizado pelo CNJ através da campanha "Movimento pela conciliação" que vem, desde aquele período, junto com os órgãos do judiciário, ministério público, Ordem dos Advogados do Brasil, universidades públicas e particulares e outras entidades, promovendo campanhas anuais em favor da utilização desse instituto na solução de litígios.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça lançou a Resolução n. 125, regulamentando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, sedimentando e apoiando a prática da conciliação e mediação por reconhecê-los como verdadeiros instrumentos de pacificação social.

Esta resolução foi criada e serviu de alicerce para o projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8046/10) que traz no Capítulo III, Seção V, artigos 134 a 144, todos os procedimentos legais para a escolha e o desenvolver dos trabalhos dos conciliadores e mediadores judiciais reforçando a relevância desses institutos e que essa mudança veio para ficar, tendo em vista que ira se tornar a nova realidade jurídica e a composição virará regra e não exceção.

Tendo em vista o exposto, verificamos que a conciliação é algo antigo, vinha sendo utilizada de outras formas e em certas épocas históricas fora esquecida, e que hoje com o novo código vem à tona com todas as vantagens e impacto de mudança que se espera tanto no judiciário como para os advogados e partes, reforçando que a implementação da resolução do CNJ foi o primeiro passo para o que queremos no atual cenário jurídico.

2.2 CONCEITO

A conciliação é o ato de duas ou mais pessoas, em litígio sobre certo negocio jurídico, resolverem amigavelmente a controvérsia. O CNJ entende que a conciliação é um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa a função de aproximá-las e de orientá-las na composição de um acordo.

Importante, primordialmente, fazer a diferenciação entre conciliação, mediação e arbitragem. A mediação é nada mais que todo ato de intervenção de um terceiro em negocio ou

contrato que se realiza entre as partes. Logo, reconcilia as partes interessadas a fim de que realizem o negocio jurídico pacificamente. Na mediação ocorre sempre a voluntariedade, a eleição do mediador, a cooperação entre as partes, conhecimento específico do mediador, reuniões previamente designadas pelas partes, informalidade, acordo mútuo e ausência de receio ou motivo para ganhar ou perder a ação.

A mediação pode ser de dois tipos: ativa, quando o mediador intervém entre as partes no objetivo de apresentar soluções alternativas para a resolução do processo ou conflito e passiva, quando ouve os interessados agindo como um negociador no processo a fim de que as partes obtenham uma solução favorável para todos os interessados no conflito, sendo esse o norte do novo Código de Processo Civil já em vigor.

Já a arbitragem é vista como um meio hábil para finalização de conflitos, neste instituto, o judiciário não é provocado tendo em vista que as ações são julgadas por juízes arbitrais que são definidos pelas partes do processo e os mesmos devem resolver os conflitos através de uma sentença arbitral que surte o mesmo efeito que as sentenças prolatadas pelos juízes togados, nesse tipo de resolução de conflito, a matéria abordada envolve valores econômicos que podem ser negociados.

Definidos os conceitos de mediação, arbitragem e conciliação, voltamos a esse instituto, apenas para asseverar que a conciliação é definida como um meio alternativo a que todo cidadão tem acesso, seja antes ou durante o processo, como objetivo de pôr fim ao litígio de forma mais rápida e econômica, sem que haja desgaste entre as partes.

Nesse sentido, Dinamarco (2005: p. 138) afirma:

> Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade.

Conclui-se que existe um objetivo bem definido em buscar outros meios que solucionem os processos ou litígios de forma mais rápida e que todas as partes tenham acesso, dentre esses pontos estariam a conciliação e a mediação como medidas imediatas para rápido fim do processo.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2008: p. 32),

> A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar

> a justiça a todos, também à gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).

Assim, há o surgimento de uma característica fundamental nos meios alternativos de resoluções de conflito que rompe com formalismo processual, tornando-se mais disponível e rápida para as pessoas das classes mais frágeis, fazendo com que o Estado cumpra sua função e atinja os anseios da sociedade.

3 MEDIAÇÃO

3.1 ORIGEM E CONCEITO

O instituto da mediação também tem origem antiga, o significado da palavra é de especificamente dividir ao meio. Como já explanado, a mediação é definida como uma forma de auto composição, pois, na questão judicial, uma ou ambas as partes pode abdicar de parte ou de todo o seu direito com o intuito de acelerar a resolução do processo. Deve ser guiado por um terceiro que tenha neutralidade e imparcialidade com o caso para que não haja provocação do estado-juiz.

Nesse mesmo sentido, Rodrigues Junior afirma:

> A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007: p. 50).

Já o autor Juan Carlos a define como:

> Técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem. (VEZZULLA, 1998: p. 16).

Consoante todas as explanações, verifica-se que o método da mediação não tem uma forma especifica, é um procedimento informal. O que se exige na verdade é que, numa sessão de mediação, as partes sejam capazes e tenham interesse processual nos termos do Código Civil

vigente. Admite-se mediação verbal, mas a pratica comum e o recomendado é que seja escrita com a presença de duas testemunhas.

Por fim, ressalte-se que o art. 5º, XXXV da Constituição Federal (CF/88) ordena que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isso não significa que, sempre que houver controvérsia ou a iminência de uma controvérsia, a pessoa deva ingressar em juízo a fim de fazer valer seu interesse. A Constituição apenas garante o direito de acesso, não faz nenhuma imposição unilateral, contrariamente, o próprio preâmbulo da Carta Maior enfatiza a busca de solução pacífica de controvérsias. Por isso são importantes a mediação e as demais formas alternativas de resolução de litígios, elas são uma alternativa ao Poder Judiciário, que muitas vezes se mostra moroso e inchado de demandas repetitivas e desgastantes. Por suposto, o inverso também é verdade, a busca de formas alternativas de resolução de controvérsias não impede que a parte prejudicada se valha do Estado-Juiz para tentar satisfazer sua pretensão, notadamente quando há descumprimento dos termos acordados, conclui-se que não há inconstitucionalidade nos métodos alternativos de resolução de conflitos.

4 A PROXIMIDADE ENTRE A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Mediação e arbitragem são institutos diversos, portanto, não se confundem, haja vista no instituto da mediação existir a figura do mediador interceptando a negociação das partes e não possuindo poder de decisão. Por outro lado, na arbitragem existe a figura do arbitro que possui poder de decisão e elabora sentença arbitral com os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelo juiz togado.

No que concerne aos referidos institutos, há um pouco mais de óbices para estabelecer diferenças levando a crer que a maioria da população confunde e até pensa que se trata do mesmo significado. Logo, é imprescindível que seja observado as características de cada instituto e que seja delimitado suas diferenças para que fique claro que não se confundem, essa diferença é mais clara na prática.

Lília Maia de Morais Sales explica com bastante precisão e sabia inteligência a divergência entre os dois institutos:

> A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as parte não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador [conciliador] sugere, interfere, aconselha. Na medição, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo. (SALES, 2004: p.38).

Tendo em vista todo o exposto, constata-se que na mediação o responsável deve explicar às partes a melhor e mais pacífica maneira possível estabelecendo que o mesmo deva ser neutro, evitando qualquer tipo de comentário que possa em algum momento influenciar na opinião das partes e as conduzindo para uma melhor decisão que alcance o fim do acordo. O mediador deve ainda elucidar as partes para a composição amigável sem dar qualquer apontamento influenciador, ressaltando que a entrada em um processo litigioso se arrastaria durantes anos e poderia não ter o resultado esperado. Nesse instituto, dentro do gênero resolução de conflitos, as partes entram em consenso, sendo o mediador apenas um conselheiro que influencia para que as partes cheguem a um denominador comum, ressaltando que o mesmo não tem poder de decisão. De outro modo, na conciliação existe uma influência mais direta do conciliador com as partes, podendo dar opiniões favoráveis. Reforçando que tanto o mediador como o conciliador devem atentar-se as matérias de ordem pública não permitindo composições amigáveis contrários à legislação, costumes e ética das partes.

Para ratificar a diferença entre os referidos conceitos de conciliação e mediação, segue abaixo opinião brilhante do Professor Roberto Portugal Bacellar, o qual assevera:

> A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa. (BACELLAR, 2003: p. 231).

Consequentemente, depois de todo o texto exposto, ressalta-se que os institutos da mediação e conciliação são definitivamente diferentes, mas que são usados com fim comum, isso vai depender da situação, sendo a modalidade mais adequada a ser usada para favorecimento das partes e atingimento do fim dos meios de solução de conflitos, qual seja, a composição das partes.

5 RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ

A partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um significante passo para fomentar os institutos da mediação e conciliação, foi estabelecido a Política Judiciária Nacional de tratamento aos litígios de interesses, sendo ônus

do poder judiciário que deverá disponibilizar meios de resolução de controvérsias, em especial aos chamados meios de resolução de conflitos, quais sejam, a mediação e a

conciliação, bem como subsidiariamente contribuir para as devidas orientações de toda a sociedade.

Pela Resolução nº 125, foi difundida entre os Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Para atender ao Judiciário, foi resolvido que seriam criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) incumbidos de conciliar as sessões de mediação e conciliação antes e durante os processos, com audiências a serem realizadas por conciliadores e mediadores vinculados e cadastrados junto ao Tribunal.

Desde março, um enorme esforço para treinamento de conciliadores e mediadores passou a ser desenvolvido com a ampliação de cursos de capacitação, supervisionados pelo próprio CNJ e Tribunais, a fim de aperfeiçoar as pessoas interessadas que irão efetuar a nova atividade estimulada, tais treinamentos são de grande importância, tendo em vista que os institutos da conciliação e mediação requer um treinamento especifico e exaustivo para que não possa haver falhas durante a condução da negociação.

Desta forma, começa-se um novo cenário processual em que o objetivo passa pela conciliação e mediação, havendo vários obstáculos que devem ser ultrapassados como a culta jurídica do litigio, a contraposição das partes em conciliar, a dificuldade dos próprios serventuários da justiça em se adaptar a uma nova realidade, inúmeros novos procedimentos, um novo ideal de composição. Assim, existe todo um projeto para que todos os envolvidos possam trabalhar num senso comum objetivando o alcance da composição e atendimento desses institutos.

6 PROJETO DE LEI 166/2010

Na mesma época que o CNJ deu novas orientações à conciliação e a mediação no Brasil, houve a entrada no Senado do Projeto de Lei nº 166/2010 que tratava do Novo Código de Processo Civil, que mais tarde foi transformado no Projeto Substitutivo nº 8.046/2010, na Câmara dos Deputados, e que em 17 de dezembro de 2014, após retornar ao Senado, foi finalmente aprovado pelo Poder Legislativo.

O novo Código de Processo Civil recebeu e atendeu a todo o projeto que já se iniciava no CNJ com a resolução 125, já existia uma campanha para potencializar os efeitos da conciliação e mediação se firmando como uma das principais mudanças do novo código com total enfoque

para a importância de as partes entrarem em acordo através dos instrumentos de resolução de conflitos já que atuam de forma mais rápida e eficiente, exigindo em contraprestação a qualificação de todas as pessoas envolvidas, a mudança de culturas das partes e a busca pelo objetivo comum sob pena de que todas essas mudanças tenham sido em vão e que todas as inovações do novo CPC não tenham qualquer aplicação efetiva.

7 DA LEI DE MEDIAÇÃO Nº 13.140/2015

Ainda é importante dar ênfase a nova lei de mediação que trouxe e disciplinou entre seus principais pontos: i) o procedimento de mediação prevendo expressamente alguns dos consagrados princípios norteadores do instituto; ii) a prática da mediação judicial; iii) a prática da mediação extrajudicial; e iv) finalmente e não menos importante, a possibilidade de utilização da mediação em conflitos envolvendo a administração pública.

A mediação já foi definida como um método de solução de conflitos que conta com a atuação de um terceiro (mediador), independente e imparcial, o qual possui atuação orientada a viabilizar e aperfeiçoar a comunicação entre as partes. Por meio dessa atuação do mediador, é possível que as partes resolvam consensualmente a controvérsia.

Seguramente essa lei veio para regular e implementar o instituto, ampliando os mecanismos que possuem enorme espaço de utilização, considerando o número de processos que chegam diuturnamente aos Tribunais brasileiros. Mesmo em relação às controvérsias de média e de alta complexidade, atualmente resolvidas por arbitragem, o espaço para utilização é muito representativo considerando que a mediação é mais rápida e que pode ser resolvida com menor dispêndio de custos.

8 DAS ALTERAÇÕES DO NOVO CPC: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O novo Código de Processo Civil trouxe mudanças significativas em relação a vários procedimentos antes existentes no antigo código, porem ficaremos adstritos aos meios alternativos a justiça que merecem questionamento. Importante destacar que já em seus artigos iniciais, precisamente em seu art. 3º, §3º, ao tratar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o CPC assevera que:

> A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Relevante ainda o destaque do art. 139, V, afirma que:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; Estabelece em toda a Seção V, do Capítulo III, do Título IV, do CPC, um conjunto de onze artigos (arts. 165 a 175) em que se regula, minuciosamente, o papel dos mediadores e conciliadores judiciais, enquanto auxiliares da Justiça. Vale ressaltar que o instrumento de transação firmado por conciliador ou mediador credenciado, inclusive, é título extrajudicial, como se observa no art. 784, IV, do CPC, o que vem a reforçar a importância capital destes auxiliares.

Importante destacar um dos principais pontos trazidos pelo novo do CPC, mais precisamente no seu no art. 334 que destaca não ser mais o réu citado, inicialmente, para exercer um dos meios de defesas à inicial, mas para ir à audiência de conciliação ou mediação, conforme extrai-se do artigo 334, combinado com os artigos 250, IV e 303, §1º, II, do CPC, nos seguintes termos:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
> § Iº O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
> § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.
> § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.
> § 4º A audiência não será realizada:
> I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
> II - quando não se admitir a autocomposição.
> § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.
> § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.
> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.
> § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.
> § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.
> § 10º A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.
> § 1Iº A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12º A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a

> respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Tendo em vista as informações extraídas da legislação acima, chegamos ao ponto que, em regra, sempre deve haver audiência de conciliação ou mediação, até porque o objetivo e uma das principais mudanças do código é sua possibilidade antes mesmo da defesa do promovido, porém, existem casos onde não haverá designação de audiência, quais sejam, nos casos de indeferimento de emenda da inicial ou improcedência liminar. Outro ponto a ser destacado da legislação acima é que deve haver um lapso temporal de 30 dias, entre a determinação da audiência e a data da intimação, tendo em vista que o réu deve se preparar com antecedência para que possa fazer a análise do caso. A audiência de conciliação ou mediação é conduzida por um conciliador ou mediador – aceita-se, nos casos excepcionais, que seja exercida por servidor publico que exerce outras funções.

Na verdade o objetivo dessa previsão, e que deve ser obedecida, é a necessária designação da audiência, admitindo-se exceções conforme já esposados acima. Um aspecto interessante nas mudanças trazidas é que no novo CPC a audiência de conciliação ou mediação apenas não ocorre quando umas das partes manifesta desinteresse na designação desta audiência, não basta a mera insatisfação, o autor quando elaborar sua exordial deve informar se deseja ou não a designação da audiência, já o réu pode fazer de forma independente sua manifestação, desde que com previsão mínima de 10 dias da data da audiência.

Outra ótima novidade é a previsão de suas realizações por meio eletrônico, desde que regulamentado por lei específica. Aqui já vemos a preocupação do legislador em tornar compatível o novo código com a realidade digital dessa década, uma nova era em que se prioriza a facilidade e celeridade através de atos processuais virtuais que também são mais econômicos para a maquina judiciaria.

Em caso do resultado da audiência ser negativo e não ocorrer a composição amigável, se iniciará, de imediato, o prazo para defesa do réu de 15 dias úteis para, querendo, oferecer a defesa oferecida por petição, conforme o que determina o art. 335 do CPC:

> Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:
>
> *I* - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;
>
> *II* - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4o, inciso I.

É cabível outra hipótese quando o promovido venha a expor em sua defesa a incompetência relativa ou absoluta, antes da audiência, o que implicará na sua suspensão, se já houver sido determinada, conforme o art. 340, § 3o do novo CPC. Após a determinação das atribuições, o juízo competente deverá designar nova data para a realização de conciliação ou mediação, nos termos do art. 340, § 4º do novo Código de Processo Civil.

Importante salientar que a situação para composição amigável não ficou adstrita à fase pre processual tendo em vista que pode o magistrado, durante a audiência de instrução e julgamento, impulsionar as partes para que haja um acordo, consoante os ditames do art. 359, do Código de Processo Civil, vejamos:

> Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

Conforme explanado nos parágrafos anteriores, nas novas modificações trazidas pelo novo CPC há a reformulação da cultura jurídica de provocar o Estado-Juiz apenas em último caso com a expansão dos institutos e designação da audiência de conciliação ou mediação como meio de solução de conflitos, buscando a composição e não acionamento do judiciário no caso em comento. Conforme a distinção que o Professor Cooley estabelece entre um processo onde ocorreu a mediação e outro onde o processo tramitou e prosseguiu no judiciário, verificou-se as seguintes vantagens:

> Algumas disputas se resolvem melhor num ambiente que tenha poucas ou nenhuma limitação procedimental. Com relação a essas disputas, o processo de mediação oferece várias vantagens. Com exigências processuais mínimas, a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas com relação à disputa. A mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e a atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões." (COOLEY, 2001: p. 29-30).

A grande dúvida que hoje se estabelece é que, no Código de Processo Civil de 1973 também existiam disposições que buscavam a composição amigável como meio de solução de conflitos, consoante artigos 125, IV, 447 e 449, vejamos:

> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
> I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
> II - velar pela rápida solução do litígio;
> III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
> IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

> Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.
> Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.
> Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

Desde o antigo código a audiência preliminar causava grande divergência na doutrina, o que supostamente deve ser também questionado em relação ao artigo 334 do novo CPC, vejamos:

> Por fim, queremos deixar consignada a nossa dúvida a respeito da eficiência dessa audiência preliminar para desafogar o Judiciário, uma vez que a figura ora instituída representa duplicação de atos, complicação, e não simplificação do procedimento. Desconfiamos, sobretudo, porque, dada a inexistência da sanção – que não poderia mesmo existir -, o réu, já em pleno clima de beligerância por causa da contestação e da réplica, e por isso mesmo não muito interessado em acordo a essa altura, com maior ou menor frequência não comparecerá a essa audiência." (MACHADO, 2007: p. 346).

Desta forma, ainda existam muitas dúvidas e incertezas sobre as mudanças estabelecidas pelo novo CPC, o que se espera é o atingimento do objetivo da efetiva utilização dos meios de resolução de conflito como um instituto auxiliar da justiça, refletindo consequentemente no desafogamento do judiciário e na satisfação das partes a uma solução rápida e célere.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho realizado, conclui-se que a audiência de conciliação ou mediação como forma pré- processual fará com que se mude a cultura de processo litigioso que existe hoje no cenário judiciário e diante de todas as mudanças teremos os impactos e objetivos preteridos. O que vimos neste trabalho foi que a conciliação e a mediação são institutos plenamente aplicáveis e que veio para revolucionar o atual cenário processual brasileiro, com o intuito de facilitar e impulsionar a cultura de composições amigáveis nos processos, desde que haja o devido suporte e mudança cultural de todas as partes envolvidas.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, estabelece, de uma forma bem precisa, como e quando serão utilizados os institutos da conciliação e mediação, cabendo às partes, aos advogados, membros do ministério público, magistrados e todo o aparato do judiciário se moldar a este novo modelo processual de minoração dos litígios e do aumento de composições pré- processuais. É um dos meios mais importantes para que haja

efetivamente o desafogamento de demandas desnecessárias no judiciário e uma efetiva prestação jurisdicional.

O novo código antevê alguns mecanismos que propiciam a visão de um processo no intuito da conciliação, consoante artigo 6º onde que preceitua: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." dispondo que o juiz poderá designar audiência para saneamento do processo em cooperação com as partes (art. 357, §3º). O que claramente é constatado é que a visão do novo código é toda voltada para a realização da conciliação tanto na forma pré- processual como durante todo o processo.

Todavia, esse caminho pelo alcance através dos meios de resolução de conflito na procura pela composição a qualquer fase do processo necessita que seja feito todo um preparo da maquina judiciaria, assim como a mudança de cultura de judicialização dos conflitos presentes na sociedade, sob pena de as novas mudanças não terem a eficácia desejada.

Conforme dito, o trabalho de inovação do novo CPC deve afetar as partes envolvidas devendo estar dispostas às mudanças que estão vigorando, com relação aos causídicos, de cultura de resistência pre fixada a um histórico de judicialização. O Poder Judiciário, os governantes e os cidadãos devem ceder e adaptar-se à nova realidade processual e se reinventar para formar parcerias, estudar os novos institutos, utilizar os meios de solução de conflitos como uma regra, preparar e orientar as partes das vantagens que esses institutos podem ter e nunca fomentar o litigio sabendo que esse trabalho até melhorará a vida dos próprios patronos que terão menos ações para patrocinar e terão mais dedicação e tempo para as demandas que realmente exigem o prosseguimento do litigio.

Aos membros do judiciário, seja magistrados, membros do ministério publico, servidores em geral, será preciso acima de tudo a adaptação e estruturação as novas regras do novo CPC. Será exigido que primariamente exista uma estrutura ideal para que possa haver as audiências de conciliação e mediação, depois uma preparação especifica para que essa atividade seja realizada da forma mais benéfica e eficiente possível, posteriormente uma mudança de cultura da formalidade no judiciário e mais objetividade na realização dos acordos para alcance dos objetivos que o novo Código pretende.

Aos governantes, deverá ser providenciada toda a estrutura necessária para que esses procedimentos possam ser aplicados de forma adequada, com todo o investimento financeiro que o judiciário necessitará. É preciso ainda investir em campanhas afirmando que o novo sistema de solução de conflitos é mais benéfico, que resolverá de forma mais rápida os

processos, que implicará numa sociedade mais justa e igualitária de acordo com os ditames da Constituição Federal e do novo Código de Processo Civil.

Tendo em vista todo o exposto, existem excelentes possibilidades para que seja aceita essa nova cultura a fim de obter uma solução célere dos conflitos, porém é preciso precaução para saber como a sociedade e o judiciário se comportará diante dessas novas mudanças.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. *Conciliação e Acesso à Justiça*. Webartigos. Feira de Santana – BA, 20 nov. 2008. Disponível em: <www.webartigos.com/artigos/conciliacao-e-acesso-a-justica/11585/>. Acesso em: 20 de abril de 2016

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação para processual*. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ lança I prêmio conciliar é legal*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/cnj-lanca-i-premio-conciliar-e-legal/> Acesso em 03 de abril de 2016.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 02 de abril de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 03 de fev. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. *Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/>. Acesso em: 19 de março de 2016.

CAMPANHAS DO JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Conciliação*. Disponível em: <http//:www.cnj.jus.br/campanhas-do-judiciario/conciliacao>. Acesso em: 18 de março de 2016.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: Editora UnB, 2001.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. I,* 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª Ed. Barueri: Manole, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso á justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso á justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 5ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

VIEIRA, Marina Nunes. *Conciliação: simples e rápida solução de conflitos*. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-05.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de mediação e arbitragem no Brasil, 1998.

A JURISPRUDÊNCIA, O PRECEDENTE JUDICIAL E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Marlton Fontes Mota

Thiago Passos Tavares

1 INTRODUÇÃO

A inevitável ambiguidade de parte significativa do sistema normativo brasileiro e, portanto, a tendência à existência de mais de um entendimento sobre o sentido e o alcance de uma mesma norma, justifica o presente estudo, ao elencar uma dicotomia entre posicionamentos que se divergem no mesmo panorama jurídico.

O objetivo dessa pesquisa circula em torno da polêmica jurisprudência e dos precedentes judiciais elencados no atual CPC, encontrando respaldo nesse arcabouço, pois, de um lado, parte representativa da doutrina defende que o Poder Judiciário não pode editar normas gerais, sob pena de usurpar o papel do legislador, a exemplo do doutrinador Nélson Nery Junior, observado na presente discussão. De outro ângulo, se contrapõem a esse entendimento os que defendem que os precedentes devem ser vinculantes para todos, inclusive para os demais poderes.

A edição do Novo Código de Processo Civil de 2015[1] pretendeu adotar uma solução intermediária com os precedentes, pois obrigam o Poder Judiciário, a realizar uma prestação jurisdicional mais objetiva e isonômica. Nesse sentido, diante da divergência jurisprudencial, existe no novo ordenamento processual a necessidade de solução por força dos princípios da igualdade e segurança jurídica.

---

[1] "O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado *modelo constitucional de processo civil*, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de devido processo legal (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo" (CÂMARA, 2015, p.5)

A Jurisdição[2] enquanto o momento mais importante da norma jurídica tem trazido consequências negativas da dispersão jurisprudencial, causando a sensação de insegurança, o estímulo à litigância e ao ajuizamento de ações e interposição de recursos, entre outros.

Desse modo, a jurisprudência tem sido encarada na prática como uma espécie de jogo, tendo em vista a densidade de princípios e normas abertas pelo Poder Judiciário, na qual, muitas vezes, torna-se necessário, se arriscar em uma aventura jurídica processual.

O processo metodológico utilizado na pesquisa se deu por meio da abordagem exploratória e qualitativa de tipo bibliográfica, realizada exclusivamente em livros e teses, possibilitando apreciar de modo minucioso os essenciais aspectos para o estudo dos conceitos de jurisprudência e precedentes judiciais, elencando os principais pontos abordados sobre o tema na atualidade.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS

Impõe-se considerar sobre a importância para a melhor compreensão do tema, a abordagem conceitual, ainda que sucinta, a respeito de cada instituto notabilizado na presente pesquisa, sendo fulcral a percepção de que o entendimento sobre precedentes, jurisprudência e incidentes repetitivos perpassa, inclusive, pela discussão etimológica.

2.1 **Precedentes judiciais**

A sentença[3] é dividida em três partes, o relatório, a fundamentação e a decisão. O objetivo do processo é a decisão do juiz. O autor quando propõe a ação perante a justiça, formula uma ou mais pretensões e o magistrado na decisão ou dispositivo da sentença se analisa o pedido

---

[2] "A jurisdição se qualifica com poder conferido ao Estado de solucionar conflitos de interesses não resolvidos no âmbito extrajudicial, devendo ser destacado que esse poder se diferencia dos demais poderes do Estado em decorrência da característica da decisão proferida pelo representante do ente estatal em resposta à solicitação de pacificação do conflito: a decisão, se acoberta pela coisa julgada, não mais pode ser revista pelo Poder Judiciário nem por outro poder do Estado, exceto através do ingresso da ação rescisória" (MONTENEGRO FILHO, 2013, p.48)

[3] "Do latim *pronuntiaio judicis*. Espécie de decisão final, definitiva ou interlocutória, pela qual o juiz dirime a causa que tomou conhecimento, após observar, analisar e deduzir, motivando ou fundamentando sempre o seu pronunciamento. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. " (Artigo 203 da Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015)

do autor. Essa sentença[4] só tem sentido para as partes, só valerá para o autor e réu daquele processo em particular, especificamente e em regra. Então a decisão daquele juiz só tem sentido para as partes daquele processo, salvo exceções de terceiros interessados. O juiz utiliza da situação concreta e analisa a legislação, aplicando a mesma no caso, resolvendo o problema das partes. Segundo a doutrina de Montenegro Filho (2015, p. 91) a generalidade da sentença no NCPC se divide da seguinte forma:

> O novo CPC destinou os arts. 485 a 508 para disciplinar a sentença e a coisa julgada, dividindo o assunto em seções "batizadas" em "Das disposições gerais", "Dos elementos e dos efeitos da sentença", "Da remessa necessária", "Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa" e "Da coisa julgada", em todas realizando modificações, que são estudadas nas seções seguintes.

Acontece então, para que o douto magistrado chegue à conclusão no processo, precisa analisar tanto os fatos, como também o sistema legislativo que referendará o enquadramento do fato à norma. Na visão de Miguel Reale na sentença o juiz situa o fato ao texto legal: "A sentença é antes de mais nada um processo de estimativa do fato para situar, em função dele, os textos legais aplicáveis à hipótese em apreço." (REALE, 2001, p.162)

Ora, não é possível imaginar que todo o trabalho de interpretação das normas e fundamentação não tenha sentido prático. A fundamentação tem um valor jurídico muito importante. Essa ação que o julgador faz na fundamentação é o que chamamos de precedentes.

Nessa mesma linha de raciocínio, Manuel Atienza justifica o uso do precedente pelo seguinte:

> O uso do precedente justifica-se, do ponto de vista da teoria do discurso, porque o campo do discursivamente possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si; o uso do precedente significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade. Por outro lado, a obrigatoriedade de seguir o precedente não é absoluta, pois isso contrariaria as regras do discurso, mas quem afasta do precedente fica com a carga da argumentação. (ATIENZA, 2006, p. 178)

---

[4] "A sentença é o pronunciamento do juiz que resolve ou não o mérito, solucionando o conflito de interesses. Essa solução não será observada, em termos de mérito, quando seja impossível enfrentar a questão de fundo que deu origem à postulação, em decorrência da ausência de uma das condições da ação, dos pressupostos processuais ou da existência de outra questão prejudicial" (MONTENEGRO FILHO, 2013, p.510)

Jurisprudência[5] e precedentes parecem ter igual significado, mas não tem. Por isso, torna-se necessária essa distinção, por tênue motivo, destacou-se estes conceitos por subtítulo no presente estudo. Um precedente sozinho pode não ter muita importância na esfera jurídica, por muitas vezes se tratar de um caso isolado. Todavia, quando se tem diversos precedentes no mesmo sentido no judiciário, em um mesmo tribunal, é o que se denomina de jurisprudência.

Ademais, no que se refere ao conceito de precedentes judiciais, vale destacar que o sistema processual civil brasileiro, traz o tema de modo minucioso no Livro III da Parte Especial do código de 2015. Nesse sentido, merece respaldo a concepção de precedentes elencada pelo desembargador Freitas Câmara: "Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base na formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior". (CÂMARA, 2015, p. 425)

No mesmo enfoque de Câmara, o professor Doutor Scarpinella Bueno, aborda sobre o tema de precedentes judiciais no novo sistema processual civil brasileiro, que entrou em vigor em 2016:

> O novo CPC quer instituir no sistema brasileiro uma cultura e uma disciplina relativa aos procedentes judiciais, o que significa que o art. 927 e sua preocupação com a observância das decisões lá indicadas e, em seus parágrafos as normas relativas à incidência ou não daqueles entendimentos, as possibilidades de sua não aplicação de superação. (BUENO, 2015, p. 33-34)

Evidentemente que, os julgamentos proferidos em procedimentos previstos em lei, voltados à formação de um precedente, devem estar aptos a expressar o entendimento do Tribunal sobre uma questão de direito e a ser aplicada nos demais casos que envolverem a mesma matéria. Como explica o referido assunto o desembargador e professor Luis Carlos de Araújo, a saber:

> Essa regra, encontrada nos países de matriz *common law*, aponta que casos considerados iguais sejam julgados com uniformidade, conferindo força vinculante aos julgados precedentes sobre os julgamentos atuais. Apesar da tradição no seu emprego, essa teoria vem sofrendo alterações em sua aplicação, em virtude da necessária adaptação às mudanças sociais, cada vez mais dinâmicas. O dinamismo, presente nas sociedades complexas, vem gerando a necessidade de elaboração de mecanismos destinados a conferir aos tribunais a possibilidade de revogar precedentes aos quais estariam vinculados obrigatoriamente pelo instituto do *store decisis,* seja porque, ao reanalisar a

[5] "Pela palavra "jurisprudência" (stricto sensu) deve-se entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais." (REALE, 2001, p 148)

> questão tratada em caso anterior, a corte tenha entendido que o julgamento se deu de forma equivocada, de maneira a, eventualmente, suplantar o direito da parte, seja em face da alteração de instituições sociais, o que implicaria no exame dos fatos sob uma nova perspectiva.(ARAÚJO, 2015, p.686)

Por fim, vale frisar que o sistema de precedentes no novo CPC é diferente do anglosaxônico, sistema no Direito Norte Americano, conhecido como *common law*[6]. No sistema norte americano, a decisão se torna automaticamente um precedente. No Brasil, historicamente, os precedentes estão relacionados à cultura romano-germânica, com adaptações caracterizadas a espécie *civil law*[7].

2.2 **Jurisprudência**

O conceito de jurisprudência resume-se a julgamentos reiterados ou repetitivos sobre a mesma questão de direito pelos tribunais, no mesmo sentido, conforme abordado alhures. Todavia para melhor entender o significado de jurisprudência, cabe destaque o conceito jurídico trazido pelo doutrinador José Maria Rosa Tesheiner: "Das leis, normas gerais e abstratas, deduzem-se as normas jurídicas concretas, que se aplicam a cada caso. Em sentido inverso, das normas concretas, produzidas pelos tribunais, induzem-se normas gerais abstratas e eis, aí, o fenômeno da jurisprudência". (TESHEINER, 2015, p.32)

Não obstante, a classificação de jurisprudência é divergente, em virtude da existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais, havendo, porém, um número relevante de julgados em mais de um sentido. Alexandre Freitas Câmara traz a explicação sobre a importância da estabilidade da jurisprudência no Brasil:

> A exigência de estabilidade da jurisprudência indica que linhas de decisões constantes e uniformes a respeito de determinadas matérias não podem ser simplesmente abandonadas ou modificadas arbitrária ou discricionariamente. Em outros termos, não pode um órgão jurisdicional decidir uma matéria a cujo

---

[6] "O ponto de referência normativo no âmbito da *common law* é exatamente o precedente judicial, enquanto no tradicional sistema de fontes do direito que vigora os países regidos pela *civil law*, o precedente, geralmente dotado de força persuasiva, é considerado fonte secundária ou fonte de conhecimento do direito". (TUCCI, 2012, p.99)

[7] "A expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico."(VIEIRA, 2007, p.270)

> respeito exista jurisprudência constante simplesmente ignorando essa linha decisória, promovendo uma flutuação de entendimentos que contraria a exigência de segurança jurídica. A estabilidade da jurisprudência exige, também, que seus próprios precedentes sejam observados, inclusive por seus órgãos fracionários (FPPC, enunciados 316 e 453). (CÂMARA, 2016, p.23)

Considera-se jurisprudência dominante[8] aquela que ressalta a existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido, mas quando é possível a constatação de que um dos entendimentos é mais aplicado? Na visão do professor Miguel Reale, as técnicas de uniformização da jurisprudência são tarefas prolixas tendo em vista os tipos de graduações existentes, assim colacionado:

> [...] a tarefa de jurisprudência é árdua e complexa, oferecendo graduações que visam a atingir soluções unitárias, graças às quais o Direito se aprimora, mas, às vezes, também sofre a crise de exegeses irregulares, deturpadas, que só o tempo logra corrigir. Através de diferentes formas de prejulgados abre-se uma clareira à uniformização da jurisprudência. Os recursos ordinários e extraordinários ao Supremo Tribunal, por sua vez, vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais, tendo partido de nossa mais alta Corte de Justiça a iniciativa de coordenar ou sistematizar a sua jurisprudência mediante enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões. São as "súmulas" do Supremo Tribunal, que periodicamente vêm sendo atualizadas, constituindo, não um simples repertório de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudenciais a que a Corte, em princípio, subordina os seus arestos. (REALE, 2001, p.165)

Quando a jurisprudência é pacificada há vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais em um mesmo sentido, sendo inexistentes ou, se existentes, em quantidade irrelevante ou até mesmo que já foram superados, julgamentos que consagrem um entendimento em sentido diverso.

Nessa perspectiva, no tocante ao que diz respeito ao conceito de súmula, trata de representação formal da jurisprudência pacífica[9], ou dominante, que emerge, ou seja, se exterioriza de um procedimento específico de reconhecimento da pacificação ou domínio do entendimento jurisprudencial.

---

[8] "Jurisprudência dominante é aquela que predomina na orientação da Corte, ainda que exista outra orientação igualmente ponderável em contrário." (MARINONI, 2009, p.582)

[9] "Jurisprudência pacífica é aquela que não encontra oposição séria dentro do Tribunal em que formada. Normalmente acaba enunciada sob a forma de súmula." (MARINONI, 2009, p.582)

Portanto, a vantagem da formalização da jurisprudência decorre da desnecessidade de identificação de conceitos jurídicos indeterminados, somado a um procedimento específico voltado à verificação do entendimento dominante, o que legitima em um grau muito maior seu produto.

Assim, somente como rol exemplificativo, existem outros temas de igual relevância no Livro III, Parte Especial do NCPC como o: Procedimento de declaração de repercussão geral; Julgamento do recurso especial repetitivo paradigma; Assunção de competência; O incidente de declaração de inconstitucionalidade (cláusula de reserva de plenário); E o incidente de resolução de demandas repetitivas[10].

2.3 **Incidentes de resolução de demandas repetitivas**

O então ministro da Suprema Corte Luiz Fux, foi um dos que presidiu a comissão destinada à elaboração do novo Código de Processo Civil de 2015 e, utilizou-se da sua experiência como ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, ao destacar a suma importância de coletivizar procedimentos da prestação jurisdicional. Considerou o jurista Luiz Fux, ao afirmar que:

> Se uma única resposta der uma resposta judicial a todos os jurisdicionados num determinado assunto, conseguiremos acelerar bastante o andamento dos processos. Isso já existe em leis esparsas, mas não no atual CPC. A regra que pretendemos adotar é a da legitimação coletiva. (FUX, 2011, p.556)

A partir deste discurso citado acima, a comissão que elaborou o NCPC, justificou a importância da adoção de procedimentos coletivos, ao vislumbrar assim, o amontoamento de processos individuais, acerca do mesmo tema, sendo discutidos nos tribunais brasileiros. Nessa direção, cabe respaldo o entendimento do advogado, Doutor em Direito, Cássio Scarpinella Bueno, ao tratar de incidentes de demandas repetitivas:

> Dentre as diversas técnicas adotadas pelo novo CPC, para atingimento dessa finalidade, o artigo 928 dá destaque a duas, denominando-as "julgamento de casos repetitivos". Uma já conhecida pelo CPC atual, embora mais timidamente, são os recursos extraordinários e os recursos especiais

[10] "Com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda

> repetitivos. A outra, novidade trazida pelo novo CPC é o "incidente de resolução de demandas repetitivas". (BUENO, 2015, p.35)

O principal ponto que deve ser destacado, ao se referir a demandas repetitivas, é justamente a segurança jurídica. O incidente de resolução de demandas repetitivas[11] é inspirado na coletivização do direito processual alemão e que, apesar do incidente ser uma alternativa na

no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes". (DONIZETTI, 2015, p.8) [11]"Nesse incidente, a cognição judicial é cindida, sendo apreciadas apenas questões comuns a todos os casos similares, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto. No incidente coletivo, é resolvida parte das questões que embasam a pretensão, complementando a atividade cognitiva no posterior procedimento aditivo. A efetividade do incidente coletivo é proporcional, portanto, à possibilidade de que as questões nele decididas sejam fundamentos de muitas questões similares, e que tais questões possam ser resolvidas, coletiva e uniformemente, para todas as demandas individuais" (CABRAL, 2009, p.33)

solução de demandas de massas, poderá trazer muitas discussões e coalisão entre doutrinadores jurídicos, pela possibilidade existência de decisões conflitantes e indesejadas. Não obstante isso, podendo vir a ofender os princípios da isonomia e da segurança jurídica processual. Segundo a doutrina de Misael Montenegro Filho, há na ferramenta de incidente de demandas repetitivas, uma tentativa de desafogar o judiciário brasileiro:

> O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma das grandes apostas do legislador infraconstitucional para desafogar a justiça brasileira, evitando que casos semelhantes sejam julgados um por um, através de decisões atacadas por centenas de milhares de recursos, decididos pelos tribunais locais, dando ensejo à interposição de outros tantos recursos para os tribunais superiores. (MONTENEGRO FILHO, 2015, p.227)

Nesse contexto, o referido diploma do instituto de 2015, prevê viabilizar a concentração de processos judiciais sobre uma mesma questão de direito. Os incidentes tratados neste estudo estão disciplinados dos arts. 976 a 987 do novo Código de Processo Civil e, devem ser deflagrados por iniciativa das partes que pretendem dar maior celeridade e duração razoável ao processo, ao promover maior eficiência quantitativa ao judiciário brasileiro.

Segundo dados do relatório *Justiça em Números do ano de 2015*[11] elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no ano citado já havia em tramitação, 99,7 (noventa e nove vírgula sete) milhões de processos no Judiciário brasileiro.

Gráfico 1 – Assuntos mais demandados no Superior Tribunal de Justiça

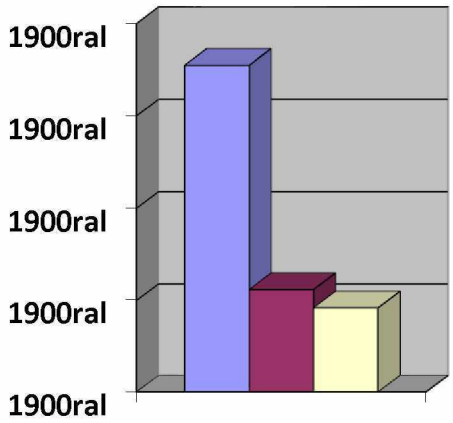
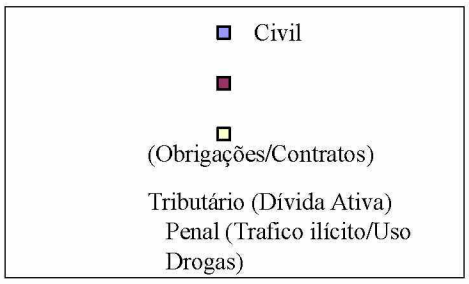


Gráfico elaborado pelo autor com base em dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015, p.450)



Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2015, os assuntos mais demandados no Superior Tribunal de Justiça são de ações de natureza civil voltadas ao litigio de obrigações e contratos.

3 OBSTÁCULOS NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL

Nesta seção, cabe falar de alguns fundamentos determinantes, identificáveis acidentalmente no que diz respeito à aplicação de precedentes no judiciário brasileiro. O artigo 927[12] do Código de Processo Civil atual trata das decisões do Supremo Tribunal

---

[11] "Como parte das celebrações dos dez anos da instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Relatório Justiça em Números traz ao leitor uma série de novidades na forma de exposição e na análise dos dados do Poder Judiciário, para fornecer subsídios à construção de soluções e aperfeiçoamentos dos serviços de justiça.". (BRASIL, CNJ, 2015, p.11)

[12] "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 de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V- orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos

Federal em via concentrada, das súmulas vinculantes e da resolução de demandas repetitivas, como elenca Humberto Theodoro Júnior:

> Por outro lado, a força que o novo Código confere à jurisprudência, manifestase em dois planos: (I) o horizontal, de que decorre a sujeição do tribunal à sua própria jurisprudência, de modo que os órgãos fracionários fiquem comprometidos com a observância dos precedentes estabelecidos pelo plenário ou órgão especial (art. 927, V); (II) o vertical, que vincula todos os juízes ou tribunais inferiores às decisões do STF em matéria de controle concentrado de constitucionalidade e de súmulas vinculantes; aos julgamentos do STF e do STJ em recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados de súmulas do STF e do STJ; e, finalmente, à orientação jurisprudencial relevante de todo tribunal revisor das respectivas decisões, a exemplo das decisões nas resoluções de demandas repetitivas, nos incidentes de assunção de competência (art. 927, I a IV). (THEODORO JÚNIOR, 2016, p.1028)

O NCPC procura valorizar os precedentes judiciais, deixando de traçar diferenças ontológicas existentes entre precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas. O art. 927 que poderia trabalhar muito bem esses conceitos ao estipular como lidar com diferentes institutos que possuem a mesma gênese.

A função imperativa do artigo 927 trouxe obrigações para os juízes e tribunais no que diz respeito à observância das decisões da Suprema Corte e Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o sistema brasileiro de súmulas traz uma aplicação mecânica de enunciados, orientações, comandos gerais e abstratos, gerando superficialidade da fundamentação decisória.

O professor e doutrinador Cassio Scarpinella Bueno, aborda os principais aspectos e perspectivas dos artigos 926 e 927 do NCPC, vislumbrando a intenção do legislador em uniformizar a jurisprudência processual civil:

> Entendo que os arts. 926 e 927 têm como missão substituir o mal aplicado e desconhecido, verdadeiramente ignorado, "incidente de uniformização de jurisprudência" dos arts. 476 a 479 do CPC de 1973. É o típico caso de norma jurídica que não encontrou, nos quarenta e um anos de vigência daquele Código, seu espaço, caindo em esquecimento completo. É essa a razão pela qual parece-me importante compreender aqueles dois dispositivos (como, de resto, todos os que, ao longo do CPC de 2015, direta ou indiretamente com eles se relacionam, e não são poucos) como normas diretivas de maior otimização das decisões paradigmáticas no âmbito dos Tribunais e dos efeitos

repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e

divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores."(Código de Processo Civil Brasileiro, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, p.155)

> que o CPC de 2015 quer que estas decisões, as paradigmáticas, devam surtir nos demais casos em todos os graus de jurisdição, a começar pelo STF. (BUENO, 2016, p.225)

Por outro lado, vale lembrar, que os juízes e desembargadores brasileiros não têm o costume de partir do zero em suas decisões e fundamentações, desprezando decisões anteriores. Por diversas vezes evitam flutuações de entendimento e de criação subjetiva do direito, pressupondo a aceitação e utilização dos precedentes.

4 A SOLUÇÃO PROPOSTA PELO NOVO CPC

O Código de Processo Civil traz em sua Parte Especial do Livro III, dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, que, mais especificamente no art. 926, caput trata da uniformização da jurisprudência, da sua integridade e coerência: "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". (BRASIL, 2015)

Já a elaboração de súmulas[13] por tribunais dar-se-ão de modo previsto nos Regimentos Internos dos mesmos, assim prevê a literalidade do § 1º do artigo, 926. Da mesma forma, também incumbe ao próprio tribunal através de seus regimentos, a alteração ou cancelamento de enunciados de súmulas, conforme o § 2º. Todavia, os procedimentos de exclusão ou mudança deverão ser realizados por via de audiências públicas e a participação de *Amicus Curiae*[14], ou seja, "amigos da corte", ou ainda, em valorização ao princípio do contraditório[15] substancial.

---

[13] " Desde 1964, o Supremo Tribunal Federal consolida sua jurisprudência dominante em enunciados, chamados súmulas. Diante dessa prática, consolidada no Código de Processo Civil de 1973, parcela significativa da doutrina sempre pretendeu conferir à súmula o que até então somente se conferia á lei: força obrigatória." (STRECK, 2009, p.1425)

[14] "Trata-se de instituto de longa tradição no direito estadunidense, o qual engendra a abertura do procedimento à interferência de atores sociais, por meio da apresentação de memoriais técnicos e opiniões jurídicas que visem ao aperfeiçoamento do provimento jurisdicional." (PATRUS, 2013, p.124)

[15] "Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participação do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e de efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solidária pelo juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja resultado do debate efetivado no processo. Não é por outra razão que, nos termos do art.10, "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado as partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"" (CÂMARA, 2015, p.9)

Como aborda Elpídio Donizetti em seu livro *Novo Código de Processo Civil comparado*: "Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo amicus curiae ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição." (DONIZETTI, 2015, p10)

Nessa direção o CPC pretende uniformizar a jurisprudência brasileira e manter uma nova estabilidade nas decisões, conforme descreve de modo valioso o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Nos termos do art. 926 do Novo CPC, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Trata-se de importante dispositivo legal que corrobora a maior aposta do Novo Código de Processo na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais dêem o exemplo. Como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexiste respeito no aspecto horizontal (do próprio tribunal)? Afinal, quem não respeita não pode cobrar respeito. (NEVES, 2016, p.238)

De acordo com a doutrina pátria, a principal influência da jurisprudência no conteúdo das decisões judiciais são o efeito vinculante e o efeito persuasivo dos precedentes formalizados. As principais tarefas do aplicador do precedente é identificar a existência o precedente, ou, mais precisamente, a tese jurídica nele consagrada, seu sentido e sua extensão e correlacionar racionalmente o caso apreciado ao caso (ou casos) julgado na formação do precedente, para, então, ou aplicar o precedente ou afastar o precedente[16] por haver alguma peculiaridade no caso apreciado que o diferencie daqueles apreciados na formação dos precedentes e ainda, deixar de aplicar o precedente, haja vista sua superação por força de modificações jurídicas, políticas ou sociais entre o período de sua formação e sua aplicação.

5 CONCLUSÃO

Todas as críticas apresentadas neste estudo fundam-se na plausível probabilidade de formação de precedente judicial vinculante, sem a necessidade que se tenha garantido um debate complexo em torno da questão ora discutida, pugnando por estabelecer um viés de discussão

---

[16] " Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da ratio decidendi (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente" (DIDIER, 2014, p.403)

entre os operadores do direito, para se buscar a melhor interpretação dos institutos balizados pelo novel CPC.

Entende-se que, nesse ponto, a propositura elencada pelo NCPC, ao prever o incidente de resolução de demandas repetitivas, é garantir amplo debate anterior à consumação do precedente judicial unificado, permitindo ampla participação das partes e dos demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que poderão apresentar através de audiências públicas novas argumentações e dados relevantes.

Por outro lado, o precedente judicial, nada impede que, fundamentadamente, se perpetue a superação de entendimentos consubstanciados para que nova tese passe a vigorar de forma efetiva e coerente.

Conclui-se, da presente pesquisa, que os conceitos essenciais da teoria do precedente judicial foram incorporados pelo NCPC ao ordenamento jurídico, que também não de atribuir eficácia vinculante a determinadas decisões do judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO. Luís Carlos de. **Curso do Novo Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BRASIL, **Justiça em números 2015**. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 19 ago.2016

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=185576>. Acesso em: 20 ago.2016

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, _____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, _____. _____. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael de Oliveira. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comparado**: CPC/73 para o NCPC e NCPC para o CPC/73: contém legenda das modificações. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processo Civil, volume 1**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, _____. **Novo Código de Processo Civil**: modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2015.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**, São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpç aõ . **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PATRUS, Rafael Dilly. **O amicus curiae como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica, e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo**: em conformidade com o novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

PRECEDENTES E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA: ESTUDO DA APLICAÇÃ DO INSTITUTO DO DISTINGUISHING NO PRIMEIRO E NO SEGUNDO GRAU

Martha Franco Leite

Laís Carvalho Leite Santos

1 INTRODUÇÃO

Embora sua tradição jurídica seja fundada no *civil law*, o Brasil vem assimilando de forma crescente institutos típicos do *common law*, a exemplo dos precedentes judiciais, especialmente agora com o novo Código de Processo Civil – CPC/2015 – em vigor desde março deste ano.

Muito se debateu acerca dessa adoção de uma teoria de precedentes no direito brasileiro nas discussões que precederam a elaboração do CPC/2015. Embora durante a tramitação tenha surgido proposta de um tratamento detalhado ao tema, abrindo capítulo específico para os 'precedentes judiciais', sua regulamentação acabou alocada no Capítulo I, do Livro III, que trata "Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais", de forma muito mais reduzida e sem os detalhamentos inicialmente propostos. Apesar disso, é quase unânime o entendimento de que o processo civil brasileiro realmente inseriu em seu bojo uma valorização da jurisprudência como fonte do direito, na medida em que trouxe hipóteses expressas de julgamentos vinculados a posições sedimentadas dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, a 'importação' de técnicas de julgamento de países de cultura jurídica diferente exige cuidados redobrados, especialmente quanto à postura das pessoas envolvidas na sua aplicação. Isso, evidentemente, gera preocupações quanto à efetividade que poderá vir a ter a aplicação de precedentes no direito brasileiro.

Assim é que, numa abordagem qualitativa e seguindo o método dialético, utilizando abalizada doutrina sobre precedentes, realiza-se uma pesquisa bibliográfica no sentido de fundamentar os argumentos utilizados no estudo de um caso concreto, em que o juízo de primeiro grau deixa de aplicar uma súmula do Superior Tribunal de Justiça fazendo uso do *distinguishing* e o tribunal de segundo grau, em decisão monocrática de relator, reforma o julgado.

Para atingir o objetivo proposto, de refletir a respeito dos cuidados na aplicação dos precedentes judiciais, desenvolvem-se, inicialmente, algumas considerações a respeito da adoção do sistema de precedentes no Brasil, a partir de um panorama amplo e generalizado. Em

seguida, são analisados alguns conceitos fundamentais à compreensão do tema – *ratio decidendi* e *distinguishing* – considerando as particularidades exigidas para a aplicação desses institutos no direito brasileiro, haja vista serem originários do sistema anglo-saxão, cujas raízes diferem essencialmente entre si.

É, portanto, nesse sentido que se desenvolve este trabalho, utilizando-se de um caso concreto para alertar sobre a importância de um correto entendimento e da necessidade de voltar uma atenção especial ao instituto e seus desdobramentos, afinal, os riscos de uma má aplicação dos precedentes são grandes e podem levar a resultados inversos daqueles que se espera, trazendo insegurança jurídica e violação de princípios fundamentais do ordenamento pátrio.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS ACERCA DOS PRECEDENTES

2.1 A Origem da Teoria dos Precedentes: Um Breve Olhar Sobre a Tradição Jurídica do *Common Law*

Cada sistema jurídico possui peculiaridades próprias, e falar *em common law* e *civil law*, as duas tradições jurídicas predominantes e mais influentes ao redor do mundo, implica em falar sobre precedentes.

De acordo com Didier (2015), precedente é "a decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos."

A perspectiva histórica de formação de uma doutrina dos precedentes permite concluir que o direito inglês, que é a raiz do *common law*, foi construído a partir da criatividade jurisprudencial. O *common law*, em sua concepção geral – ou seja, englobando, portanto, *o statute law* e o *case law* –, é a tradição jurídica que se difunde a partir da Inglaterra, em oposição à tradição jurídica do continente europeu. Quanto à doutrina dos precedentes vinculantes propriamente dita, trata-se da obrigação do juiz de não decidir diferentemente da solução precedente quando estiver diante de um caso análogo (casos iguais devem ser tratados igualmente). (MACÊDO, 2015)

> A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio de utilização do *distinguishing*. (STRECK E ABBOUD, 2015, p. 177)

Para Ramires (2010), o julgador do *common law*, ao decidir invocando um precedente, define, primeiramente, os fatos do caso presente e do que deu origem ao julgado pretérito, para, só então, fazer a comparação, a identificação e a distinção, aplicando ou não a regra.

Assim, enquanto no *common law* a fundamentação das decisões é significantemente discursiva e o raciocínio analógico e comparativo, no *civil law* a jurisdição se limita a enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador, concepção resultante do pressuposto de que "a lei seria completa e simples, portanto capaz de antever todos os casos que venham a ser juridicamente tratados, e mais: todo fenômeno jurídico se esgotaria na lei." (MACÊDO, 2015, p. 39-40)

Do mesmo modo, enquanto nesse último a fonte do direito é, por excelência, a lei, no primeiro, a fonte preponderante são os precedentes, que se tornaram vinculativos com a consolidação da doutrina do *stare decisis*[1]. Macêdo (2015) defende que a adoção de precedentes obrigatórios se deu como resultado da preocupação com segurança jurídica e limitação à criação jurisprudencial do direito.

No Brasil, assim como em outros sistemas jurídicos, também se utilizam os precedentes na praxe forense. Assim, visando também a garantia à isonomia, à segurança jurídica e à celeridade, o CPC/2015, ao dispor sobre algumas orientações quando da aplicação dos precedentes, confere-lhes uma significativa valorização.

2.2 Os Precedentes no Direito Brasileiro

É indubitável que a aplicação de precedentes é instrumento de efetivação da segurança jurídica e da justificação das decisões judiciais, capaz de possibilitar maior celeridade e eficiência à aplicação do Direito. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013)

Desde a Emenda Constitucional nº. 45/2004 superou-se a ideia de mera preocupação com o respeito às decisões advindas dos órgãos jurisdicionais superiores, sendo incorporada no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia vinculante de alguns enunciados do Supremo Tribunal Federal e o requisito da repercussão geral da questão constitucional para admissibilidade do Recurso Extraordinário. (THEODORO JR, 2005)

Em relação à expansão da eficácia vinculante das decisões, mencionada no começo desse tópico, cabe registrar que havia, no Direito Brasileiro, uma restrição do efeito vinculante,

---

[1] Segundo Tucci (2004), *stare decisis* é um termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

reconhecido apenas às decisões proferidas em controle de constitucionalidade. Contudo, após o advento das Leis 11.417/2006 (que regulou a Súmula Vinculante), 11.418/2006 (sobre a repercussão geral das questões constitucionais), e 11.672/2008 (acerca dos recursos repetitivos), houve atribuição de maior carga vinculante a outras tantas decisões oriundas dos tribunais superiores, tornando evidente a tendência de vinculação das instâncias inferiores aos precedentes judiciais. (LIMA, 2013)

Importa registrar a reiterada necessidade de se consolidar a aplicação dos precedentes no Brasil, tirando do *common law* algumas lições para compreender melhor o sistema de vinculação jurisprudencial que aqui se criou (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 175). A principal dessas lições é que a aplicação mecânica dos provimentos vinculantes se faz impossível, uma vez que nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula, vinculante ou não, pode ser aplicado de forma dedutiva/subsuntiva/mecânica. Essa problemática se destaca mais no Brasil pelo fato de que as súmulas e as decisões vinculantes já possuem sua textitude definida, enquanto no *common law* o precedente não é previamente definido textualmente.

Não basta, portanto, que a identificação dos casos seja somente a compatibilidade fática entre o caso passado e o caso presente, inclusive porque haveria julgados disponíveis para todos os tipos de necessidade, haja vista a comunidade jurídica brasileira produzir julgados antagônicos. Essas noções são fundamentais para conter o fenômeno que tem ocorrido de "uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe." (RAMIRES, 2010, p. 149)

> Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se preferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou dos enunciados, que vem a ser um elemento que proporciona um elo de ligação (sic) na cadeia discursiva. (STRECK E ABBOUD, 2015, p. 180)

Por certo, a importação da vinculação a precedentes, de forma expressa, para um sistema de *civil law,* implica em cautela e compromisso do julgador. A evidente dificuldade no estabelecimento do que é extensível aos casos futuros, partindo-se de uma decisão passada, decorre do fato de que, "mesmo na *common law*, os precedentes judiciais nunca são elaborados para resolver casos futuros." (RAMIRES, 2010, p. 70)

Portanto, de acordo com o pensamento dos autores colacionados acima, a interpretação do julgador, para precisar o sentido de uma decisão vinculante perante o caso concreto, jamais deverá ser dispensada.

Segundo Lima (2013), meras mudanças legislativas não possuem o condão de, sozinhas, incorporar os precedentes ao Direito Brasileiro. Destarte, resta evidente a necessidade de que a mudança ultrapasse os limites da letra da lei e atinja o comportamento dos profissionais, possibilitando o desenvolvimento de uma nova política judiciária.

2.3 Precedente, Jurisprudência e Súmula

O conceito de precedente vai além das diferenciações entre decisão e súmula, por exemplo, devendo ser constituído também a partir da consideração dos seus conteúdos, em especial do que o tribunal pontua acerca de uma questão jurídica. (MARINONI, 2011)

Esse caráter de orientação para julgamentos anteriores faz com que o precedente seja considerado sinônimo de jurisprudência. Não é raro o emprego do vocábulo precedente em sentido amplo, "para designar qualquer pronunciamento jurisdicional pretérito que sirva de padrão para julgamentos posteriores." (LOPES FILHO, 2014, p. 125). Contudo, apesar de comumente tratados como sinônimos, na linguagem corrente, existe uma nítida diferença entre precedente e jurisprudência.

Taruffo (2014) entende que são institutos distintos, sendo o precedente mais facilmente identificado em um sistema de *common law* do que a jurisprudência, em um de *civil law:*

> O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente 'faz precedente'. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. (TARUFFO, 2014)

A jurisprudência é uma sedimentação de pronunciamentos no mesmo sentido, algo que se constrói ao longo do tempo e, por conseguinte, não possui uma data de ingresso no sistema jurídico. Enquanto o precedente é uma resposta hermenêutica isolada, podendo ser utilizado como padrão para casos futuros, caso verificada a similaridade necessária entre os casos; a jurisprudência possui abrangência mais ampla, dispensando a estreita similaridade entre os casos. (LOPES FILHO, 2014)

As súmulas, por sua vez, são atos administrativos, porque prescindem de procedimento específico para sua criação, modificação e extinção, não se confundindo em decisão judicial, tampouco com ato jurisdicional.

De maneira sintética: quando da interpretação dos textos legais, identificando-se a norma geral do caso concreto, obtém-se a *ratio decidendi,* que constitui o elemento nuclear do precedente, este, reiteradamente aplicado, transforma-se em jurisprudência, a qual poderá instigar o tribunal à edição de enunciado de súmula. "Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente." (DIDIER, 2015, p. 47)

Como se sabe, o precedente jamais poderá se distanciar da tese jurídica dos fatos da causa, enquanto a súmula da jurisprudência dos tribunais é apenas o enunciado, ou seja, é um verbete geral e abstrato. (MACÊDO, 2015)

Ramires (2010) também defende a pretensão de abstração e generalidade da súmula, definindo-a como pronunciamento judicial, não podendo ser equiparada á prática jurídica nacional da tradição da *common law*, já que os tribunais, nesse sistema, não podem proferir regras em abstrato.

Cumpre registrar aqui a crítica de Zaneti Jr (2015), ao falar sobre a transição do caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior para o papel normativo dos precedentes atuais, com o advento do novo código. Defende que a jurisprudência é técnica ultrapassada, uma vez que enseja subjetivismos e contradições – o mesmo tribunal decide em contraste com o que já havia decidido anteriormente, pois a opinião do tribunal sobrepunha-se ao caráter vinculante dos próprios precedentes.

Quanto ao CPC/2015, válido ressaltar que os precedentes, na redação do projeto aprovada na Câmara em 26.03.2014, estavam dentro da lógica da teoria da decisão judicial, superando a teoria da mera uniformização de jurisprudência. Porém, o fato de terem havido inúmeras supressões em relação aos dispositivos do projeto, na versão da Câmara dos Deputados, não deve influenciar a aplicação dos precedentes previstos nas hipóteses elencadas no art. 927, porque de fato, não estão restritos à uniformização da jurisprudência. (ZANETI, 2015)

Sobre as disposições do CPC/2015, principalmente a ordem de apresentação das decisões que servirão como precedentes, em cada um dos incisos do art. 927, destaca-se a existência de uma hierarquia a ser observada no momento do julgamento:

> Em primeiro lugar, deverão ser aplicados os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; na sequência, terão vez as súmulas vinculantes; depois, os precedentes decorrentes do julgamento dos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos; **os enunciados das súmulas** do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e **do Superior Tribunal de Justiça em**

> **matéria infraconstitucional** terão vez na sequência e, finalmente, será aplicada a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (CAMBI e FOGAÇA, 2015, p. 348, grifo nosso)

Macêdo (2015) registra sua crítica quanto às supressões feitas na versão da Câmara, afirmando que "as modificações enfraqueceram sobremaneira a implantação do *stare decisis* brasileiro, que agora volta a depender de um forte esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial."

Sobre o caso concreto estudado adiante, o que se vê é que o advogado da parte requereu a aplicação de Súmula do STJ como sendo o próprio precedente. No momento do julgamento, contudo, o julgador não fez a análise apenas do enunciado, mas buscou os julgamentos que ensejaram a criação da súmula. Assim, apesar de, aparentemente, ter sido utilizada a súmula como sendo o próprio precedente, a análise recaiu sobre as decisões pretéritas.

2.4 A *Ratio Decidendi e* o *Distinguishing*

Imprescindível o esclarecimento, ainda que de forma geral, desses institutos que estruturam a teoria dos precedentes, a fim de promover uma melhor compreensão do caso concreto estudado em seguida.

Marinoni (2011), ao discorrer sobre os fundamentos determinantes da decisão, define a fundamentação da sentença como o momento em que são enfrentadas as questões de fato e de direito discutidas no caso concreto. Nas palavras do doutrinador:

> Aí cabe ao juiz demonstrar o seu raciocínio probatório e a convicção que formou acerca dos fatos, bem como as razões pelas quais acolheu ou não a tese jurídica sustentada pelo autor, ou seja, os motivos pelos quais entendeu que dos fatos evidenciados decorrem, ou não, os efeitos jurídicos pretendidos. (MARINONI, 2011, p. 217)

Assim, a razão de decidir, ou seja, a *ratio decidendi*, deve estar contida na fundamentação da decisão.

De forma objetiva, Didier (2008) pontua que a *ratio* é a norma geral que embasa o caso concreto, ensejando a uniformização da jurisprudência quando se repete essa fundamentação em vários casos, o que pode culminar inclusive com a elaboração de súmulas.

Importante ressaltar, contudo, que o precedente não pode ser reduzido à norma jurídica, uma vez que "reduzir o precedente à norma consiste em excluir os elementos do julgado que lhe dão nota de identidade na própria ordem jurídica, e que o torna relevante para o Direito ao lado das normas legislativas e constitucionais." (LOPES FILHO, 2015, p. 155)

Em verdade, defende Lopes Filho (2015) que, mesmo que se possa inferir uma norma do precedente, ele nunca se resumirá apenas à norma, pois é mais amplo, mais rico. O precedente é, portanto, uma resposta hermenêutica ao caso julgado, fruto de um processo dialético, em que os argumentos das perspectivas das partes são enfrentados e considerados em fundamentação detida – fundamentação esta reforçada pelo art. 489, do Novo Código de Processo Civil.

Ainda no âmbito da motivação das decisões, cumpre frisar a importância do art. 926 do CPC/2015, na medida em que institucionaliza os deveres de uniformização, integridade e coerência. Esses deveres são os pilares da construção do *stare decisis* brasileiro, que visam garantir uma maior segurança jurídica e uma maior racionalidade ao direito jurisprudencial. (MACÊDO, 2015)

Ao falar em teoria dos precedentes, mais especificamente sobre o princípio da equidade como instrumento que confere relevância ao precedente, Frederick Schauer (2015, p. 77) defende que a declaração "casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente" é muito abrangente, quase inexpressiva, em razão da dimensão do que seria "semelhante". Assim, faz uma análise da complexidade dessa dimensão:

> Se as categorias de semelhança são tão pequenas que permitem ao julgador levar em consideração virtualmente qualquer variação entre acontecimentos separados, então casos parecidos estão realmente sendo decididos diferentemente, já que a norma do precedente escassamente restringe. Contudo, se categorias relativamente grandes agem para agrupar vários casos particulares um pouco diferentes sob um título geral de semelhança, então a constrição a decidir casos semelhantes semelhantemente transforma seguir precedentes em uma restrição substancial. (SCHAUER, 2015, p. 77)

Ora, o problema não é a questão puramente de tratar casos semelhantes semelhantemente, mas sim do dever de basear a norma decisória em categorias relativamente abrangentes de semelhança, ou, por contraste, deixar o julgador de certo modo livre para considerar qualquer meio possível no qual este conjunto particular de eventos possa ser único. A restrição puramente formal de tratar casos semelhantes semelhantemente não se relaciona com essa questão. Embora a primeira dessas alternativas descreva um sistema de precedentes, a segunda descreve um sistema no qual a restrição do precedente é, em termos práticos, ausente. (SHAUER, 2015, p. 78)

Logo, conclui Schauer que se deve olhar para as razões substanciais a fim de escolher as categorias de decisão maiores no lugar das menores. Sobre essa questão da identificação da similitude entre casos paradigma e paragonado, que deve ser enfrentada pelo magistrado:

> A complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, outrossim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. (SCHAUER, 2015, p. 78)

A inovação do Código de Processo Civil de 2015 recai na valorização da exigência do reforço argumentativo das decisões judiciais, dando destaque ao dever constitucional de fundamentação, a qual deverá fazer referência à *ratio decidendi* de julgamentos anteriores. O julgador, dessa forma, invocará e, ou concordará com o precedente, ou discordará dele. "Em ambos os casos, competirá ao julgador o dever de apontar os motivos suficientes para aplicar o precedente, ou as diferenças entre o caso paradigma do precedente e o caso concreto que justifiquem a não aplicação". (CAMBI e FOGAÇA, 2015, p. 350-351)

Na medida em que a *ratio decidendi* vincula os tribunais ordinários e os demais juízes, essas razões determinantes podem ser utilizadas para limitar ou estender a aplicação do precedente, o que seria a prática do *distinguishing*, considerada a principal técnica na aplicação da teoria do precedente, conforme assertivas de Cambi e Fogaça (2015).

Macêdo (2015) defende duas acepções para se analisar a distinção. Na primeira, seria o processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta, enquanto a distinção em sentido estrito significaria o próprio resultado do processo argumentativo, o afastamento da aplicação de determinado precedente após a efetiva comparação entre dois casos.

Ainda tecendo algumas considerações sobre a distinção que pode ser feita pelo órgão julgador, válida a reflexão feita por Marinoni (2013), após análise do HC 85.185-1, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 01/09/2006. Na hipótese, muito se discutiu sobre a aplicação da Súmula 691 do STF[2] no caso em questão: enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence sugeriu que o único recurso de hermenêutica da súmula é a consulta aos seus precedentes, o Ministro Cezar Peluso defendeu o cancelamento da súmula. O Ministro Carlos Britto, por sua vez, optou por defender a ponderação, sob o argumento de que, em se tratando de súmula, ou se a observa de acordo com os precedentes que a embasaram ou será o caso de cancelá-la. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, argumentou que a partir da ideia mesmo do *stare decisis*, haveria duas formas de arrostar o entendimento; poderia ser arrostado

[2] Desnecessário informar o teor da súmula, pois, no caso, não se pretende fazer qualquer referência ao mérito da demanda, mas tão somente à discussão em torno da aplicação ou não da súmula e da análise das técnicas a serem adotadas para essa aplicação ou afastamento.

radicalmente, adotando-se o *overruling*, que é a técnica de superação de precedentes, ou se fazendo o *distinguishing*.

> O surgimento de uma nova situação, não tratada nos precedentes que deram origem à Súmula, pode não impor o *overruling*, mas o *distinguishing*. [...] Basta que o novo fato, combinado com os fatos presentes no caso primitivo, justifique o ajuste da *ratio decidendi* ao caso sob julgamento. (MARINONI, 2013, p. 357)

Ressalte-se ainda que, diferente do *overruling*, cuja competência recai sobre órgão julgador certo e determinado, a distinção pode – e deve – ser realizada independente de quem seja o julgador – se juízo em primeiro grau, tribunais inferiores ou tribunal do qual emanou o precedente. (MACÊDO, 2015)

Assim, adota-se a técnica do *distinguishing* justamente porque, no momento da prolação do precedente, determinado fato ou circunstância pode deixar de ser considerado, de forma que, havendo a necessidade de um enfrentamento posterior, seja possível a justificação de nova solução, independente da realização de *overruling*. Desse modo, não haveria apenas as opções de aplicação ou cancelamento da súmula, inclusive porque isso implicaria em supor que nenhuma circunstância poderia deixar de ser prevista quando da elaboração do enunciado.
"Não é preciso dizer que isso nega a estrutura marcadamente temporal do próprio direito." (MARINONI, 2013, p. 359)

Assim, o que se percebe é que o precedente nunca deverá ser anunciado de forma única, completa, sem ressalva das similitudes e distinções, das ampliações e reduções conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

O caso a seguir estudado trata exatamente de aplicação da técnica de *distinguishing*, em que pese ter acontecido antes mesmo de o CPC/2015 ter entrado em vigor (no período da *vacatio legis*).

3 ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Feitas algumas considerações conceituais necessárias à compreensão do tema estudado, a relevância do caso a seguir estudado pode ser assim definida (considerando que a decisão foi proferida antes da vigência do Novo CPC): apesar dos diversos estudos teóricos que estão sendo feitos acerca da aplicação dos precedentes no novo código, para se compreender as origens, os conceitos, as cautelas, e, principalmente, as críticas – positivas e negativas – sobre a importação desse instituto, o que importará, de fato, será a efetiva atuação dos órgãos julgadores diante da mudança legislativa.

Muito se fala sobre a responsabilidade dos juízes, desembargadores e ministros quando da tomada de decisões mediante aplicação dos precedentes, pois, por óbvio, as garantias que se pretendem (segurança jurídica e coerência da ordem jurídica, por exemplo) só serão concretizadas se a teoria ultrapassar a letra da lei, se houver uma mudança na postura desses órgãos que, de fato, proporcione os benefícios esperados.

Assim, válida a análise de caso em que o julgador, considerando a vinculação que entraria em vigor em 2016, fundamentou, em 2015, sua decisão levando em conta o estudo teórico que estava (e ainda está) sendo feito acerca dos precedentes.

Trata-se de ação[3] em que o advogado da parte vencedora invocou a aplicação da súmula 344 do STJ[4]na fase de cumprimento de sentença.

Registre-se, de logo, que no julgamento da ação de conhecimento, transitou em julgado a sentença que impôs a liquidação por arbitramento, para se apurar o *quantum debeatur*, de modo expresso e claro, inclusive na parte dispositiva.

Assim, ao requerer a aplicação da Súmula 344 do STJ como precedente, criou-se o dever imposto ao julgador, da fundamentação da decisão[5], fosse para aplicar o precedente ao caso, fosse para afastá-lo.

Quando do recebimento da inicial, o órgão julgador de piso destacou que a Súmula, que, frise-se, acolhe a possibilidade de alteração da forma de liquidação, mas não a sua dispensa, teve como um dos julgados precedentes à sua elaboração agravo de instrumento no qual se constatou a impropriedade da via da liquidação adotada, determinando a liquidação pela modalidade de arbitramento em detrimento de mero cálculo aritmético.

Percebe-se, portanto, que a decisão da juíza singular foi além do enunciado da Súmula, buscando os julgados que o originaram[6], a fim de delimitar *a ratio decidendi* do precedente, utilizando como parâmetro o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 564.139 – MS (2003/0201785-5), que teve como Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

---

[3] Processo n. 201511300387/SE.

[4] Súmula 344, STJ: "A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada".

[5] Esse dever de fundamentação da aplicação ou afastamento das súmulas, embora só venha expresso agora no CPC/2015, já deveria fazer parte da rotina dos magistrados mesmo na vigência do atual CPC/1973, em que se pode percebê-lo implicitamente, já que o princípio da motivação das decisões é de índole constitucional e a busca de isonomia e segurança jurídica impõem a necessidade de respeito às posições consolidadas pelos órgãos responsáveis pela uniformidade da interpretação da Constituição (STF) e da legislação federal (STJ).

[6] Julgados precedentes: AgRg no Ag 564.139-MS; Rcl 985-BA; REsp 3.003-MA; REsp 348.129-MA; REsp 657.476-MS; REsp 693.475-RJ.

Nesse sentido, a decisão seguiu uma lógica de aplicação típica do sistema de *common law*, na medida em que analisou primeiramente a *ratio* que deu origem ao precedente (no caso, o AgRg no Ag 564.139-MS, que, juntamente com outros julgados, tornaram-se precedentes para a edição da Súmula), para então verificar a compatibilidade com o caso concreto.

Cumpridos, portanto, os requisitos destacados por Cambi e Fogaça (2015, p. 348-349) de responsabilidade e análise criteriosa das similitudes de fato e de direito entre o caso concreto e o caso passado, a partir da composição do precedente.

> No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juizes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável á parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*, bem como o que significa *obiter dictum*. (MARINONI, 2013, p. 245)

Ainda sobre a necessidade de se delinear a *ratio* do caso já resolvido, Marinoni (2013, p. 245-246) destaca que se deve observar a linguagem do precedente, a questão de direito e de fato, bem como os julgados anteriores e posteriores ao precedente.

No caso em apreço, o juízo de primeiro grau, após delimitar a *ratio decidendi* do precedente no sentido da possibilidade apenas de alteração da forma de liquidação disciplinada na decisão de conhecimento, e não a sua dispensa, aplicou a técnica do *distinguishing*, por não ter constatado a semelhança fático-jurídica do caso com os julgados precedentes que originaram a Súmula do STJ.

Logo, tendo o exequente dado início à fase executiva sem a liquidação imposta no título judicial, o juízo deu por impossibilitada a emenda, e, consequentemente, extinguiu o cumprimento de sentença com lastro no artigo 267, I e VI do CPC vigente.

O que se percebe é que, de fato, trabalhar com precedentes constitui um processo de individualização do Direito e de universalização da regra estabelecida no precedente (ou nos casos sumulados), conforme suscitado por Nunes e Horta (2015, p. 310), uma vez que exige do intérprete constante atenção à dimensão subjetiva do caso concreto.

A decisão também discorre sobre importante apontamento trazido por Marinoni (2011): ao afastar a súmula em razão do *distinguishing*, a decisão não nega as razões que fundaram o enunciado, mas demonstra que o caso concreto não se amolda à *ratio decidendi* do precedente. Trata-se, portanto, de visualização de parâmetros diferentes relacionados a uma mesma norma material – a que trata da liquidação.

Frisa-se aqui o cumprimento do dever de motivação expressamente previsto no art. 489, § 1º, do Novo CPC, na medida em que se demonstrou a existência de distinção no caso em

julgamento para deixar de seguir enunciado de súmula invocada pela parte, tal qual disposto no inciso VI do referido artigo.

Pois bem, a parte exequente, que teve a petição inicial do módulo executivo indeferida, interpôs Recurso de Apelação[7], sob o argumento de que não fora aplicado o entendimento sumulado pelo STJ.

Ao receber o recurso, o relator, de plano, entendeu que o valor da quantia executada poderia ser aferido mediante simples cálculo aritmético, apenas atentando-se para os parâmetros delineados no título executivo judicial, sendo desnecessária a liquidação – de qualquer forma.

Assim, fundamentando a decisão em posição doutrinária que defende a dispensa de liquidação nos casos em que a determinação do valor depender apenas de cálculo aritmético, e também em ementas de recentes julgados do próprio Tribunal de Justiça e do STJ no mesmo sentido, o relator decidiu monocraticamente para dar provimento ao recurso, nos termos do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil de 1973, destacando que a decisão recorrida encontrava-se em manifesto confronto com a jurisprudência pacífica do STJ.

Afastadas as análises de mérito acerca do caso, porque secundárias para o objetivo deste trabalho, o que se vislumbra no caso estudado é que não houve, por parte do Tribunal, mais precisamente do desembargador relator, qualquer referência à técnica do *distinguishing* aplicada em primeiro grau. Em verdade, sequer mencionou a teoria dos precedentes, ou fez qualquer consideração de violação de precedente.

O que se analisa aqui, registre-se, não é a análise do mérito feita pelo magistrado de piso, mas apenas a evidência de não atendimento às normas relativas à aplicação de precedentes pelo desembargador relator, especialmente diante do Novo Código de Processo Civil. Essa prática é denunciada por Michelle Taruffo, como sendo recorrente nos países de *civil law,* de se fazer meras referências aos precedentes ou a uma lista de precedentes, porém sem considerá-los individualmente e analiticamente. (apud LIMA, 2013, p. 57)

Imperioso destacar que o provimento monocrático de recurso é mais rigoroso que a negativa de provimento, ambos realizados pelo relator, a quem foi conferida maior concentração de poderes, na medida em que substitui o colegiado em determinadas situações. Isso porque o provimento impõe a reforma da decisão lançada pela primeira instância, enquanto a negativa de provimento apenas confirma a decisão do juízo *a quo* (LIMA, 2013, p. 379).

---

[7] Recurso de Apelação n. 201500709795/SE.

Decorre, pois, a necessidade apontada por Lima (2013) de se atentar para a importância de que o paradigma utilizado pelo relator seja efetivamente semelhante à situação objeto do julgamento monocrático, devendo perscrutar a *ratio decidendi* do precedente antes de invocá-la ao caso presente.

> Na verdade, o julgamento monocrático, ao pautar-se em precedente, sempre estará baseado em seus fundamentos determinantes. Isso porque, como é óbvio, não há como o julgamento monocrático se basear no dispositivo de acórdão. Aliás, mesmo no caso de súmula ou jurisprudência dominante, em muitos casos será necessário investigar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à súmula ou à jurisprudência dominante. (MARINONI, 2013, p. 513)

Contudo, na tentativa de se valorizar os precedentes, seja através das hipóteses de cabimento do julgamento monocrático pelo CPC/1973, na medida que permite o provimento de recurso em que a decisão impugnada esteja contrária a súmula ou jurisprudência dominante de Tribunais Superiores, seja pelas inovações do CPC/2015, o que se vê é justamente o contrário. A análise superficial que se critica – e que se tenta combater, com as normas referentes à fundamentação do CPC/1973 e reforçadas no CPC/2015 – acaba por julgar casos potencialmente diferentes de forma igual, ainda que a diferença tenha sido apontada na sentença.

In casu, não só a decisão monocrática deixou de analisar o *distinguishing*, como acabou dispensando a liquidação imposta na sentença de conhecimento, a qual já havia transitado em julgado.

Ademais, por não ter sido feita qualquer referência às ressalvas apontadas na sentença que extinguiu a fase de cumprimento, como a delineação da *ratio decidendi* e as considerações com o fito de mostrar a distinção entre os casos, percebe-se que, em que pese a análise baseada já nos termos do novo código, as ressalvas destacadas sequer foram mencionadas pelo julgador quando do provimento monocrático.

Reitere-se, portanto, que a discussão recai sobre a aplicação dos precedentes, em termos processuais, independente da análise do mérito, ou seja, do cabimento ou não da súmula e, consequentemente, do *distinguishing*.

No Brasil, até então, a utilização dos precedentes se restringiu a uma padronização das decisões, em razão da aplicação superficial e, consequentemente, equivocada do direito jurisprudencial. Assim, muitos teóricos criticam essa forma de argumentação por precedentes, pois gera uma "desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstrativização exagerada, que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogias entre casos." (BUSTAMANTE, 2015, p. 288)

Assim, na ausência de regra de direito positivo estabelecendo o dever de observância dos precedentes judiciais, deve haver ao menos uma regra moral internalizada pelos aplicadores do direito, recomendando a atenção ao precedente judicial (BUSTAMANTE, 2015, p. 276). Isso porque, mesmo havendo a previsão, no próprio art. 926 do CPC/2015, dos deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, bem como de motivação e de adequada fundamentação, caberá a cada órgão julgador cumprir, na prática, com esses deveres, independente de punição pelo descumprimento, que, de fato, não há, mas em razão do dever moral que ele presta perante os jurisdicionados.

Como já dito no decorrer desse trabalho, não é raro observar os aplicadores do direito utilizando-se de decisões pretéritas através das citações de ementas a fim de justificar a "jurisprudência dominante". O receio, portanto, é de que esse discurso superficial continue, mesmo com a teoria dos precedentes, fazendo do precedente mais uma mera citação ao longo das petições e das decisões judiciais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dizer que o Brasil só passaria a aplicar os precedentes como fonte de direito em razão das inovações do CPC/2015 é, por certo, equivocado. A técnica de aplicação do precedente tem sido, ao longo do tempo, cada vez mais valorizada, a exemplo da criação das súmulas vinculantes, que foi um grande marco do caráter vinculativo dos precedentes no sistema brasileiro.

Quando da aplicação de decisões pretéritas para fundamentar uma decisão, o julgador deve ter a cautela de analisar as circunstâncias do caso precedente, inclusive em nome da garantia constitucional de segurança jurídica. O CPC/2015 veio, portanto, reforçar a necessidade de análise da compatibilidade do precedente com o caso presente, visando a isonomia na justiça brasileira e possibilitando, assim, a coerência da prestação jurisdicional àqueles que buscam o Poder Judiciário.

Dessa forma, em que pese o dever da motivação das decisões judiciais já fazer parte do ordenamento mesmo antes do CPC/2015, este impõe ao julgador o dever da fundamentação adequada. Do mesmo modo, determina que, a partir da análise do precedente, deve-se comparar se as circunstâncias fáticas e de direito são similares às do caso presente: sendo os fatos ou o direito aplicável incompatíveis, caberá ao julgador identificar a distinção entre os casos, de forma objetiva e clara, afastando, motivadamente, a aplicação do precedente.

Portanto, quando se fala de aplicação de precedentes, é incontroversa a necessidade de se identificar a *ratio decidendi* do precedente. No presente estudo de caso, em se tratando de súmula do STJ, analisou-se o precedente que ensejou sua criação. Assim, após delimitada a *ratio decidendi*, o juízo de primeiro grau entendeu que se tratava de caso de aplicação de *distinguishing*.

Em contrapartida, recorrida a sentença analisada, o relator usufruiu da premissa do art. 557 do Código vigente à época para dar provimento ao recurso monocraticamente, reformando a sentença. Ocorre que, quando da fundamentação da decisão, sequer foram enfrentadas as razões do juízo de primeiro grau, ou seja, as diferenças por ele apontadas entre as circunstâncias do caso concreto e dos precedentes que originaram a súmula.

Desconsiderando a análise do mérito da questão, o que se defende, portanto, é que as decisões devem ser pontuadas, de forma clara, devendo o julgador deixar transparecer os motivos que o levaram àquele posicionamento – a obediência a um artigo de lei ou a um entendimento pacificado. Não se pode, contudo, simplesmente reproduzir letras de lei, ou ementas de julgados, como se fossem razões suficientes para justificar o seu dever de motivação.

Um sistema jurídico que pretende uma uniformização da jurisprudência, fazendo prevalecer a integridade, a coerência e a estabilidade das decisões judiciais só será alcançado se houver uma mudança na cultura jurídica brasileira, partindo de cada indivíduo e, especialmente, de cada julgador. Caso contrário, as mudanças legislativas que vieram com o CPC/2015 permanecerão sem garantir, efetivamente, a isonomia e a segurança jurídica tão almejadas pela sociedade.

Se o Brasil quiser promover as melhorias esperadas com a adoção da teoria dos precedentes, deverão os aplicadores do Direito, inclusive os estudantes de graduação, comprometer-se a estudar seus institutos e suas características, possibilitando a efetiva compreensão e a adequada aplicação dos precedentes no Direito Processual Civil.

REFERÊNCIAS

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Editorial 49, 23/09/2008**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/en/editorial/editorial-49/>. Acesso em 10 out 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil 2.** 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 147-173.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 459-489.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 301-331.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan/jun 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHAUER, Frederick. Precedente. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 49-84.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 175-180.

THEODORO JR., Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004 sobre o processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 6, n. 35, p. 17-29, maio/jun 2005. ISSN Eletrônico: 1984-1841. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89133>. Acesso em 10 out 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez. 2014. Disponível em: http: civilistica.com precedente-ejurisprudencia>. Acesso em 25 out 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. ed. São Paulo: RT, 2004.

VIOLIN, Jordão**.** Julgamento monocrático pelo relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 505-518.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 408-423.

A JURISTOCRACIA E A RECUSA NA APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tatiana Fortes Litwinski
André Luis Costa Barros

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que o artigo adentra ao tema proposto aniquilando toda a base teórica que fundamente a existência de um poder absoluto, supremo, acima de qualquer regra ou princípio.

Em pleno século XXI e após o fabuloso movimento do Constitucionalismo, torna-se inconcebível admitir a existência de argumentos que consolidem a modulação dos contornos lesivos de uma superioridade inexistente ao esqueleto abstrato de um sistema constitucional.

A juristocracia não representa, de maneira alguma, uma patologia, mas ela gera sim a própria patologia a depender do contexto a que for inserida. As células do sistema só se contaminam quanto o oxigênio necessário restou prejudicado pela própria arbitrariedade do poder que fora anteriormente concedido.

Neste embalo, o artigo traz, em seu bojo, todo o desenvolvimento teórico capaz de depreender todas as pré concepções acerca da juristocracia, bem como denunciar esta prática dentro do contexto da recusa na aplicação do novo código de processo civil.

E, dentro deste cenário, a grande indagação que circunda é acerca de quais os limites impostos aos juízes nas hipóteses em que desconsideram determinada legislação?

O ponto de sutura deste trabalho gira acerca da discussão acerca da recusa na aplicação do Novo Código de Processo Civil ao sistema dos Juizados Especiais Cíveis, eis que este Diploma Processual sempre fora utilizado, de forma subsidiaria.

Neste panorama, o cerne da discussão adentra ao principio constitucional da separação dos poderes, na medida em que o parlamento, o responsável pela feitura da legislação, depara-se com o cerceamento da aplicabilidade da legislação posta, e, conseqüentemente, a proeminência do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes.

Dentro deste cenário de abstenção, emerge-se alguns questionamentos essenciais, que serão objeto de aprofundamento neste artigo: Existem limites nas determinações judiciais? A negação a aplicação do Novo Código de Processo Civil pelo Judiciário fomenta a denominada Juristocracia? Qual a nova perspectiva da separação dos poderes?

A pesquisa possui caráter exploratório e bibliográfico traduzido na análise crítica de livros e artigos científicos sobre o tema e correlacionados, o estudo sobre a legislação e análise crítica da decisão pela não aplicação do Diploma Processual.

Discute-se, portanto, se cabe ao judiciário decidir sobre a aplicabilidade ou não das disposições contidas no Novo código de Processo civil no âmbito dos Juizados Especiais cíveis e se tal ordem, com base na discricionariedade e por meio de fundamentos principiologicos tem o condão de legitimar tal decisão.

Com base nos ensinamentos de Dworkin e de outros juristas de renomavel importância fora arquitetado uma teia argumentativa capaz de demonstrar o perigo de uma decisão igual a esta ora denunciada, em especial por ferir as próprias conquistas históricas em desfavor do autoritarismo enraizado nas mãos de um único poder, desconsiderando os atos dos demais poderes.

Portanto, este trabalho tem a missão de demonstrar a necessidade de se construir o Estado Democrático de direito afastando os resquícios do autoritarismo, as pechas deixadas pela discricionariedade.

2 A NOVA CONCEPÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A PROEMINÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DOS DEMAIS PODERES.

É imperioso destacar que a idéia de separação de poderes do Estado tem seus traços iniciais na antiguidade, por meio das indagações acerca da concentração de poderes nas mãos dos Monarcas e, conseqüentemente, pela necessidade de limitação deste poder.

Impende elucidar que a separação dos poderes adentra na ciência jurídica por meio do Direito Constitucional e entrelaça, de forma inegável e indissociável, no Direito Administrativo, refletindo, também, na ciência política.

Nestes traços, aduz que nas mãos de Locke e, em especial de Montesquieu a teoria clássica da separação de poderes tomou luz própria e refletiu a necessidade do tão desejado equilíbrio.

Sendo assim, torna-se salutar trazer trecho dos dizeres de Montesquieu (2006, p. 166):

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo.

> Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. [...] O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. [...] o poder legislativo será confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo, que terão cada um suas assembléias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados. Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo.

Com o surgimento do movimento denominado - Constitucionalismo verifica-se o império das leis e a soberania popular.

Neste ponto, transcreve Luís Roberto Barroso (2010. p. 5 e 6) :

> Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of the Law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira (...).Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação ao poder. Em primeiro Lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fudamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana (...). Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes (...). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal (...)

Não havendo espaço a concentração de poderes nas mãos de um único soberano, mas a tripartição.

Neste sentido, Pedro Lenza (2011. p. 433) enuncia:

> "As primeiras bases teóricas para a "tripartição de Poderes" foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua oba Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos".

Na mesma linha, Marcelo Novelino (2014. p. 356):

> A classificação das funções do Estado foi inicialmente esboçada por Aristóteles (384 a 322 a.C.) no texto intitulado "Política". Nos tempos modernos, John Locke foi o primeiro autor a formular uma teoria da separação dos poderes do Estado, apesar de só tê-lo feito entre Legislativo e Executivo, não contemplando o Judiciário. De acordo com o filósofo inglês –que contribuiu para a formação da separação dos poderes por meio da interpretação de instituições adotas (sic) na Grã-Bretanha em decorrência da Revolução de 1688 -, reunir o Legislativo e o Executivo em um mesmo órgão,seria provocar uma tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição...

O fato é que na realidade atual esta concepção não consegue se permanecer intacta dentro dos parâmetros traçados, requerendo, a todo instante, uma mudança nas suas perspectivas estruturais condizentes a esta nova realidade.

O que se observa, nos dias atuais, é uma interferência do Judiciário nas demais esferas de poder, tendo como justificativa moral a busca por uma maior eficiência, tomando como fundamento basilar a proteção aos direitos fundamentais.

Neste ponto, faz surgir a expressão a "judicialização da política" ou "politização do Poder Judiciário", que traz como característica primordial a relativização dos próprios fundamentos contidos no Princípio da Separação dos Poderes.

Fica em voga a atuação positiva e ativa do Poder Judiciário em detrimento da omissão ou negligência dos outros poderes, sendo que no caso em análise a grande questão é a ampliação dos poderes do Judiciário até mesmo em "anular" decisões de outros poderes, em total desarmonia como o sistema de poderes.

Ante aos fatos declinados, torna-se interessante debruçar neste tema, com o fito de desenvolver uma análise das possíveis posições que tal prática possa promover na realidade fática ali introduzida.

Neste norte, Luís Roberto Barroso (2013, p. 307) enuncia as hipóteses que engloba tal conduta, senão vejamos:

> (i)a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O certo é que esta interferência ativa do Judiciário é alvo de severas críticas por parte dos doutrinadores favoráveis a permanência clássica do Princípio da separação dos poderes, tendo como argumento basilar o fato da impossibilidade do Direito de se sobrepor à legitimidade política e às funções do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

É mister elucidar que o Poder Judiciário não pode intervir de forma absoluta e temerária, mas não podemos negar a necessidade de atitude proativa do Judiciário, quando for preciso defender os próprios direitos constitucionais, em especial os direitos de natureza fundamental.

Sendo assim, a relativização do Principio da separação dos Poderes torna-se salutar para a própria defesa dos direitos constitucionais.

Dentro deste aspecto declinado, torna-se salutar transcrever os dizeres de J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 250): "o que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber

se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima."

Neste sentido, cita-se Norberto Bobbio (2010, p. 36):

> [...] as instituições representam o poder legítimo no sentido weberiano da palavra, isto é, o poder cujas decisões são aceitas e cumpridas na medida em que consideradas como emanadas de uma autoridade, à qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas para toda a coletividade; [...] Daí a freqüente afirmação de que a solução de uma grave crise que ameaça a sobrevivência de um sistema político deve ser procurada, antes de tudo, na sociedade civil, na qual podem ser encontradas novas fontes de legitimação[...].

È inegável a necessidade de olhar o Princípio da separação dos poderes com os olhos voltados para as necessidades atuais, sob pena de desvirtuar o próprio sistema protetivos de direitos.

Com o fito de correlacionar a necessidade de adaptação do principio a realidade, torna-se salutar trazer as posições doutrinárias que compartilham com esta necessidade, como por exemplo, a posição de Pedro Vieira Abramovay e Adriana Lacombe Coiro (2012, p. 183):

> A separação de poderes, em sua concepção moderna, a partir do conceito de freios e contrapesos não implica separação absoluta entre as funções legislativa, executiva e judiciária, mas sim um diálogo a ser promovido entre os Poderes. [...] Não se trata de poder sem controle, tampouco interferência indevida de um Poder em outro, mas sim de manifestação da separação de Poderes, vista como controle e interferência entre Poderes, visando à evolução social.

Com destaque e no mesmo caminho, cita-se Robert Alexy (2012, p. 546) que:

> Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.

Na mesma esteira, o doutrinador George Marmelstein (2013, p. 289):

> [...] reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da 'solução de compromisso' que todos os agentes devem assumir na concretização de direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional.

Deste modo, é irretorquível a necessidade de adaptação da concepção clássica proposta por Montesquieu, ante a necessidade de proteção e efetivação das normas constitucionais e aos próprios direitos fundamentais, a base para a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Após a contextualização acerca da necessidade de readaptação do Principio da Separação dos Poderes e a existência de proeminência na atuação do Poder Judiciário, torna-se interessante trazer ao enfoque o tema proposto neste artigo ao contexto ora arquitetado.

Dentro deste aspecto, aduz que no artigo em tela o Poder Judiciário estampa a figura de um verdadeiro diretor, articulando um comando fora da órbita de defesa acima declinado, já que a interferência judicial em desfavor de um legislação federal – Novo Código de Processo Civil, não tem como base a defesa dos direitos constitucionais.

Deste modo, não se pode conceber a interpenetração nos poderes sem a observância de fundamentos mínimos e coerentes ao contexto Constitucional ou sem a construção de uma teia argumentativa capaz de legitimar esta ordem subversiva, sob pena de permitir a tirania e o autoritarismo, desequilibrando a balança dos poderes e erguendo a tão cruel Juristocracia!

3 DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

No Brasil, tem se discutido muito sobre a atuação ativa do Poder Judiciário, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e do processo de constitucionalização do direito.

O judiciário ganhou força e virou o verdadeiro protagonista da luta contra as arbitrariedades, mas a grande questão é que a ele restou dizer a última palavra e a luta pela arbitrariedade mudou o seu foco de análise!

Neste embalo, percebe-se um verdadeiro aumento da interferência judicial necessitando, assim, maior comprometimento em zelar com a tradição jurídica, o grande reflexo das grandes conquistas.

Neste sentido, analisa-se a expressão "Juristocracia" que segue como símbolo de retórica utilizado para criticar o comportamento ativo do Poder Judiciário, já que propõe a junção entre Judiciário e Autocracia.

Nas palavras de Paulo Paiva (2011, p. 499) juristocracia seria: "uma mudança nos parâmetros político-decisórios da democracia e teria como característica principal dar curso a uma progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos políticos-majoritários.

Ao tratar desta atuação ativa do Poder Judiciário, torna-se interessante trazer os dizeres de Daniel Sarmento (2007, p. 144) ao criticar as manifestações judiciais no que tange a fundamentação principiológica:

> “E a outra face da moeda é o lado E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juizes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”.(SARMENTO, 2007, p. 144)

Ora, na citação acima transcrita o que se pretende denunciar é autoridade envolvida com o incluso fundamento principiológico que tem o fim de esconder a sua própria arbitrariedade.

É inconcebível fundamentar a autoridade com base nos princípios, sob pena de desvirtuar toda a seqüência lógica que sistematiza o próprio ordenamento jurídico, impossibilitando, assim, a concretude do exercício dos poderes dentro de uma idéia de justiça.

Neste passo, surge um interessante questionamento: Se no momento pós-positivistas seria a discricionariedade um verdadeiro problema?

A cabo, torna-se importante rememorar que o Estado Democrático de Direito tem como premissa base a nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, dando azo as concretizações dos direitos consagrados no texto Constitucional.Tudo isto dentro do novo papel assumido pelo Estado consubstanciado pelo próprio movimento constitucionalista.

Neste compasso, ante a escuridão proveniente da discricionariedade, o que se verifica é o problema acerca da construção de mecanismo que impeça que o poder dos Juízes se sobreponha ao próprio direito.

Nesta diapasão, é salutar dizer que o direito não pode ser restrito aquilo que os tribunais dizem que é, consoante enunciou Dworkin:

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério

> suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes26

Dentro do contexto acima declinado, torna-se impossível justificar a discricionariedade dentro das decisões judiciais, já que o ato de decidir deve ter como reflexo o próprio espelho obtido no esqueleto de regras e princípios contidos no ordenamento jurídico pátrio.

É repugnante pensar e aceitar que um Poder tenha a seu favor a discricionariedade em decidir pela não aplicação de uma legislação federal devidamente aprovada e com legitimidade política.

A proposta pela negação da aplicabilidade de uma legislação Federal tendo como base o Principio da celeridade e da razoável duração do processo só demonstra a fragilidade na base normativa, já que dentro de uma análise sistêmica a própria Legislação Federal negada tem como propósito final assegurar esta mesma celeridade processual.

Neste ponto, questiona: Será que o fundamento pela proteção de uma suposta celeridade é a verdadeira resposta para a negação pela aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil no âmbito dos Juizados Especiais.

4 O FENÔMENO DA JURISTOCRACIA PELA EXPRESSA RECUSA NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL –LEI

O cenário atual, com o advento do Novo Código de Processo Civil, nos faz remeter ao resgate histórico em que o imperador Justiniano, por intermédio de seu Código, ignorou o período anterior e, conseqüentemente, restringiu a autonomia dos pretores ao atribuir ao Imperador a função de dizer o direito.

Verifica-se que ao deparar com a ordem judicial pela não aplicação do Novo Código de Processo Civil no âmbito dos Juizados Especiais ou na própria Justiça do Trabalho, faz emergir a situação desenhada no parágrafo anterior!

Retrocesso ou ambição por poder? A recusa de aplicação do Novo Código de Processo Civil nos juizados especiais é a usurpação da legitimidade política da função legislativa, sem a justificativa de proteção as normas constitucionais.

Abaixe a Toga Autoritária e diga as razões jurídicas que fundamente pela inaplicabilidade do Novo Código de Processo Civil? Não se prenda a subjetividade autoritária revestida ao contexto da interpretação, mas a própria concepção moderna do Princípio da Separação dos Poderes.

Estruturar a negação através de uma postura autoritária gera a impossibilidade de sobrevivência das próprias células constitucionais, possibilitando que a patologia degenere todo o sistema jurídico.

Sendo assim, ao mergulhar no objeto central deste artigo, urge denunciar a Nota técnica n 01-2016, aprovada pela FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais), que enuncia que as disposições contidas no artigo 219 do novo Código de Processo Civil, relativas à contagem dos prazos processuais, não se aplicam ao Sistema de Juizados Especiais.

Para melhor ilustração, interessante trazer os enunciados que contrapõe as disposições contidas no Novo código de Processo Civil:

> **Enunciado 13:** "Nos Juizados Especiais Cíveis, os prazos processuais contam-se da data da intimação ou da ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação".
> **Enunciado 157:** "Nos Juizados Especiais Cíveis, o autor poderá aditar o pedido até o momento da audiência de instrução e julgamento, ou até a fase instrutória, resguardado ao réu o respectivo direito de defesa".
> **Enunciado 165:** "Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua".
> **Enunciado 166:** "Nos Juizados Especiais Cíveis, o juízo prévio de admissibilidade do recurso será feito em primeiro grau".
> **Enunciado 13 de Fazenda Pública:** "A contagem dos prazos processuais nos Juizados da Fazenda Pública será feita de forma contínua, observando-se, inclusive, a regra especial de que não há prazo diferenciado para a Fazenda Pública - art. 7º da Lei 12.153/09".

Observa-se nos Enunciados descritos a alteração nas disposições impostas pelo Novo Código de Processo Civil, sem a alteração sob a forma de lei e com base em decisões de natureza interna.

Resta, desta forma, que houve um absurda usurpação das disposições contidas na própria Lei que rege os Juizados Especiais – subsidiariamente aplica-se o Código de Processo civil - e a própria determinação constitucional acerca da necessidade de se observar a alteração de uma determinação legal com base no processo legislativo e não por intermédio de disposições internas de seus órgãos.

Roga-se para que o Poder Judiciário observe a garantia do devido processo de direito, consoante preceitua o artigo 5º, inciso LIV da constituição federal e, assim, apliquem normas legisladas, e não algo que se origine de qualquer discricionariedade interna do próprio poder, sem base contundente que a fundamente.

É inconcebível acatar o fundamento raso de respeito a celeridade e ao fundamento constitucional da razoável duração do processo a recusa de aplicação da legislação processual.

Como posso admitir tal fundamentação e deixar à margem a segurança jurídica, o direito de defesa, o respeito as regras legislativas e, em especial, a própria legitimidade política no ato de legislar, o que faz refletir acerca da inabilidade de toda a parte estrutural do próprio sistema jurídico ora desenhado.

Neste passo, necessário se faz desenvolver toda a teia argumentativa capaz de demonstrar de forma lógica e racional que não posso esvaziar uma regra processual por meio de uma abstração interpretativa de Princípios Constitucionais e Legais.

Neste passo, torna-se interessante transcrever a idéia de Sarmento(2007, p. 14):

> E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juizes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles,o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juizes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria bvida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

O grande objetivo deste artigo é demonstrar que nenhum poder possui mando absoluto e irrestrito, podendo, ao seu bel prazer dispor de sua autoridade para frear ou bloquear o poder emitido por outros poderes e até silenciar, até mesmo, a própria Constituição.

Como aceitar uma decisão que nega a legislação processual, anteriormente utilizada, sob a pecha da proteção a razoável duração do processo. Será que o prazo em dias úteis teria o condão de ferir, de forma isolada, este direito constitucional?

Ora, o prazo em dias úteis não seria um melhor caminho para assegurar a ampla defesa e o contraditório e até mesmo a própria segurança jurídica, já que é arriscado deixar nas mãos dos poderes a discricionariedade em decidir se este ou aquele artigo é conveniente ou não!

Não é função do Poder judiciário adentrar na seara legislativa para inibir a concretização das suas disposições legislativa no âmbito do Judiciário, já que admitir tal postura é retroceder e, conseqüentemente, acatar a existência de um absolutismo judicial.

Percebe-se que a construção do novo Código de Processo civil teve o fito de inserir tal diploma dentro da concepção de Estado Democrático de Direito.

Seria temerário e até mesmo contraditório, acatar o fundamento da recusa da aplicabilidade do diploma processual, se o fim precípuo do próprio diploma é a consagração da própria celeridade, marca principal do próprio sistema do Juizado Especial Cível.

É interessante ressaltar que o processo de Constitucionalização encontra-se figurado no novo Código de Processo Civil, o que legitima formalmente e materialmente as disposições legais do novo Diploma Processual Brasileiro.

Esta aproximação dos direitos fundamentais na leitura das normas do Código de Processo Civil é uma das formas de efetivação e a própria concretização dos direitos fundamentais.

Importante elucidar que resta claro e cristalino, ao contrário do que fora fundamentado pelo FONAJE, o novo Código de Processo Civil contribuí, e muito, para o princípio da razoável duração do processo, vez que houve a constitucionalização deste diploma processual. Sendo assim, é mister dizer que o momento não é de questionar algo que já foi aprovado, mas sim de contribuir para a maior efetividade possível do novo diploma legal.

Abaixe o autoritarismo! A razão imposta pela não aplicabilidade da lei por ferir o sistema dos Juizados não possui fundamento jurídico capaz de conceber a sua legitimidade, já que não houve nenhum tipo de vício delatado. O que se pretende é desconstituir a própria legitimidade política do ato emanado pelo Poder Legislativo.

Por tudo que fora dito e sublinhado, razão não existe para a alegação de não aplicação do novo Código de Processo civil no âmbito dos Juizados e da Justiça do Trabalho, sob pena de desconsiderar a estruturação constitucional e os mecanismos responsáveis para a própria efetivação dos direitos fundamentais.

3.CONCLUSÃO

É incoerente e até mesmo esdrúxulo visualizar a inserção do novo Código de Processo Civil nas prateleiras do mundo jurídico, estando a aceitação e recusa nas mãos do próprio Poder Judiciário, já que este arbitrariamente, toma para si a decisão acerca do campo de aplicabilidade de uma norma legislativa aprovada e sem vícios constitucionais.

O artigo teve o fito de demonstrar que mesmo com a modernização e adaptação do princípio da separação de poderes ao novo contexto, não é viável retroceder e admitir que um poder detenha de forma absoluta e irrestrita o seu poder de decisão.

Grita-se pelo devido processo do direito, aplaude-se a lealdade constitucional entre os poderes e justifica-se um verdadeiro Estado Democrático de direito não pela arbitrariedade e monopólio nas decisões, mas, ao inverso, pela possibilidade de entrelaçamento dos poderes dentro de suas possibilidades constitucionais e com o respeito acima de tudo as funções ali designadas.

Ao deparar com os Enunciados proclamados pelo FONAJE, ao ordenar a não aplicação das normas contidas no Novo Código de Processo Civil no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, emerge a imposição e a sensação de autoritarismo, já que a decisão exercita, ao momento atual, uma tentativa de regressão ao absolutismo do poder nas mãos do Judiciário.

Quem é o rei? Quem pode ditar as regras do jogo? Ao refletir a situação ora enfrentada, nota-se que este caminho esbarra toda a concepção de concretude de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde a imposição é o veneno que ceifa a própria concepção de Justiça!

Nesta pauta, conclui-se que a discricionariedade quando vista dentro da concepção da arbitrariedade contrapõe e opõe a própria perspectiva do Estado Democrático de Direito, trazendo à baila a juristocracia e afogando, assim, os anseios da tão desejada democracia!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política.16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.
7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. Medidas Provisórias e súmulas vinculantes: riscos à separação de poderes. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 117, p. 177-183, out. 2012.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Líber Júris, 2.ed,1988.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEFORT, Claude. A invenção democrática – os limites do totalitarismo. São Paulo: Brasiliense, 1981.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987. 2 volumes.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel l(Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores.. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hemenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.8º ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PAIVA, Paulo. Juristocracia?, As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino.

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Jouberto Uchôa de Mendonça Neto

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), promulgado em março de 2015 e já em vigor, em meio a uma série de outras inovações, implantou um sistema de respeito aos precedentes judiciais, visando conferir mais estabilidade, coerência e segurança ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, o fortalecimento de certos institutos, dentre os quais está a reclamação constitucional, mostrou-se indispensável.

Como tentativa de efetivar este sistema de precedentes, previu o processamento da reclamação constitucional perante qualquer tribunal e estabeleceu hipóteses de cabimento não expressas no texto da Constituição da República. Daí advém a necessidade de perquirir sobre a constitucionalidade de tais disposições, uma vez que tal instituto possui previsão expressa no texto constitucional, além de verificar a possível eficácia deste instrumento no novel sistema de precedentes.

Assim, este trabalho científico terá como foco os contornos da reclamação constitucional conferidos pelo Novo CPC, partindo-se de aspectos como a sua evolução histórica, natureza jurídica e hipóteses constitucionalmente previstas de cabimento, até chegar às modificações trazidas pelo novo diploma processual civil. Tudo isto com o escopo de induzir a uma profunda reflexão acerca do modo como esta ferramenta pode contribuir para um sistema processual que proporcione mais segurança jurídica, celeridade e estabilidade às decisões judiciais e, por que não, mais justiça.

O interesse pelo tema e a motivação para esta pesquisa originaram-se do fato de, embora o instituto da reclamação possuir guarida constitucional desde 1988, ainda não ter grande utilização na prática da advocacia, pelo menos entre os advogados que não costumam militar perante as Cortes Superiores. Suas múltiplas utilidades, aumentadas ainda mais com o advento do Novo CPC, remetem à inevitabilidade do exame de suas características primordiais, com o fito de fornecer ao profissional da área jurídica noções de como manejá-lo adequadamente, de modo a extrair-lhe a máxima efetividade. Embora ainda não existam estudos aprofundados sobre o tema em número suficiente, o presente trabalho deseja auxiliar os operadores do direito, especialmente os advogados, numa melhor compreensão sobre a reclamação.

Neste compasso, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, partindo-se de argumentos gerais para argumentos particulares, buscando-se a solução para os problemas encontrados, quais sejam, a constitucionalidade e a efetividade das novas disposições sobre a reclamação no NCPC.

2 RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA DE *CIVIL LAW*

Antes de adentrar-se propriamente na análise do instituto da reclamação constitucional e de suas inovações trazidas pelo NCPC, é importante que se faça uma breve abordagem acerca da gradativa absorção de valores fundamentais do sistema jurídico do *common law* pelos países que adotam o sistema do *civil law*, especialmente, no que diz respeito aos precedentes judiciais. Tal abordagem contribuirá para o adequado entendimento do contexto em que surgiu a reclamação, fruto da necessidade de se observar os precedentes, como modo de atingir maior grau de segurança jurídica, além da estabilidade e da coerência do sistema como um todo.

Nos países de tradição *civil law*, os quais, no contexto da Revolução Francesa, almejavam alcançar uma certeza jurídica trazida pelo movimento de codificação das leis, tolhendo qualquer possibilidade de interpretação das normas pelos magistrados, as lacunas mostraram-se inevitáveis. A possibilidade, que se mostrou ocorrente na prática, de uma ampla gama de interpretações conferidas às leis terminava por espalhar insegurança jurídica. Não raro se via (e ainda se vê) decisões judiciais absolutamente díspares proferidas em casos semelhantes, ou até mesmo idênticos, em países de tradição continental. Uma mudança de paradigma se mostrava absolutamente indispensável.

Para isso, teve de ser superada a ideia de supremacia do Poder Legislativo que inspirou o ideário da época da Revolução Francesa e o positivismo jurídico clássico, devendo o legislador contentar-se em enxergar a lei como parte do direito, e não como o direito em sua integralidade. O fortalecimento do Poder Judiciário, portanto, indica que os juízes são os garantidores da necessária coexistência entre lei, direito e justiça. (ZAGREBELSKI *apud* XAVIER, 2016)

Apesar da aproximação entre as atribuições dos magistrados do *common law* e do *civil law*, pois ambos passaram a ser considerados agentes estatais de grande relevância na manutenção da harmonia da ordem jurídica, a tradição romano-germânica não adotou automaticamente um sistema de precedentes. Já na tradição do *common law* nunca foi

desconsiderada a possibilidade de que houvessem decisões diferentes para casos iguais e, exatamente, por isso, originou-se o princípio, inspirador da doutrina do *stare decisis,* de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike).* (MARINONI, 2013)

Contudo, é completamente possível a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais também nos países de tradição romano-germânica, e as vantagens advindas de sua implementação diversas, podendo-se citar a razão da justiça, pois se um caso envolve os mesmos argumentos jurídicos levantados por caso pretérito, devem ser decididos da mesma forma, sob pena de configurar injustiça a alguma das partes. Talvez ainda mais significativa seja a promoção de certos valores, tais quais a credibilidade das cortes; a redução do número de litígios; a preservação da força normativa da Constituição, em virtude do respeito à autoridade da exegese produzida pelo STF; a segurança e a previsibilidade jurídica; a uniformidade do direito e a isonomia entre os cidadãos. (PEREIRA, 2012)

É exatamente nas circunstâncias acima descritas, diante da necessidade de instrumentos processuais aptos a melhor harmonizar o sistema jurídico, assegurando a observância de princípios de baliza constitucional, como a isonomia e a segurança jurídica, que surge a reclamação constitucional, objeto deste estudo. Inicialmente de construção pretoriana no âmbito da Suprema Corte, alçada posteriormente ao patamar de norma legal, no Regimento Interno do Supremo, e possuindo atualmente envergadura constitucional, merece cuidadoso tratamento, levando em conta desde os seus aspectos históricos até as novidades introduzidas pelo Novo CPC.

3 ASPECTOS GERAIS DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Demonstrada a necessidade de se estabelecer instrumentos processuais aptos a garantir direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica e a isonomia, passa-se agora a tratar de aspectos gerais de um desses mecanismos, de gênese genuinamente brasileira, a reclamação constitucional. Para isso, abordar-se-ão tópicos de magnitude peculiar para uma correta compreensão do instituto, quais sejam, sua evolução histórica e natureza jurídica.

3.1 Evolução histórica

Em estudo referenciado por muitos doutrinadores, José da Silva Pacheco (A "Reclamação" no STF e no STJ com a nova Constituição, Revista dos Tribunais, v. 78, n. 646, 1989) dividiu a evolução histórica da reclamação em quatro fases, iniciando-se com o seu surgimento no STF e terminando com a promulgação da atual Constituição Republicana. Já Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, em estudo posterior (Reclamação constitucional no direito brasileiro, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000), aceita parcialmente a divisão proposta, subdividindo a terceira fase em outras duas, devido à Emenda Constitucional 7/1977, que instituiu a avocatória. Seriam, portanto, cinco fases. Contudo, ainda há quem considere que após a Emenda Constitucional 45/2004, iniciou-se uma nova fase, a sexta, devido à possibilidade de manejo da reclamação para garantir a observância de súmula vinculante. (DELFINO, 2013)

É cediço que o STF passou a processar e julgar reclamações na década de 1940, em momento no qual boa parte delas ainda se confundia com a correição parcial, embora alguns precedentes já demonstrassem o caráter jurisdicional da medida. Entretanto, foi nos idos de 1952, por ocasião do julgamento da Rcl 141, que o STF delineou os contornos deste então novo instituto, baseando-se na teoria dos poderes implícitos (*implied powers),* importada do direito norte-americano. (MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

A ideia básica por trás desta teoria, que, na verdade, é a explicitação de um postulado racional, é a de que às competências conferidas constitucionalmente a um órgão ou entidade são inerentes os meios, poderes ou instrumentos indispensáveis à sua efetivação. Ou seja, quando a Constituição atribui a determinado órgão ou ente uma competência, ela também confere, ainda que implicitamente, os poderes para que esta competência seja adequadamente exercida. (XAVIER, 2016)

O marco de transição para a segunda fase ocorreu em 1957, quando foi inserido o Capítulo V-A no Título II do Regimento Interno do STF, com o título "Da Reclamação". Tal modificação estava amparada na própria Constituição de 1946, que no seu artigo 97, II, previa expressamente a competência dos tribunais para elaborar seus regimentos internos. Foi a primeira vez que a reclamação foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro. Inegavelmente a previsão regimental do instituto colaborou com o seu desenvolvimento. Isto porque a mais forte oposição à reclamação desapareceria, porque muitos não a aceitavam pela ausência de

previsão legal. Porém, ainda discutia-se muito acerca de sua natureza jurídica. (DELFINO, 2013; MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

A fase posterior, a terceira, segundo a divisão expressamente adotada pela doutrina especializada, inicia-se com o advento da Constituição de 1967, que conferiu verdadeira competência legislativa ao STF para, através de seu Regimento Interno, dispor sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária e recursal, incluindo-se aí a reclamação, o que arrefeceu ainda mais a discussão sobre a constitucionalidade do instituto. (DELFINO, 2013)

Com a Emenda Constitucional 7/1977, inicia-se uma nova fase, pois indiretamente ela afetou o instituto da reclamação, ao prever que, caso deferisse pedido do Procurador-Geral da República, o STF estaria autorizado a avocar para si as causas processadas perante qualquer juízo ou tribunal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. Diante de tais circunstâncias, a previsão de uma avocatória genérica poderia terminar por esvaziar a utilização da reclamação, ao menos parcialmente, no que toca à preservação da competência da Corte. Sem embargo, o que ocorreu foi justamente o contrário. A avocatória foi utilizada pouquíssimas vezes, ao passo que houve demasiada evolução da reclamação na mesma época, passando por momento de forte valorização e afirmação jurisprudencial. (DELFINO, 2013; MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

Já na quinta fase, a reclamação passa a ter estatura constitucional expressa, pois a Constituição de 1988 prevê o instrumento nos artigos 102, I, l e 105, I, f, com o escopo de garantir a autoridade das decisões e preservar a competência do STF e do STJ, este criado pela nova ordem jurídica. É o momento de plenificação constitucional do instituto, que passa a ostentar o *status* de garantia constitucional dos cidadãos. Regulamentando as disposições constitucionais, os artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/1990 repisam o texto da Carta Magna e indicam regras de ordem procedimental, tornando absolutamente insubsistente qualquer discussão que por ventura ainda existisse sobre a sua (in)constitucionalidade. (DELFINO, 2013; MINGATI, 2013)

Em seguida, com a EC 45/2004, foi inaugurada, para alguns, a sexta fase, pois uma nova função lhe foi atribuída, a de combater atos judiciais ou administrativos violadores de enunciados de súmulas vinculantes, criadas pela mesma Emenda Constitucional. Assim, o contorno do instituto parecia estar bem definido. Derradeiramente, não se pode olvidar de que o advento do NCPC pode ser considerada uma nova fase, já que, além de revogar expressamente

o capítulo da Lei nº 8.038/1990 que tratava da reclamação, regulamentou-a nos artigos 988 a 993. Destarte, não há como negar o aprimoramento da reclamação ao longo do tempo, agregando ao direito brasileiro elementos típicos do *common law,* de atribuição de força aos precedentes judiciais, sempre na busca da integridade e uniformidade do direito e, sobretudo, da segurança jurídica.

3.2 Natureza jurídica

Durante longo período a discussão acerca da natureza jurídica da reclamação foi tema extremamente controverso. No início de sua utilização, em época em que ainda estava assentada unicamente na jurisprudência do STF, tanto a doutrina como a jurisprudência esquivavam-se para não dar uma definição específica do instituto e, quando eventualmente o faziam, utilizavam-se de expressões vagas, sem nenhum sentido técnico. Mesmo após a introdução do instituto no Regimento Interno do STF, por algum tempo, continuou-se a vê-lo como medida de natureza administrativa, já que a reclamação se confundia com a correição parcial. (LOBO, 2015)

No entanto, apesar de já ter ocorrido discussão acerca da natureza jurisdicional ou administrativa da reclamação, justamente pela anterior semelhança que guardava com a correição parcial, esta já fora definitivamente dirimida. A própria jurisprudência do STF reconheceu na Reclamação o poder de alterar pontualmente decisões já proferidas em processos judiciais, operando-se até a ocorrência da coisa julgada, evidenciando, inegavelmente, seu perfil de ordem jurisdicional. (GAIO JÚNIOR, 2015)

Mesmo após estes apontamentos, a doutrina ainda diverge sobre a natureza específica da medida processual, sendo os posicionamentos mais comuns aqueles que definem a reclamação como: a) recurso; b) exercício do direito de petição; e c) ação.

Doutrinadores como José Frederico Marques e Alcides de Mendonça Lima já defenderam a natureza recursal da reclamação constitucional mesmo após a Carta Republicana de 1988. Contudo, o modo como o instituto foi nela previsto não lhe confere uma roupagem de recurso, nem de sucedâneo recursal. Além de não haver previsão expressa em lei da reclamação como recurso, desatendendo ao Princípio da Taxatividade, o seu cabimento prescinde de gravame, prejuízo ou sucumbência, característicos dos recursos. Isso porque a reclamação não necessita

de um resultado negativo anterior para ser manejada, podendo ser utilizada sem sequer haver decisão judicial, como no caso de usurpação de competência pela simples instauração de um processo no juízo ou tribunal equivocados. (MINGATI, 2013)

Já doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, atestam que a reclamação é manifestação do exercício do direito de petição, contido no art. 5º, XXXIV, "a" da CRFB. Tal se deve ao fato de o objetivo do instrumento ser propiciar a quem interesse postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento. Esta posição já foi adotada pela jurisprudência do STF em mais de uma oportunidade, a exemplo das ADIs 2212[1] e 2480[2]. No entanto, há quem defenda existir manifesto equívoco nos julgamentos de tais ações, uma vez que a própria Suprema Corte já defendeu, no julgamento do AgRg – Rcl 532[3], que a decisão de mérito na reclamação produz coisa julgada material, o que só é possível se admitir-se que a reclamação é uma ação que provoca o exercício da jurisdição contenciosa.

Derradeiramente, vale ressaltar que a terceira possibilidade, a de ação, é a que mais encontra eco na doutrina atualmente. Os argumentos estão arrimados no fato de que a reclamação provoca a jurisdição, através de nova relação jurídica processual, desejando obter tutela jurisdicional específica: seja solver conflito decorrente de invasão à competência dos tribunais, seja para fazer valer o respeito às decisões das cortes, inclusive nos processos de índole objetiva e os enunciados de súmulas vinculantes editadas pelo STF. Ademais, a possibilidade de uso da reclamação em face de decisão administrativa, com a EC 45/2004, por si só, afasta a possibilidade de ser o instituto ser recurso, correição parcial ou mesmo incidente processual, pois estes só podem ser utilizados se já existir ação judicial pendente (GAIO JÚNIOR, 2015; LOBO, 2015)

4 A RECLAMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

Conforme já explicado, a reclamação ganhou estatura constitucional somente com a atual Carta Republicana, sendo demanda típica, de fundamentação vinculada. As previsões normativas

---

[1] STF - ADIN 2.212 CE, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 02/10/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14-11-2003

[2] STF - ADIN 2.480, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007, DJ 15.06.2007

[3] STF - Rcl-AgR: 532 RJ, Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 01/08/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20-09-1996

originárias encontram-se nos arts. 102, I, *l*, relativamente ao STF, e 105, I, *f*, quanto ao STJ, ambos prevendo a reclamação para preservar a competência do respectivo tribunal e para garantir a autoridade de suas decisões. Posteriormente, a EC 45/2004 tratou da possibilidade de reclamação para combater contrariedade à súmula vinculante. É imprescindível a análise de cada uma delas antes de apreciar as novidades trazidas pelo NCPC.

Inicialmente, sabe-se que o STF e o STJ possuem suas competências originárias, recursais ordinárias e recursais excepcionais atribuídas expressamente pela Constituição, nos arts. 102 e 105. Mesmo assim, é possível o ajuizamento de reclamações impugnando possíveis usurpações de tais competências por parte de outros tribunais ou juízos de primeiro grau, com vistas a restabelecer o exercício da correta competência para atuar no caso concreto.

Por exemplo, pode-se cogitar do cabimento da reclamação para manter a competência das Cortes de Superposição quando: a) um procedimento de competência originária ou recursal do STF ou do STJ tramita em outro órgão jurisdicional; b) um procedimento de competência originária destas cortes tramita em órgão administrativo, como é o caso de inquéritos; c) contra ato de Presidente de TRF ou de TJ que não remete à Corte de Superposição o agravo interposto em face da decisão que denegou seguimento ao REsp ou ao RE, já que compete exclusivamente aos Ministros apreciar o recurso[4]; d) pela demora injustificada na apreciação da admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, inviabilizando a posterior apreciação pela própria Corte Superior, usurpando, deste modo, sua competência. (BRIDA, 2011; MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

É interessante anotar exemplos do que a jurisprudência pátria já decidiu quanto ao cabimento ou não de reclamação com o intuito de preservação da competência dos Tribunais Superiores, em casos práticos que lá aportaram para análise.

Na Rcl. 1.061[5], o STF decidiu que cabe a ele processar e julgar ação proposta por um Estado-membro contra autarquia de outro, pois tal circunstância caracteriza um conflito federativo, previsto no artigo 102, I, *f*, da CRFB como de sua competência originária. Em adendo, a reclamação pode ser utilizada diante de ações coletivas quando seu objeto seja exclusivamente a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Isto porque, caso julgadas procedentes, as sentenças de tais ações teriam efeitos *erga omnes,* nos termos do artigo 103 do

---

[4] STJ – AgRg na Rcl. 4.851 – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – DJe 06.03.2013. No mesmo sentido: STJ – Rcl. 5.542 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJe 17.06.2011

[5] STF – Rcl. 1.061 – Rel. Min. Octavio Galotti – DJ 20.02.2004

CDC, o que resultaria na usurpação da competência do STF, o único órgão que pode fazer o controle abstrato de constitucionalidade através das ações próprias. Foi o caso da Rcl. 1.017[6], em que se considerou usurpada sua competência por ação popular em que a causa de pedir e o pedido coincidiam com ADI por omissão de medidas administrativas. (TAKOI, 2013; LOBO, 2015)

Logo, conclui-se que, diante da jurisprudência do STF sobre o assunto, faz-se necessário distinguir ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo que tenham por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, daquelas que, embora carreguem o mesmo nome das ações alhures referidas, almejem a declaração de inconstitucionalidade como mera questão prejudicial da postulação principal. No primeiro caso, existirá usurpação da competência do Supremo a ensejar o ajuizamento da reclamação; no segundo caso, ao revés, pode o tribunal ou juízo local julgar a questão. (LOBO, 2015)

Quanto à reclamação para garantir a autoridade das decisões das cortes superiores, talvez a hipótese mais utilizada na praxe forense, o STF e o STJ são claros ao determinarem que a afronta deve ter ocorrido em relação a uma determinada decisão, sendo insuficiente para a admissão da reclamação o suposto desrespeito à jurisprudência consolidada. A exceção fica por conta do disposto na Resolução 12/2009 do STJ, que a aceita como modo de controle por esta Corte das decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais, enquanto não haja mecanismo mais adequado. (NEVES, 2016)

Por óbvio que, nesta hipótese de garantia da autoridade de suas decisões, em que existe verdadeiro combate à desobediência do comando de alguma decisão proferida pelo STF ou pelo STJ no processo principal, a reclamação somente incidirá após prévia manifestação do respectivo tribunal superior. Ou seja, é inadmissível a reclamação se inexistir uma decisão cuja autoridade se deseja garantir. Igualmente inaceitável é a reclamação dirigida contra decisão de algum órgão fracionário do próprio tribunal, conforme jurisprudência remansosa do STJ, a exemplo do AgRg na Rcl 3552/DF (Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, DJe 28/10/2009). (RAMOS, 2013)

A decisão reclamada pode ter sido proferida tanto em processos de índole individual, como em processos de natureza coletiva. No caso das ações individuais, cujas decisões, presumidamente, gerem efeitos somente para as partes do processo, pode haver descumprimento da decisão

---

[6] STF – Rcl. 1.017 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 03.06.2005. No mesmo sentido: STF – Rcl. 2.224 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 10.02.2006

proferida pela instância excepcional nos autos do próprio feito, típica hipótese de cabimento de reclamação para preservar a autoridade da decisão judicial. Já na tutela coletiva comum, a eficácia das decisões sempre atinge sujeitos que não participaram do processo, sendo que os beneficiados pela decisão exarada por tribunal superior poderão ingressar com reclamação se juízo hierarquicamente inferior desrespeitar tal decisão. Logicamente, os autores e os colegitimados da ação coletiva também poderão fazê-lo, na hipótese de a decisão desrespeitada ser proferida no próprio processo coletivo.

Nesta quadra, interessante é se debruçar sobre a questão do cabimento da reclamação nos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, verificando seu cabimento e a legitimidade para tanto. Em termos de controle difuso, a ideia clássica é a de que eventual decisão do STF possui somente efeitos *ex nunc, inter partes* e não vinculante, podendo vir a dotar-se de efeito *erga omnes* se a lei ou ato normativo declarado inconstitucional vier a ter sua execução suspensa pelo Senado Federal, nos exatos termos do artigo 52, X da Constituição Republicana. Sem que ocorra este procedimento, em princípio, a norma tida como inconstitucional continuará sendo aplicada por todos, exceto pelas partes envolvidas naquele litígio. Deste modo, caberá reclamação ao STF para garantir a autoridade da decisão por ele proferida naquele processo, mas a legitimidade ativa *ad causam* para essa reclamação estaria restrita àqueles que foram parte na própria ação de índole subjetiva. (LOBO, 2015)

No entanto, existem casos excepcionais em que o Supremo Tribunal Federal conferiu efeitos *erga omnes* no controle difuso de constitucionalidade e, consequentemente, conheceu e julgou procedentes reclamações de terceiros estranhos à lide originária. Carlos Eduardo Rangel Xavier (2016, p. 72) confirma essa ideia ao dizer:

> Assim, é possível afirmar-se que a jurisdição constitucional brasileira, nas últimas duas décadas, evoluiu sensivelmente no sentido de que os precedentes do STF produzidos no âmbito da fiscalização incidental de constitucionalidade sejam revestidos de eficácia vinculante. Eficácia vinculante, no contexto considerado, é a obediência que lhe devem todos os demais órgãos do Poder judiciário brasileiro.
> Há que se considerar, no entanto, se esta sujeição pode ser afirmada por meio de reclamação. A resposta dada pelo Supremo ao problema, historicamente, tem sido negativa.

A jurisprudência do STF acerca do assunto, embora, por um lado, venha reconhecendo a eficácia vinculante de alguns de seus próprios precedentes plenários formados no âmbito da fiscalização concreta, sempre negou a possibilidade de ajuizamento de reclamação para veicular a necessidade de observância destas decisões por quem não foi parte da relação jurídica processual, por outro. Se o STF reconhecer uma dada inconstitucionalidade no seio do controle incidental, a lei não será retirada do ordenamento jurídico, inexistindo eficácia *erga omnes,* e

não haverá a possibilidade de que os prejudicados por decisões judiciais ou administrativas que versem sobre a mesma questão em sentido contrário ao afirmado pela corte ajuízem reclamação.

Entretanto, todos os demais juízos e tribunais são, já há muito tempo, obrigados a observar o que decidiu o guardião da Constituição, até mesmo por uma questão de coerência do sistema. Porém, ainda nas hipóteses de RE com repercussão geral reconhecida, embora seu acórdão possua efeito vinculante, também era vedada a reclamação de parte estranha à relação processual diretamente ao STF, por ser proibido o acesso *per saltum* à Corte. Contudo, com a entrada em vigor do NCPC, houve uma mudança parcial neste panorama, uma vez que o artigo 988, §5º, II do diploma normativo permite o uso da reclamação, desde que esgotadas as vias recursais ordinárias. (XAVIER, 2016)

Inegável, portanto, o fortalecimento do papel que a reclamação constitucional vem desempenhando para concretizar a tendência de abstrativização do controle concreto, passando a, se não ainda aceita pacificamente pela jurisprudência, ser pelo menos cogitada e considerada nos votos dos julgadores, como ocorreu no julgamento da Rcl 4335[7], representativo do tema, pela inovação e relevância.

Já no que toca ao controle concentrado de constitucionalidade, é sabido que suas decisões são dotadas de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes,* sendo de obrigatória observância pelos demais órgãos jurisdicionais e pela Administração Pública de todas as esferas de governo. Assim, sempre que haja decisão judicial ou ato administrativo que aplique lei ou ato normativo declarado inconstitucional, ou mesmo que se negue a aplicar lei ou ato normativo reconhecidamente constitucional, sempre se atentando ao caráter dúplice dessas ações e aos efeitos advindos de eventual sentença de improcedência, caberá o manejo de reclamação. O objetivo desta será garantir a eficácia da decisão do STF previamente proferida, de modo que este casse a decisão judicial ou anule o ato administrativo a ela contrário. Vale destacar que a inobservância das decisões em medida cautelar nessas ações, sejam elas deferidas ou não, também possibilita o uso da reclamação, de modo a assegurar tutela efetiva e garantia plena ao resultado final. (BRIDA, 2011)

Com efeito, pouquíssima ou nenhuma utilidade prática restaria aos efeitos vinculantes e *erga omnes* de tais decisões judiciais se não fosse assegurada a reclamação para garantir a sua obrigatoriedade perante os demais órgãos judiciários e perante o Poder Público.

---

[7] STF - Rcl: 4335 AC, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014

Vale dizer que, embora a jurisprudência mais recente do STF posicione-se no sentido de atribuir legitimidade ativa para a reclamação a todo e qualquer interessado prejudicado no caso de descumprimento de decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade, nem sempre foi assim. Existem julgados antigos da corte que somente admitiam a legitimidade de terceiros interessados que constassem do rol previsto no artigo 103 da CRFB. Outros, datados de época ainda mais remota, no sentido de não admitir o ajuizamento de reclamação por terceiros, mesmo que interessados, mas somente pelas partes do processo principal. Por outro lado, o polo passivo da demanda reclamatória deve ser integrado pela autoridade judicial ou administrativa que prolatou a decisão ou expediu ato que contrariou o a decisão do STF no bojo da ação de fiscalização objetiva. Ou seja, é esta autoridade que desrespeitou a decisão judicial de órgão hierarquicamente superior quem deve responder pelo ilícito aventado. (ALVIM, 2013)

Por fim, impende-se registrar o debate em curso acerca do cabimento de reclamação com base na teoria dos efeitos transcendentes dos motivos determinantes. Durante certo tempo, o STF entendeu que, existindo uma declaração abstrata de inconstitucionalidade, os motivos determinantes dessa decisão geravam efeitos vinculantes e *erga omnes,* levando à conclusão de que outras normas, desde que tivessem conteúdo idêntico ou muito semelhante ao daquela analisada, também sofreriam os mesmos efeitos da fiscalização concentrada.

Contudo, posteriormente, houve aparente mudança de entendimento, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves: "Mais recentemente, entretanto, o Supremo Tribunal Federal tornou-se refratário à adoção da teoria, inclusive rejeitando reclamações constitucionais que têm como objeto lei municipal ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal em controle concentrado". (2016, p. 1431)

Na opinião do autor, a questão parece ter sido definitivamente sanada pelo §4º do artigo 988 do Novo CPC, ao prever que as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida de "tese jurídica" (e não norma jurídica decidida concretamente pelo STF) e sua não aplicação aos casos que a ela correspondem, adotando a teoria dos efeitos transcendentes dos motivos determinantes. (NEVES, 2016, p. 1431)

No que concerne às súmulas vinculantes, o fato de serem necessárias reiteradas decisões em matéria constitucional para a sua edição demonstra sua pertinência com as demandas de massa, ajudando na racionalização do julgamento das causas repetitivas. Como decorrência indissociável do efeito vinculante que possui, cabe reclamação em face de ato administrativo ou decisão judicial que contrarie o seu enunciado, por expressa previsão constitucional. Julgada

procedente reclamação em face de ato administrativo, o próprio STF atuará na anulação do ato, extirpando do mundo jurídico sua validade e do mundo fático seus efeitos. Já se a reclamação for ajuizada contra decisão judicial que extrapola os limites da súmula vinculante, em sendo julgada procedente, o STF a cassará, determinando que outra seja prolatada com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (CUNHA, 2013)

De mais a mais, é cediço que a reclamação pode ser utilizada sem prejuízo dos outros recursos ou meios admissíveis de impugnação (art. 7º, *caput,* Lei nº 11.417/2006), havendo, assim, uma cumulatividade dos meios de questionar a decisão ou ato recalcitrante. Na verdade, em não sendo possível o manejo da reclamação após o trânsito em julgado da decisão a ser cassada, segundo informa a Súmula 734 do STF e ratificada pelo art. 988, §5º, I do NCPC, mostra-se indispensável, em certos casos, a interposição do recurso cabível, impedindo a formação da coisa julgada material, para que se utilize da reclamação. Tal requisito é plausível, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo perigoso instrumento de relativização da coisa julgada. Ajuizada a tempo a reclamação, o superveniente trânsito em julgado da decisão reclamada não a torna incabível, pois que não se estará a utilizá-la como sucedâneo de ação rescisória.

Derradeiramente, há que se fazer referência ao contido no art. 7º, §1º da Lei nº 11.417/2006, que exige o esgotamento das vias administrativas como modo de evitar o acúmulo de reclamações no STF, valendo, é claro, nos casos em que o ato questionado possui natureza administrativa. Tal previsão legal é razoável, pois impede que o STF transforme-se num órgão de primeiro grau de jurisdição em hipóteses que poderiam ser solucionadas no âmbito administrativo ou em instâncias inferiores da Justiça. (CUNHA, 2013)

5 A DISCIPLINA DA RECLAMAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novel diploma processual, em vigor desde 18 de março de 2016, trouxe inúmeras novidades a diversos institutos processuais. A implementação de um sistema de respeito aos precedentes judiciais, adaptando conceitos e normas dos países de tradição *common law* à realidade nacional, foi uma das prioridades do legislador, com o escopo de garantir maior grau de estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica ao ordenamento pátrio. Para tanto, foi necessário estabelecer alguns mecanismos processuais antes desconhecidos da nossa cultura jurídica, e fortalecer outros já existentes, como é o caso da reclamação constitucional. Esta ação

ganhou maior amplitude com o Novo CPC, o que faz concluir que houve um ganho na sua relevância enquanto instrumento garantidor da ordem constitucional instituída.

Deste modo, é imprescindível que se demonstre como restou sistematizada a disciplina jurídica da reclamação no plano infraconstitucional, em especial, o que de novo foi imposto pelo surgimento de uma nova ordem processual. Desde logo, dois pontos nodais que não podem deixar de ser esmiuçados são a expansão da competência para processar e julgar reclamações para além do âmbito das Cortes Superiores, com novas hipóteses de cabimento antes não previstas em qualquer texto legal, e o procedimento legalmente previsto a ser adotado, desde o ajuizamento até a decisão final no bojo desta ação.

Pois bem. A possibilidade de apresentação de reclamação perante os demais tribunais brasileiros é tema que já rendeu bastante polêmica. Inicialmente, a jurisprudência do STF não a admitia. Na Representação 1.092[8], talvez o julgado mais importante sobre o tema no período que antecedeu a Constituição de 1988, por maioria de votos, o STF considerou inconstitucional a instituição por via regimental da reclamação pelo Tribunal Federal de Recursos, aduzindo que, à luz da ordem constitucional de 1967, apenas ao Regimento Interno da Suprema Corte era conferida força de lei formal. (XAVIER, 2016)

No entanto, tal fundamento foi muito criticado, devido à própria origem da reclamação, baseada na teoria dos poderes constitucionais implícitos. Ou seja, se, historicamente, a reclamação ao STF foi reconhecida como possuindo fundamento constitucional implícito, nada impediria que, igualmente, para preservar a competência ou para garantir a autoridade de julgamento de qualquer outro tribunal nacional se reconhecesse a possibilidade de ajuizamento de reclamação. O foco mais amplo relativo à própria gênese do instituto da reclamação constitucional foi preterido pela legalidade estrita neste caso concreto. Assim, pode-se atestar que a controvérsia acerca do cabimento da reclamação em outras cortes girava em torno do confronto entre "legalidade estrita" *versus* "natureza jurídica do instituto". (XAVIER, 2016)

Este entendimento já foi superado pelo próprio STF quando julgou as já referidas ADIs 2212 e 2480, admitindo como constitucional a previsão da reclamação contida na Constituição do Estado do Ceará e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça daquele Estado, no primeiro caso, e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, com a previsão de

---

[8] STF, Rp 1092, Tribunal Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, j. 31.10.1984, DJ 19.12.1984, p. 21913

cláusula expressa de poderes implícitos a esta corte na respectiva Constituição Estadual, no segundo.

Porém, tanto a ementa como os próprios textos dos votos vencedores destas ações trouxeram uma preocupante indeterminação semântica que implicou divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Embora o STF tenha reconhecido como compatível com a Constituição Federal a previsão de reclamação nas Constituições Estaduais, não esclareceu se a previsão na Carta Política local é condição imprescindível para a existência do instituto no âmbito do respectivo ente federativo. (COSTA, 2013)

Em que pese toda essa controvérsia, com posicionamentos de juristas contrariando o que muitas vezes decidia a Suprema Corte, a celeuma encontra-se atualmente pacificada pelo NCPC. A lei encerra a questão ao dar conotação de legalidade estrita à reclamação proposta perante qualquer tribunal, restando definitivamente prejudicada a discussão em face da norma extraída pelo §1º do artigo 988. O mesmo dispositivo ainda esclarece que, internamente, no tribunal, a apreciação da reclamação caberá ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. Ademais, o fato de os incisos I e II do mesmo artigo 988 empregarem a expressão genérica "tribunal" também contribui para a conclusão sobre a possibilidade de ajuizamento perante qualquer órgão jurisdicional de segunda instância.

Em relação às hipóteses de cabimento, os incisos I, II e III, primeira parte, apenas repetem o que já consta expressamente do texto constitucional. Na segunda parte do inciso III, encontra-se a reclamação para garantir a autoridade das decisões do STF proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, o que já era aceito pela jurisprudência e poderia se encaixar perfeitamente dentro da hipótese do inciso II. Até aqui, nada de substancialmente novo, tendo o legislador tido somente o cuidado de explicitar todas as hipóteses antes previstas, de forma organizada e sistematizada.

Por outro lado, merece atenção maior o contido no inciso IV. Este sofreu uma sensível modificação na sua redação com a Lei nº 13.256/2016, que foi aprovada ainda enquanto o NCPC estava em período de *vacatio legis*. Com a lei modificadora, foi excluída do inciso IV a menção à garantia da autoridade de "precedente proferido em julgamento de casos repetitivos", sem significar, contudo, a impossibilidade de ajuizamento de reclamação ao STF e ao STJ para afirmar a autoridade de acórdãos de recurso especial e extraordinário repetitivos. Isto porque a mesma lei incluiu o inciso II ao §5º do art. 988, que preceitua ser inadmissível a reclamação "proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão

geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias".

A presença da expressão "quando não esgotadas as instâncias ordinárias" no texto induz à inexorável conclusão de que a reclamação para afirmar a autoridade de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (seja repetitivo ou não) e de recurso especial repetitivo é possível, somente não o sendo em face de decisão de juiz de primeiro grau ou de decisão monocrática de relator. Caso esta não tivesse sido a intenção do legislador, bastaria terminar a redação do dispositivo na expressão "repetitivos". A mudança ocorreu por razões de política judiciária, para evitar o abarrotamento de reclamações nos tribunais de superposição. (XAVIER, 2016)

Ainda no inciso IV do art. 988, cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de assunção de competência (IAC) ou de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Ambos são institutos criados pelo novo diploma processual civil, sem correspondente no Código de 1973, e seu processamento ocorre somente nos tribunais ordinários, não se aplicando às Cortes Superiores.

Muito embora os tribunais ordinários não produzam precedentes, na acepção mais técnica do termo, pois sua missão, enquanto Cortes de Justiça, é conferir ao caso concreto a solução mais justa dentre as permitidas pelo ordenamento, o NCPC procurou atribuir um novo valor aos julgados emanados destas cortes. Com tal objetivo, previu estes dois incidentes e dotou seus resultados finais de efeitos vinculantes. O escopo mediato era justamente realizar a compatibilização vertical dos julgados que decorre da implantação de um sistema de precedentes, no qual os juízos de primeiro grau observem as decisões do tribunal ao qual estão vinculados e os seus órgãos fracionários também obedeçam às orientações do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência daquela Corte.

Cabe salientar que a tese jurídica vencedora no julgamento do IRDR será aplicada, obrigatoriamente, segundo o art. 985, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que já estejam em tramitação na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive nos Juizados Especiais, bem como às causas futuras sobre a mesma controvérsia, salvo revisão da tese pelo próprio tribunal. Caso algum órgão jurisdicional vinculado ao tribunal se mostre recalcitrante na obediência à tese firmada no incidente, caberá reclamação como forma de garantir sua observância e de se fazer respeitar o precedente exarado pela Corte, nos termos do §1º do artigo 985. O mesmo vale para o IAC.

Por outro lado, caso o juiz ou órgão fracionário julgador deixe de aplicar o precedente com fundamento na distinção ou superação do mesmo, o que é possível graças ao artigo 489, §1º, VI, do NCPC, ainda assim é possível que a parte proponha reclamação para que o tribunal confirme o acerto ou equívoco da distinção/superação. Mesmo não estando tal hipótese expressamente elencada no artigo 988, IV, não se pode negar à parte o direito de discutir na reclamação a adequação da posição tomada no caso concreto, o que vale tanto para o IAC, como para o IRDR. (NEVES, 2016; XAVIER, 2016)

Ademais, é imperioso destacar que esta previsão legal do art. 988, IV, não constitui ampliação indevida das hipóteses constitucionais de cabimento da reclamatória. Isto porque o

desrespeito a precedentes vinculantes, ou julgados com efeitos vinculantes, termo mais apropriado às cortes ordinárias, representa, indubitavelmente, uma ofensa à autoridade de suas decisões, o que autoriza o ajuizamento da reclamação. (MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

Por fim, algumas considerações acerca do procedimento da reclamação no NCPC são indispensáveis. É possível afirmar que este se aproxima do procedimento previsto para o mandado de segurança, podendo utilizá-lo subsidiariamente caso o NCPC e o regimento interno da respectiva corte forem silentes. Assim, sabe-se que a petição inicial deve vir acompanhada dos documentos aptos a convencer o tribunal da procedência de suas razões. Ou seja, a prova é pré-constituída, não se admitindo prova oral nem pericial. Na petição inicial, dirigida ao presidente da corte, o autor deve indicar a autoridade judicial ou administrativa que usurpou competência alheia ou desrespeitou decisão a que devia observância, especificando também o beneficiário do ato impugnado, caso este exista.

Isto porque o relator da reclamação requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará em dez dias, e determinará a citação do beneficiário da decisão questionada, para que apresente contestação em quinze dias. A necessidade de citação do beneficiário da decisão impugnada (sobretudo no caso de decisão judicial) é novidade trazida pelo NCPC, formando-se, desta maneira, litisconsórcio unitário e necessário entre este e a autoridade reclamada, sendo a reclamação inexistente caso não haja a citação.

Também a título de providência preliminar determinada pelo relator está a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável, e desde que haja probabilidade da

existência do direito, do qual se depreende que tal tutela provisória de urgência de natureza cautelar pode ser concedida mesmo sem pedido expresso.

Além do mais, o artigo 990 aduz que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do autor da reclamação, devendo ser entendido como a pessoa com interesse jurídico na decisão, aquela que pode ser reflexamente atingida pela decisão tomada no bojo da reclamação. Eventual intervenção de qualquer outro interessado será voluntária, recebendo os autos no estado em que se encontram. Já o artigo 991 estabelece a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica caso não seja o autor da reclamação, o que se explica pelo interesse público premente no respeito à competência e à autoridade das decisões e dos precedentes, especialmente nas cortes superiores.

Caso seja julgado procedente o pedido contido na reclamação, o artigo 992 reza que o tribunal "cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia". Desta última parte do preceito legal, presume-se uma ampla abertura ao órgão julgador para que equacione adequadamente a tutela jurisdicional às providências requeridas pelo caso concreto. Assim, pode-se utilizar para todas as hipóteses de cabimento da reclamação a solução encontrada no artigo 7º, §2º da Lei nº 11.417/2008, de modo analógico. Como a reclamação não é recurso, não pode o tribunal reformar a decisão, proferindo outra que substitua a anterior. Nesta quadra, além da tutela jurisdicional constitutiva negativa, é possível a utilização de provimento mandamental, determinando que a autoridade reclamada, seja ela jurisdicional ou administrativa, profira nova decisão ou ato, observando a decisão judicial ou o precedente antes desobedecido.

Derradeiramente, o artigo 993 prevê que o presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, mesmo antes da lavratura do acórdão ou de sua publicação na imprensa oficial, em norma que vem ao encontro dos princípios da celeridade e da efetividade das decisões judiciais.

6 CONCLUSÃO

Diante da implementação de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil por ocasião do advento do Novo CPC, algumas adaptações dos institutos existentes nos países de tradição *common law* mostraram-se necessárias, com o fito de garantir a efetividade

da prestação jurisdicional e a concretização do acesso à justiça. Nesta quadra, ganhou espaço o instituto da reclamação constitucional, tendo o novo diploma processual expressamente previsto o seu ajuizamento perante qualquer tribunal e em hipóteses não explicitadas pela Constituição de 1988.

A constitucionalidade de tais disposições advém do fato de que a origem pretoriana do instituto remete à teoria dos poderes implícitos, segundo a qual todos os meios, poderes e instrumentos imprescindíveis ao cumprimento da competência e da missão constitucionalmente conferidas a uma corte lhe são assegurados, ainda que não estejam explícitos em nenhuma norma. Todos os tribunais possuem suas atribuições definidas na Carta Magna, devendo zelar pelo seu cumprimento, dentre outros meios, através do processamento da reclamação.

De mais a mais, também é possível concluir que o instrumento ora estudado se mostra, conforme a doutrina e a jurisprudência já atestaram, meio hábil e eficiente a garantir a autoridade de decisões judiciais que vierem a ser desrespeitadas, dando importante contribuição para a materialização de um sistema jurídico mais estável, coerente e que proporcione maior grau de previsibilidade e de segurança jurídica aos que dele dependem.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Reclamação e ação direta de inconstitucionalidade. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 131-159.

BRIDA, Nério Andrade de. **Reclamação constitucional:** instrumento garantidor da eficácia das decisões em controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Campo Grande: Contemplar, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A reclamação constitucional estadual como um problema de fonte. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 161-177.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A reclamação constitucional contra ato que desrespeita enunciado de súmula vinculante. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 287-294.

DELFINO, Lúcio. Aspectos históricos da reclamação. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 295-303.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Coord.). **Precedentes.** Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 607-632.

LOBO, Arthur Mendes. **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal:** proteção de interesses coletivos. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINGATI, Vinícius Secafen. **Reclamação (neo)constitucional:** precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Coord.). **Precedentes.** Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 753-772.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. In: MARINONI, L. G. (Org.). **A força dos precedentes:** estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 143-156.

RAMOS, Glauco Gumerato. Reclamação no Superior Tribunal de Justiça. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 229-241.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais:** contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O ENFRENTAMENTO PELO JULGADOR DO TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO: DEVER OU FACULDADE? UM OLHAR SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

José Osmário de Araújo Santos Filho

Marlton Fontes Mota

1 INTRODUÇÃO

Com propostas de reformas na tramitação e maior acolhimento das demandas judiciais, com o fito de aprimorar a prestação jurisdicional, o então Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, se insurgiu no cenário jurídico um texto processual propondo a simplificação dos processos e a criação de mecanismos que aprimorem o contraditório e a ampla defesa, com a chamada cooperação judicial e maior autonomia no papel do juiz para decidir, observando-se sobre importância de um maior aprofundamento sobre os requisitos cabíveis à melhor interpretação a respeito do alcance na motivação das decisões, especialmente tratado no artigo 489, §1º do então CPC, sendo este o objeto central da presente pesquisa.

Embora o tema proposto para a discussão perpasse por divergências interpretativas, pois, não se tem encontrado a unanimidade na compreensão do citado artigo e das situações descritas no parágrafo destacado acima, tornando-se patente que a jurisprudência pátria já vinha se posicionando sobre o tema, de forma contrária ou limitativa do preceito contido no novel CPC.

O notado desencontro entre a doutrina e jurisprudência acerca do tema, demonstra estar distante uma solução rápida e concisa sobre o alcance do instituto processual, impondo critérios de percepção aleatória ou subjetiva por parte do julgador do processo quando da sua conclusão infirmada no feito.

É imperioso destacar que a motivação das decisões está no patamar de proteção às partes em litígio previsto pelo Texto Constitucional, albergando maior clarividência aos preceitos estatuídos no bojo do novel CPC, no intuito de preconizar maior equilíbrio, transparência e coerência na solução dos litígios, afastando-se possíveis descrenças na própria atividade jurisdicional, alertando para as prerrogativas do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa enaltece o fato de que o CPC-2015 preconiza nos incisos do §1º do Artigo 489, as prerrogativas para a perfeita análise do julgador quando do inafastável enfrentamento aos argumentos preponderantes para a conclusão da prestação jurisdicional, atacando de forma pormenorizada as alegações trazidas à discussão pelas partes.

Para alcançar o seu intento, a pesquisa se projetou através da abordagem exploratória e qualitativa de tipo bibliográfica, realizada exclusivamente em livros e teses e jurisprudências, possibilitando apreciar de modo minucioso os essenciais aspectos para o estudo das prerrogativas inerentes ao tema, sob os aspectos definidos no novel CPC.

O novel Texto Processual insere a preocupação em estabilizar a compreensão das suas diretrizes normativas para que não se pronunciem decisões concisas e extremamente distantes da crença pela prestação jurisdicional qualitativa.

2 O ALCANCE DO INCISO IV, §1º, DO ARTIGO 489, CPC

Imperiosa é a colação do texto inserto no Código de Ritos atual, precisamente o cerne do artigo 489, §1º, inciso IV, para melhor evidenciar a discussão que se propõe na presente pesquisa, demandando o questionamento central a respeito da abrangência do pensamento do legislador em efetiva relação à abordagem constitucional a respeito do enfrentamento dos argumentos deduzidos no processo, assim transcrito:

> 489. (*omissis*)
> §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

É perceptiva a preocupação do legislador pátrio ao inserir no novel Texto Processual a prerrogativa já consagrada na Carta Maior, especificamente no artigo 93, IX, transcrito abaixo, notabilizando sobre a necessária e inafastável fundamentação de todas as decisões judiciais, consolidando a motivação dessas mesmas decisões em ínsita sintonia à previsão constitucional, a saber:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar

> a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A doutrina se manifesta dentro dos limites da compreensão do artigo 489, acima citado, porém, diverge a respeito do alcance do inciso IV sobre quais elementos seriam suficientes para infirmar a conclusão adotada pelo julgador, e sobre tal proposta Donizetti (2015, p. 372) se manifesta, aduzindo que:

> Em outras palavras, tudo o que de relevante for produzido, deduzido e percebido no processo deve ser levado em consideração no momento de se proferir uma decisão, especialmente em se tratando de sentença ou de acórdão. Isso não quer dizer que o juiz tenho que apreciar todo e qualquer argumento constante dos autos.

Indiscutível o fato de que a obrigatoriedade da motivação das decisões precede a previsão contida no novel CPC, havendo registros, de acordo com Nelson Nery Junior (2013, p. 299), da sua inserção no CPC-1939, no seu artigo 118, P.U., mantido no CPC-1973, no seu artigo 458, II, significando afirmar que a fundamentação promovida pelo julgador tem o condão de exteriorizar a referência substancial das questões postas pelas partes no processo, tornando inafastável o seu dever de assim proceder no feito.

O legislador, portanto, inseriu no CPC-2015, especificamente no §1º do artigo 489, as hipóteses em que não serão consideradas como fundamentadas as decisões, verificando-se que a proposta do novel CPC é a de confirmar que o julgador não promova uma escolha aleatória de determinada questão para infirmar a sua conclusão sobre o questionamento das partes. Nesse ponto, cabe destacar as situações previstas pelo referido artigo e o seu parágrafo primeiro, resumidamente: (I) que se limitem a indicar ou reproduzir ato normativo sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) que não expliquem o emprego de conceitos jurídicos indeterminados; (III) que invoquem motivos cabíveis a outra decisão; (IV) que não enfrentem todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (V) que se limite a invocar precedentes sem demonstrar seus fundamentos determinantes, e (VI) e que deixem de seguir entendimento precedente, sem demonstrar a existência de distinção no caso em apreço.

A doutrina pátria chama a atenção para a tentativa dos legisladores, diante da aprovação de um novo Texto Processual Civil, em demonstrar a importância de um maior aprofundamento sobre os requisitos cabíveis à melhor interpretação a respeito do alcance na

motivação das decisões, embora, o que se tem observado (ainda) é um desencontro de entendimentos (doutrinários e jurisprudenciais) quanto aos limites impostos ao julgador, em contrariedade aos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito.

Bueno (2016, p. 392) tem se posicionado a respeito do tema, concordando que a previsão contida no CPC-2015 exige que o magistrado é a "suficiente discussão da tese jurídica a incidir sobre as especificidades do caso em julgamento", assim dispondo:

> É correto entender, destarte, que cabe ao magistrado peculiarizar o caso e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas para o proferimento da decisão. Fundamentações padronizadas, sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidas pelas partes, não são aceitas [...].

Portanto, a abordagem central do tema, ora pesquisado, se consolida na busca pela real interpretação e alcance sobre o dever (ou faculdade) do julgador no enfrentamento de todos os argumentos lançados pelas partes no processo, e a consequente concisão do seu entendimento.

3 DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme visto em tópico retro, o legislador ao inserir no CPC-2015 as situações elencadas no parágrafo primeiro do artigo 489, pontuou por enfocar sobre a obrigatoriedade na conduta do julgador em prolatar sentenças concisas, sem predizer necessariamente que a análise dos argumentos lançados pelas partes deva ser enfrentada de forma pormenorizada, mas, não deverá se afastar da apreciação relativa a questões importantes que poderão dar um enfoque mais embasado na conclusão alcançada.

Embora não se tenha, por enquanto, encontrado a unanimidade na interpretação do citado artigo e das situações descritas no parágrafo destacado acima, é patente que a jurisprudência pátria já vinha se posicionando sobre o tema, de forma contrária ou limitativa do preceito contido no novel CPC, assim destacando-se o entendimento esposado pelo c. STF, a saber: (sem grifos no original)

> EMENTA
>
> Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Precedentes.
>
> 1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência da Súmula nº 282/STF

> 2. A jurisdição foi prestada mediante decisão suficientemente fundamentada. **O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não determina que o órgão judicante se manifeste sobre todos os argumentos da defesa, mas, sim, que ele apresente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento**.
> 3. Agravo regimental não provido, com aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil.
> (STF, AI 748648 AgR, Primeira Turma, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 24/08/2010, DJe-222 18-11-2010)

Decerto que a posição prevista pelo CPC-2015 permitirá um confronto de entendimentos, que se definirá dentro da subjetividade decorrente da conclusão adotada pelo julgador, possibilitando a sua impugnação por alegada ausência de fundamentação, havendo orientação doutrinária para que o magistrado melhor fundamente seu entendimento, a exemplo daquilo que textualiza Donizetti (Op. Cit., p. 372) para que "eventual falha do julgador deve ser aferida em função dos pedidos apresentados, sendo certo que o deferimento de um ou de outro deve ser amplamente fundamentado".

Não se discute sobre a constitucionalidade do artigo 489, §1º do CPC, haja vista a sua similitude ao preceito estatuído pela CF-1988, no seu artigo 93, IX, demonstrando que o CPC2015 adentra à ampla proposta de um maior ativismo judicial, dentro da tendência do pós-positivismo jurídico, sendo pontual destacar que é consenso o fato de que havendo argumentos que possuam um liame de dependência, ao apreciar o argumento mais preponderante os demais sofrerão a consequente prejudicialidade, mas, devem ser apreciados para solidificar a demonstração do referido liame de dependência.

O que se pretende demonstrar é o fato de que a atribuição permitida pelo novel CPC em conceder maior autonomia à função jurisdicional, por sua vez, trouxe uma maior responsabilidade na imprescindível fundamentação jurídica na apreciação dos argumentos consolidadores da demanda, e até que ponto essa atribuição deverá se tornar um dever ou uma faculdade de agir do magistrado julgador, certamente, repercutirá nas incessantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Para Pessoa Alves (2015, p. 73) o tema, ora abordado, não é de fácil solução, pois, o Inciso IV, §1º do artigo 489, do CPC-2015, por outras palavras já vigorava no cenário jurídico brasileiro, e o para o referido autor:

> O NCPC incorporou alguns reparos doutrinários e jurisprudenciais à fundamentação judicial. Seu art. 489, § 1º, usou, expressamente, a técnica da nulidade, ao não considerar fundamentadas as decisões que não observem seus parâmetros. Os incs. do § 1º do art. 489, em boa parte, incorporam ao direito

> positivo infraconstitucional vícios na fundamentação que já eram repelidos na doutrina e jurisprudência do CPC.

Da mesma forma, afirma Pessoa Alves (Op. Cit., p. 73) que "uma alteração legislativa que se propusesse a inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional seria um elevado desserviço à função ontológica do Poder Judiciário, que é decidir os conflitos que lhes são apresentados em prazo razoável", ou seja, a interpretação a ser aplicada ao novel CPC, em especial ao artigo discutido, deverá ser acurada o suficiente para desenvolver um raciocínio mais alargado por parte do julgador.

Mesmo depois da vigência do CPC-2015, o c. Superior Tribunal de Justiça decidiu nos autos do Recurso Especial n. 827.440/MT, de forma contrária aos preceitos consolidados no artigo 489, do CPC, assim colacionado:

> Ementa
> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DO PRODUTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. LIVRE CONVENCIMENTO. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO.
> 1. Decisão recorrida publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 1/2016.
> 2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).
> 3 Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento.
> 4. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.
> 5. Agravo interno que se nega provimento. (STJ. Processo:AgRg no AREsp 827440 MT 2015/0304535-1. Relator(a):Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Julgamento:07/04/2016. Órgão Julgador:T4 - QUARTA TURMA. Publicação: DJe 13/04/2016)

A decisão prolatada pelo c. STJ torna de difícil aplicação o pensamento normatizado pelo legislador, a respeito do necessário enfrentamento dos argumentos lançados pelas partes no processo, pois, coloca em discussão o contexto de 'liberdade' do julgador sob a égide da obrigatoriedade da fundamentação na sua conclusão do feito.

Nesse toar, vale-se do lúcido pensamento de Streck (2016, p. 01) que questiona sobre o desmerecimento da importância do então novel CPC, em decorrência da decisão exarada pelo

c. STJ, ora debatida, e o citado autor pontua ainda que "o juiz tem a obrigação de dialogar e de levar em consideração todos os argumentos", alcançando a seguinte conclusão, assim descrita:

> A decisão ignorou a redação do artigo 371 do CPC, dando indicativos perigosos de que o Tribunal da Cidadania vai fazer algo contra a Cidadania: descumprir o CPC justamente naquilo que o legislador mais se esforçou, isto é, construir mecanismos para evitar decisões lotéricas, repetitivas, descontextualizadas e com fundamentação pífia. [...], lendo o acórdão, o que pude perceber é que o tal "livre convencimento" foi utilizado para afastar a produção probatória.

Invariavelmente o tema debatido na presente pesquisa deverá ser observado de forma exaustiva, pois, na proposta do legislador é possível perceber que da construção democrática que deve o processo decorrer, torna-se imperativo resguardar as garantias protetivas à sua consolidação, promovendo a ampla defesa e o contraditório para alçar a melhor prestação jurisdicional.

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A Magna Carta brasileira de 1988, ao erigir a República Federativa do Brasil ao patamar de Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, norteou e cintilou a base de todo o ordenamento jurídico, primando, dentre diversos outros aspectos, por conferir direitos e deveres aos jurisdicionados e limitar o poder do Estado. Representou ela um divisor de águas, verdadeiro marco jurídico da travessia de um regime nefasto e totalitário para um período de reconstitucionalização do país (BARROSO, p. 191).

Nesse mesmo contexto, a partir da segunda metade do século XX, fase que, de acordo com os estudiosos do tema, sucedeu o desprestígio do jusnaturalismo e, até mesmo a derrocada do positivismo jurídico, o direito constitucional ressurgiu com uma nova roupagem. Abriu-se alas para o neoconstitucionalismo, também denominado de pós-positivismo.

Notadamente, até o término da Segunda Guerra Mundial, embora um grande número de nações possuísse uma Carta Política, observou-se à luz dos ensinamentos tratados pela doutrina que se subsumiam ao princípio da legalidade, não conferindo total autoridade àquela. Louvavam, porém, o estrito legalismo, sendo as leis, inclusive, engrenagem da máquina estatal. Outrora, o então afirmado Estado Legalista, onde as leis tinham a máxima normatividade jurídica e sendo base para a elaboração de qualquer outra norma. Agora, à percepção das

mudanças insertas no contexto jurídico e legal, Estado Constitucional de Direito, elevando a Constituição ao ápice da pirâmide de Kelsen.

A Constituição, neste novo momento, deixa de ser observada com um olhar afunilado. Não é mais um simples documento político, tampouco mera folha de papel que espelha os fatores reais de poder – como defendia Lassalle (2001, p. 17-18). Hodiernamente, ela é vista como a Lei Fundamental da nação, pedra angular de todo o ordenamento jurídico, substrato de validade para a legislação infraconstitucional. Como o maestro que rege a banda, ela coordena toda a sistemática legal.

Em voz uníssona, sem discrepar do conteúdo abordado por inúmeros doutrinadores pátrios, leciona Cunha Júnior (2015, p. 01) à literalidade:

> O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII a partir dos ideais iluministas da limitação do poder, permaneceu inquestionável entre nós até meados do século XX, ocasião em que se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política. Esse pensamento, que recebeu a sugestiva denominação de neoconstitucionalismo, proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito.

O pós-positivismo, dentre as inúmeras benesses, trouxe em seu bojo a ampliação e incremento dos direitos e garantias fundamentais, pautados, obviamente, na dignidade do ser humano, considerando-se nesse aporte o grande avanço dos chamados direitos sociais. Entretanto, não basta a simples previsão, mister se faz uma atividade satisfativa, a qual, digase de passagem, na prática, revela-se muito mais melindrosa. Neste toar, o que se percebeu foi a restrição do poder até então desenfreado do Estado, condicionando-o à persecução dos valores postos e à consequente efetivação da nova era de direitos, submetendo-o à supremacia constitucional.

Ciente de que a Constituição é o referencial teórico para a elaboração das leis infraconstitucionais, todas elas devem guardar, inflexivelmente, íntima conexão com aquela. É imprescindível, portanto, uma incansável e incessante busca pelo alargamento dos direitos fundamentais individuais, jamais estreitando-os ou ignorando-os, sob pena de afronta direta à Lei Suprema, e nesse contexto se torna inafastável perseguir aquilo que foi preconizado no novel CPC, especificamente no artigo 489, ora debatido, pois, referenda os preceitos do Estado Democrático de Direito, conforme demonstrado em tópicos retros.

Abraçando tal premissa, o sistema jurídico infraconstitucional como um todo, passa pelo que se convencionou chamar de Constitucionalização do Direito, seja ele material ou processual. Em linhas gerais, esse fenômeno se apresenta como uma via de mão dúplice, conforme preconiza um sem-número de pesquisadores do tema. De um lado reflete a tendência em amoldar a lei de piso aos ditames afincados pela Lei Maior, do outro – talvez o mais difundido doutrinariamente –, denota a incorporação no texto da Constituição formal, de assuntos diversos daqueles puramente constitucionais, conferindo-lhes total proteção e buscando a maior eficácia possível.

No âmbito do Direito Processual não foi diferente. Com o fito de estreitar as relações e viabilizar a dialética com a Constituição, irrompeu o neoprocessualismo, autêntico desdobramento do neoconstitucionalismo para enfim buscar alcançar esse patamar de proteção às partes em litígio previsto pelo Texto Constitucional, albergando maior clarividência aos preceitos estatuídos no bojo do novel CPC, no intuito de preconizar maior equilíbrio, transparência e coerência na solução dos litígios, afastando-se possíveis descrenças na própria atividade jurisdicional.

Dessa maneira, sob o manto do Estado Democrático de Direito, o Novo Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105/15) emergiu para dar uma repaginada no direito processual até então vigente. Primando pela dura observância dos princípios constitucionais, principalmente os de cunho processuais, visa conferir maior efetividade às normas afincadas, evitando o deboche jurídico em relação a tais premissas.

É com este intuito que o Novel Código, em seu artigo inicial, trata a Constituição Federal de 1988 como parâmetro instrucional do Processo Civil, sendo para ele, referencial hermenêutico, o qual deve ser ordenado, interpretado e disciplinado conforme os valores e as normas fundamentais nela positivadas e que, por consequência, impinge a exigência do respeito pelos interpretes às prerrogativas insertas no âmago daquele texto processual.

Percebe-se que todo o Capítulo I, do Livro I e Título Único, do CPC/15, foi reservado às regras basilares do Processo Civil, as quais, na grande maioria, encontram suas correspondentes na própria Magna Carta, fato este que, naturalmente, reserva a necessária e acurada interpretação em contraponto à ausência de aprofundamento.

Nesta senda, incorporou ao seu texto princípios que já estavam salvaguardados na Constituição. A título de exemplo, encontram-se a Inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 3º), previsto no art. 5º, XXXV, da CF; a Duração Razoável do Processo (art. 4º), insculpido no art.

5º, LXXVIII, da Lei Maior. Não bastasse, em total harmonia com os arts. 1º e 5º, inciso LV, da Constituição Republicana, o Novo CPC positivou o Princípio da Isonomia, bem como do Contraditório e Ampla Defesa (art. 7º). E mais, encontrando seu correlato no art. 93, IX, da CF, o art. 11, do CPC/15, consagrou o Princípio da Publicidade dos Julgamentos e Fundamentação das Decisões Judiciais, estes, basilares para a melhor compreensão da pesquisa em apreço, haja vista a percepção de que o CPC-2015, ao notabilizar no seu §1º, do artigo 489, as disposições que orientam o julgador para a melhor fundamentação da sua decisão, consagra a sintonia existente no Texto Processual vigente e a Carta Maior.

Embora haja diversas críticas ao primeiro capítulo do Diploma Processual Civil de 2015, aduzindo que "choveu no molhado", não trazendo nada de novo, entende-se, data máxima vênia, que são desarrazoadas. Isso porque, buscou-se conferir maior constitucionalidade a relação processual, reforçando e até mesmo destrinchando o que está previsto na Lei Suprema. Frise-se: tudo isso fruto do neoprocessualismo, conforme discutido alhures.

Em suma, o ordenamento jurídico caminha a passos largos. O Processo Civil, sem divergir, formulou-se primando pelos ideais do Estado Democrático de Direito, salvaguardando a força normativa constitucional e, consequentemente, os direitos e garantias fundamentais. Atualmente, a Constituição é o foco. À ela estão direcionados os holofotes.

Considerando que uma das principais características do neoprocessualismo é a "tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição" (DIDIER, 2015, p. 47), bem como que os direitos fundamentais possuem dupla vertente - objetiva e subjetiva -, o processo, conforme magistério de Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 63), deverá atuar como soldado da Lei, amoldando-se à concreta defesa dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e primando pela sua própria organização conforme os ditames de tais direitos (dimensão objetiva).

Não por outra razão, a relação jurídico-processual deve enveredar sobre os trilhos do Devido Processo Legal, implicando dizer, inclusive, que toda e qualquer decisão judicial há de ser, inexoravelmente, percuciente ao se refestelar sobre os argumentos deduzidos pelas partes no feito.

Fruto do Princípio do Contraditório, mais importante que falar é ser ouvido, sendo um brocardo acolhido pela doutrina. Atento a essa verdade fulcral, preconiza o artigo 8º, item 1, do Pacto San José da Costa Rica - incorporado ao ordenamento jurídico pátrio mediante o Decreto nº 678/92 -, que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um

prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente". Entretanto, a atividade jurisdicional vai muito além que a simples oitiva das partes ou, até mesmo, que a mera prolação de uma decisão em tempo razoável. É imprescindível o total enfrentamento das razões suscitadas e coligidas no processo, para que seja garantido o Contraditório Pleno, através do cumprimento do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, tornando discutível qualquer entendimento contrário.

Nesse diapasão, Câmara (2016, p. 16) - que, diga-se de passagem, não é Advogado ou Defensor Público, mas Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro -, esquadrinha, com a imparcialidade e discernimento e objetividade que lhe são peculiar:

> É nula, também, a decisão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (art. 489, §1º, IV). [...] Ora, não haverá contraditório efetivo e dinâmico se os argumentos deduzidos pelas partes não forem levados em consideração na decisão judicial. Impende, então, que o órgão jurisdicional leve em conta todos os argumentos suscitados pelas partes e que sejam capazes, em tese, de levar a uma decisão favorável.

O já debatido art. 489, §1º, inciso IV, do Novo CPC, reforçou a cláusula mandamental insculpida no art. 93, IX, da Lei Suprema, norteando a mente do julgador ao exarar uma decisão judicial, reitere-se.

Essa proposição tem, conforme lições de Didier, Braga e Oliveira (2010, p. 290), finalidade dúbia:

> Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. [...] Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.

Destarte, é inconcebível, na vigência do Estado Democrático de Direito, julgados pífios, vãos, falsamente motivados ou com "simulacro de fundamentação", apresentando subterfúgios como "o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão", conforme se manifestou a Rel. Min. Diva Malerbi, nos autos do EDcl no MS 21.315-DF, (STJ, 2016).

Esse entendimento, com todo respeito, padece de constitucionalidade, revelando-se um tanto equivocado e desmedido. De fato, coadunando com o entendimento da doutrina majoritária, havendo cumulação de razões para o acolhimento do pedido, ao apreciar um deles e firmar a sua convicção de modo favorável a uma das partes, o julgador não precisará analisar as demais causas de pedir, sob pena de tumulto processual. Todavia, com supedâneo no art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC, deverá enfrentar todos os argumentos suscitados pela parte contrária, que sejam, em tese, hábeis a derrubar o convencimento do magistrado.

Noutro sentido, preceitua o Enunciado 305, do Fórum Permanente de Processualistas Civis que "no julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida". O mesmo se diz quando o processo versar sobre Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, *ex vi* do art. 984, §2º, CPC-15.

Senão, observe-se as lições de Câmara (2016, 17):

> É claro que tendo o órgão jurisdicional encontrado um fundamento suficiente para decidir favoravelmente a uma das partes, não há qualquer utilidade (e, portanto, não há interesse) em que sejam examinados outros fundamentos deduzidos pela parte e que também levariam a um resultado a ela favorável. Afinal, estes outros fundamentos não poderiam levar a um resultado distinto do já alcançado. Há, porém, necessidade de exame de todos os fundamentos deduzidos pela parte contrária e que, em tese, seriam capazes de levar a um resultado distinto. Em outros termos, é direito da parte ver na decisão que lhe é desfavorável a exposição dos motivos que levaram à rejeição de todos os fundamentos que suscitou em seu favor. Só assim se poderá afirmar que sua participação no processo de formação da decisão foi relevante, que ela foi ouvida (ainda que não tenha sido atendida) e, portanto, que foi plenamente respeitada sua participação em contraditório.

Sob o lampejo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Cidadã, além de pôr em xeque o Princípio do Contraditório, ameaça de morte a Inafastabilidade do Poder Judiciário, haja vista que não pode ficar ao mero deleite do julgador a análise ou não dos argumentos deduzidos no processo, contrários à sua decisão.

Por conseguinte, não refutando todos os fundamentos da tese derrotada, a decisão estará eivada de nulidade e, por conseguinte, passível de recurso para o Tribunal competente.

Atendo-se ao que preceitua o art. 2º, da Resolução nº 02/2015 (Novo Código de Ética e Disciplina da OAB), com arrimo na Bíblia Política (art. 133), “o advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais”.

Assim, frente a esse contexto de instabilidade democrática e combate ferrenho ao dever de motivação adequada por parte da maioria dos magistrados, a Advocacia exercerá papel de suma relevância, devendo perorar pelo resguardo do ordenamento jurídico pátrio, com olhar altivo e espírito pujante, jamais esquivando-se do seu múnus. Do contrário, o absurdo jurisprudencial restará consubstanciado, sendo, pois, violada a força normativa constitucional, a efetiva vontade do legislador ao redigir categoricamente o Novo Código de Ritos Civis, bem como os consectários do Devido Processo Legal.

5 CONCLUSÃO

O afloramento de decisões que compactuem com a manutenção do pensamento aplicado antes da vigência do atual Código de Ritos poderá tornar incipiente a proposta laborada pelos idealizadores do Texto Processual, afinal, o que se deseja com a inserção de prerrogativas que delineiam o dever de fundamentação das decisões judiciais, e especialmente, que preconize o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo pelas partes, não é tolher o magistrado julgador da sua autonomia, muito pelo contrário, é sim, possibilitar às partes a satisfação jurisdicional condizente com a sua expectativa e pretensão.

Mesmo à luz do entendimento dos tribunais pátrios a respeito do tema abordado, em verdadeiro dissenso à proposta do novel CPC, é possível o realinhamento de postura para que não se enverede por admitir a escolha aleatória de determinada questão fática para embasar ato decisório, desprezando-se questões de real importância para o melhor deslinde da demanda.

A pesquisa não pretende esgotar o tema, afinal, o cenário que se apresenta desde a vigência do Código de Ritos de 2015 não consolida um consenso sobre os limites do alcance das prerrogativas inserta no artigo 489 do então CPC. Cabe manter o diálogo a respeito, para que se possa alcançar o equilíbrio desejado pelas partes, que mesmo diante do indeferimento do seu pleito, ante ao esgotamento das questões suscitadas no processo, haverá a satisfação por perceber o enfrentamento das suas argumentações.

Fiel à proposta ampla do novel CPC, o legislador buscou explicitar o contexto da fundamentação qualificada da decisão judicial para que enfim, seja alcançada a pacificação social sem estar alicerçada em fundamentos que beire a superficialidade no seu enfrentamento.

É imperativo, portanto, que se proteja a proposta consagrada pela Carta Maior, e devidamente perseguida pelo Texto Processual, para enfim exigir o real exercício do dever de motivação adequada por parte dos magistrados, mesmo sob a égide do pensamento limitativo, consagrado na jurisprudência.

Sendo assim, é direito individual de cada cidadão, receber uma adequada e satisfativa (não é sinônimo de favorável) prestação judicante. Implica dizer que toda decisão proferida pelo Poder Judicial deve facejar todas (sem exceção) as questões deduzidas no processo, capazes de, no plano abstrato, enfraquecer, a convicção adotada pelo julgador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a constituição teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 522 p.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago.2016

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (STJ). Agravo de Instrumento 748648 AgR. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 30 ago.2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** (STJ). AgRg no AREsp 827440 MT 2015/03045351. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 30 ago.2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** (STJ). STJ. EDcl no MS 21.315-DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 30 ago.2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do Novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. Editora Atlas, 03/2016. VitalSource Bookshelf Online. Disponível em: <https://online.vitalsource.com/#/user/signin>. Acesso em: 30 ago.2016

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo** – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: RT, 2010

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito**: Um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em:

<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novoparadigma-doestado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitosfundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior.>. Acesso em: 30 ago.16.

DIDIER, Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____, _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas. 2015.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta--de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 06 set. 2016.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Fabrício Irun Silveira. **Novo Código de Processo Civil Comparado**: artigo por artigo. 2. ed. Leme: CL EDIJUR, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** (processo civil, penal e administrativo). 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 299.

PESSOA ALVES, Francisco Glauber. Fundamentação Judicial no Novo Código de Processo Civil. **Revista CEJ**, Brasília. Ano XIX. N. 67, p. 58-77. Set/Dez/2015. Disponível em: <www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2068/1970>. Acesso em 02 set.2016

STRECK, Lenio Luiz. STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC? **Revista Consultor Jurídico.** 28/04/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimentodireito-livre-cpc>. Acesso em: 28 ago.2016.

O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO COROLÁRIO DA BUSCA PELA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Guido Azevedo Neto

Martha Franco Leite

1 INTRODUÇÃO

Sem dúvida alguma, a mais famosa novidade do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) é a introdução de um sistema de precedentes no Direito Brasileiro. O tema desperta a atenção, pois, em tese, impõe limites de cunho material ao ato de decidir, que até então estava acobertado pela independência funcional e pelo livre convencimento motivado do magistrado.

O norte do *novel* diploma é a resolução de problemas – com vistas à efetividade, segurança e isonomia – e a aplicação de precedentes surge como resposta para a inafastável realidade[1] da dispersão jurisprudencial e decisória. Em tempos de litigiosidade de massa[2], de casos repetidos e semelhantes, é cada vez mais fácil o próprio jurisdicionado observar esse fenômeno. Diante da insuficiência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência previstos pelo CPC/1973, mostrou-se necessário buscar novas soluções.

Ocorre que a utilização dos precedentes, até então, é típica do *common law,* uma tradição jurídica bem distinta da brasileira, que é o *civil law*. Portanto, antes de simplesmente aplicar esse novo instituto, é primordial compreender o que é um precedente, bem como seus conceitos inerentes, e entender o contexto da doutrina do *stare decisis* dentro de sua tradição, o porquê de ter se sobressaído em termos de consolidação jurisprudencial. A partir daí é salutar a análise do sistema jurídico pátrio, tanto na parte processual, como no todo, para verificar a existência de semelhanças, ainda que sejam pequenos traços em comum, a fim de aferir quanto à viabilidade de sua "importação". É o caso, portanto, de fazer um estudo comparado para analisar a adequação – ou não – da aplicação de precedentes no direito brasileiro e, por fim, conhecer a roupagem dos precedentes no CPC/2015.

Para percorrer todo esse caminho é utilizado o método de estudo qualitativo, através da técnica de pesquisa bibliográfica, a fim de trazer, com base em denso referencial teórico, as

---

[1] Marcante expressão de Luiz Guilherme Marinoni (2013, p.22) para adjetivar o fato "de que a lei é interpretada de diversos modos".

[2] Segundo Humberto Theodoro *et al* (2015), essa é uma das formas de litigiosidade, ao lado das demandas individuais e coletivas, que se apresenta ao Poder Judiciário hoje.

melhores noções do que está por vir. A pretensão aqui é, pois, em linhas simples e consistentes, delinear as novas regras a respeito do sistema de precedentes do CPC/2015.

2 PRECEDENTE JUDICIAL E O EMARANHADO DE CONCEITOS

Antes de analisar o modo como o novo Código de Processo Civil (CPC/2015) sistematizou a utilização dos precedentes judiciais, é necessário esclarecer o que é um precedente propriamente dito, como é estruturado.

O conceito de precedente, nas lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013, p. 427), consiste na "decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos". De acordo com essa definição, o precedente judicial é um produto da atividade jurisdicional, que posteriormente poderá ser utilizado por operadores do direito – não só os juízes utilizam-se dos precedentes – para motivar outra decisão em caso semelhante.

É certo afirmar que todo precedente é advindo de uma decisão judicial, no entanto, nem toda decisão será hábil a criar um precedente. Isso porque o que torna possível extrair da decisão um precedente, tornando-a paradigma para casos semelhantes, é o seu conteúdo argumentativo. Neste mesmo sentido, destaca Marinoni (2012, p. 604) o que realmente deve ser observado: "O verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la".

Cumpre salientar que o precedente é apenas um dos discursos produzidos a partir da decisão judicial, existindo ainda a fundamentação. Segundo Daniel Mitidiero (2012), esta – que é garantia fundamental (art. 93, IX, da CF[3]) e requisito essencial da sentença (art. 458, II, do CPC/1973[4]) – é voltada para o caso concreto, posto que visa esclarecer a valoração dos argumentos, bem como o sentido conferido às normas aplicadas. Já o precedente, que tem caráter institucional, visa conferir segurança jurídica ao cidadão, uma vez que demonstrará a coerência da decisão com a ordem jurídica vigente. Logo, utilizando-se dos termos de Didier Jr., Braga e Oliveira (2013), é correto afirmar que a fundamentação cumpre a função

---

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

[4] Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

endoprocessual – explicar às partes o porquê daquela decisão judicial – enquanto o precedente realiza a função extraprocessual – mostrar à sociedade um modelo de conduta respaldado pelo Direito[5].

Dentro da decisão irá se encontrar aquilo chamado por Didier, Braga e Oliveira (2013) de núcleo essencial da decisão judicial, mas sob o prisma dos precedentes será denominado de *ratio decidendi*, *holding*[6], ou, segundo Marinoni (2012), fundamentos determinantes[7]. Nas palavras de [7]José Rogério Cruz e Tucci (*apud* DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 427), "constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto". Logo, a *ratio decidendi* seria a tese jurídica edificada a partir da análise do caso e das normas aplicáveis a ele para que a decisão tomada fosse proferida da forma como foi exarada.

Também integra o precedente o *obter dictum*, isto é, tudo aquilo que não é relevante, nem fundamental, para chegar ao resultado da tese jurídica. São os argumentos, as circunstâncias, os incidentes comentados *en passant* sem influenciar na decisão tomada.

E como distinguir o que é do que não é relevante? Primeiramente, é necessário observar qual tese se pretende ter sob enfoque, vez que a mesma decisão judicial pode comportar mais de um precedente para questões distintas. A depender do referencial analisado, o que ostenta a condição de *ratio* para uma tese, pode ser *dictum* para outra e viceversa.

A partir daí é possível identificar elementos os quais tornam a *ratio decidendi* a "razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso" (MITIDIERO, 2012, p. 135)[8]. Cruz e Tucci (*apud* DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 427-428) aponta como elementos da *ratio decidendi* os fatos relevantes para a causa (*statement of material facts*); o raciocínio lógico jurídico (*legal reasoning)* – é o desenvolvimento da solução empregada ao caso – e o juízo decisório, a norma jurídica, em si, que será aplicada. Tudo que não se enquadrar nesses elementos será *obter dictum*[9].

---

[5] Não é inédito esse raciocínio, BERTINI e PEREIRA (2014) chegaram à mesma conclusão, em seu artigo "A construção do precedente judicial a partir da fundamentação da sentença".

[6] A primeira nomenclatura é adotada pelo Direito Inglês, já a segunda é utilizada pelo Direito Norte-Americano.

[7] Segundo Lucas Buril de Macêdo (2015. p. 309), "[n]o direito brasileiro, o termo é utilizado como razões de decidir ou motivos determinantes pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça".

[8] Esclarece ainda Daniel Mitidiero: "A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi – holding*)" (MITIDIERO, 2012, p.135)

[9] Por isso mesmo, conclui MACÊDO (2015, p. 338) no mesmo sentido: "Costuma-se definir o *obter dictum* por exclusão: é *dictum* tudo aquilo que não se configura como *ratio decidendi*".

A título exemplificativo, é possível interpretar[10] sob a ótica do precedente a decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, que versa sobre o aborto de feto anencefálico. O Ministro Marco Aurélio, antes de tratar propriamente da anencefalia, demonstra a repercussão da questão ali posta ao expor que "até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina". Esse dado quantitativo em nada influencia no teor decisão, simplesmente destaca a importância da matéria, portanto é *obter dictum*. O mesmo não pode ser dito em relação ao capítulo do direito à vida dos anencéfalos; nesse momento o Ministro-relator constata, a partir de estudos médicos invocados, que "o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida". Isto é fato relevante para a causa. A partir da premissa fática desenvolve o raciocino lógico jurídico de que "Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível" e, por isso, exerce claro juízo decisório ao afirmar: "a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida". Desses elementos, extrai-se a *ratio decidendi* para o precedente: quando não houver potencialidade de vida, o aborto não será crime contra a vida.

Essa mesma tese jurídica pode servir para casos idênticos (abortos de anencéfalos) ou semelhantes, como naqueles cuja prática de um ato que normalmente seria tipificado como crime contra a vida, no entanto não se configura, pois não existiria vida. Seria o exemplo do desligamento de aparelhos médicos de um paciente com morte cerebral, que não seria tipificado como homicídio. Isso, evidentemente, porque também há estudos médicos consistentes de que, quando há morte cerebral, não há mais que se falar em existência de vida.

Tal digressão é necessária para demonstrar a utilidade do precedente no cotidiano forense. Ele evidencia o pensamento adotado por um órgão julgador sobre uma matéria. Pode servir, portanto, de norte a questões futuras. O problema é que no Brasil os precedentes carecem de força hábil para nortear a jurisprudência.

---

[10] Luiz Guilherme Marinoni (2013) discorre sobre as formas de identificação da *ratio decidendi* nos precedentes, a tese de Wambaugh e o método de Goodhart. No primeiro seria o *holding* a proposição sem qual não poderia se chegar àquele resultado, que invertida teria resultado diametralmente oposto. Já no segundo é necessário observar os fatos considerados pelo juiz no precedente para aferir se é ou não aplicável um precedente à causa. Ambas as técnicas se mostraram falhas e incompletas, posto que mais de uma proposição pode ser fundamental para se chegar em um determinado resultado – o que traria um pensamento aritmético ao Direito, diga-se de passagem – e os fatos que em momento foram considerados relevantes para um determinado precedente podem não ser comuns a outro, no entanto a solução jurídica empregada com fatos distintos também se mostraria aplicável. O processualista paranaense se filia à proposta de Rupert Cross, na qual a *ratio decidendi* é uma linha de raciocínio traçada pelo magistrado. Daí a importância de dominar conceitos teóricos da estrutura dos precedentes para identificar a utilidade de decisões pretéritas.

Explicamos. Jurisprudência não é sinônimo de precedente. Nas lições de Miguel Reale (2013, p. 167) jurisprudência é "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais". Podemos compreendê-la então como entendimento judicial firmado por um conjunto de decisões judiciais reiteradas. O precedente, *a priori*, é fruto de uma decisão, cujo núcleo essencial pode vir a servir para outros casos. Nada impede que sirva de gérmen para jurisprudência, mas para isso o endosso por outros órgãos ou cortes é fundamental.

Sucede que no Brasil há pouquíssimas hipóteses em que a jurisprudência ou um precedente tem força vinculante. Sãos eles: a edição de súmula vinculante e as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade. Logo, mesmo quando o entendimento jurisprudencial já estiver consolidado, a qualquer momento um magistrado pode deixar de observá-lo. Por isso, a jurisprudência no Brasil, embora tenha avançado bastante com a ajuda das proposições doutrinárias, tem caráter meramente persuasivo.

É justamente em razão da ausência de lógica em desconsiderar sem justificativas o posicionamento de teses consolidadas ou de questões já decidas em instâncias de grau maior, que o CPC/2015 busca elaborar um sistema de precedentes no Brasil. Antes de adentrar na análise dessa nova forma de organização no nosso ordenamento, entretanto, é preciso observar como funciona o sistema de precedentes nos países de *common law*, considerados o berço desse sistema de precedentes vinculantes, bem como a sistemática de valorização dos precedentes que já estava presente no Código de Processo Civil Brasileiro anterior (CPC/1973).

3 *STARE DECISIS*: A FORÇA DOS PRECEDENTES NO *COMMON LAW*

O *common law* é mais que um sistema jurídico, é uma tradição jurídica. Enquanto o primeiro é conjunto ordenado de normas que regem uma sociedade, a segunda é a forma como o sistema jurídico foi ordenado e aplicado[11]. Parafraseando para o campo da arte, como fez Zanetti Jr. com a arquitetura[12], seria possível dizer que a tradição é o estilo, a técnica, o desenho; já o sistema é a obra, o resultado, o colorido. A tradição, portanto, traça o sistema e, por isso, o sistema se insere na tradição. Daí o porquê de dizer que dentro do *common law* se encontram os sistemas jurídicos inglês, estadunidense, australiano, dentre outros.

---

[11] Macêdo (2015, p. 28) esclarece a serventia das tradições jurídicas, pois "são, então, conceitos úteis para operar em abstrato com diversos sistemas jurídicos, a partir de dados comuns ou bastante semelhantes".

[12] Cfe. ZANETI JR. Hermes. O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie. **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

Essa tradição de origem anglo-saxã é definida por Reale (2014, p. 142) como aquela em que "o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico do parlamento". É necessário entender o porquê de ter sido depositada confiança nos precedentes para ditar o Direito das sociedades que adotaram essa tradição.

Inicialmente o *common law* tinha como fonte apenas os costumes gerais do povo; os precedentes judiciais só vieram a se tornar fonte posteriormente e só estabeleceram sua eficácia vinculante no séc. XIX, através do *stare decisis*. Este último, segundo Marinoni (2013), constitui um elemento moderno do *common law*. Nas lições de Lucas Buril de Macêdo (2015), em razão dos costumes serem uma fonte de difícil análise pelo seu grau de abstração, o que pode trazer insegurança jurídica, os precedentes tornaram-se outra forma de visualizar os costumes do *common law*. Tendo em vista que os juízes têm o poder de afirmar o direito costumeiro[13], as decisões passaram a servir também de fonte para o *common law*. Sendo assim, a decisão judicial passou a ter um papel metalinguístico, pois, além de tratar sobre o Direito, ela, enquanto precedente, também era fonte do Direito.

Vale destacar que a forma como o magistrado era visto em muito corrobora com a aceitação dos precedentes como referencial do direito. Segundo Marinoni (2013), isso ocorreu porque na Inglaterra, o juiz se manteve ao lado do Parlamento e contra o monarca, buscando garantir a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Diferente da França, onde os juízes subordinavam-se ao rei e decidiam contra a população.

O *stare decisis,* forma diminuta da expressão *stare decisis et non quieta movere*, busca assegurar a igualdade na prestação judicial, através da eficácia vinculante dos precedentes – *binding effect*. O brocardo traduz-se em "mantenha o que foi decido e não mexa no que está estabelecido". A doutrina[14] entende que o marco do *stare decisis* ocorreu em 1898 com o caso *London Street Tramways Co. Ltd vs. London County Council,* quando a *House of Lords,* ao decidir os parâmetros para indenização em razão de desapropriação, declarou-se vinculada às suas decisões anteriores, mantendo seus critérios indenizatórios.

A admissão do *stare decisis* gerou primeiro a vinculação horizontal – a própria corte deve manter seu entendimento conforme suas decisões pretéritas – e depois, como consequência, veio a vinculação vertical – os juízes e as cortes inferiores devem obedecer às superiores. Macêdo (2013) explica que durante muito tempo a *House of Lords* aplicou

---

[13] Marinoni (2013) discorre sobre as teorias declaratória e constitutiva de jurisdição para afirmar que independente da corrente, ambas reconhecem o respeito aos precedentes.

[14] Cfe. MARINONI (2013), MACÊDO (2015) e DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA (2013).

irrestritamente seus precedentes vinculantes. Isso produziu duas consequências ruins: a imutabilidade do entendimento da corte e a aplicação indevida de precedentes a casos que não comportam semelhança.

Somente em 1966 a Corte admitiu a possibilidade de alteração no seu entendimento, desde que fosse para evitar injustiça no caso concreto. Para isso foram desenvolvidas as técnicas do *distinguish* e do *overrulling* para aplicação dos precedentes. Marinoni (2013) discorre sobre ambas. A primeira é técnica de confronto em que se compara o caso sob julgamento e o caso paradigma do precedente aparentemente aplicável, sendo necessário indicar as diferenças substanciais dos casos, demonstrando que se está diante de outro direito. Nos termos ditados na primeira parte deste artigo é necessário demonstrar que os fatos relevantes são tão diferentes que não pode ser empregado o mesmo raciocínio lógico jurídico a fim de levar ao mesmo juízo decisório. Essa ferramenta não enfraquece a autoridade do precedente, apenas diz que à luz do caso concreto não é aplicável. Já a segunda – o *overrulling* – é técnica de superação, pois consiste na revogação do precedente quando este não se amolda mais ao ordenamento jurídico ou à sociedade em que se insere, seja por razões morais, políticas ou sociais. Quando isso ocorre, segundo Eisenberg (*apud* Marinoni, 2013), o precedente deixa de ter congruência tanto social, quanto sistêmica. Nessa hipótese a autoridade do precedente será enfraquecida perante toda a sociedade.

A partir dessas, foram criadas outras técnicas que contribuem com a utilização dos precedentes, como o *overriding* – a revogação parcial do precedente; *transformation* – aplicação do mesmo juízo decisório precedente para caso distinto, mas por outro raciocínio lógico jurídico; *sinaling* – a indicação pela corte superior de circunstâncias para revogação do precedente, mas sem fazê-lo em nome da segurança jurídica; e o *antecipatory overruling* – quando cortes inferiores já deixam de aplicar o precedente em razão de seu desgaste, de novo direcionamento na corte superior ou pelo fato da corte suprema ter realizado *o sinaling*.[15]

Apesar do *stare decisis* – enquanto dever de observância das decisões – ser um elemento relativamente recente na história do *common law*, hoje é consolidado. Os precedentes ganharam força por evidenciar com maior clareza e concretude os direitos do povo inglês enquanto fonte de Direito, ao invés de depender da análise abstrata dos costumes gerais. A doutrina do *stare decisis* conseguiu superar suas crises de imutabilidade, através do seu aperfeiçoamento com as

---

[15] Neste sentido: MARINONI (2013, p. 388-418); MACÊDO (2015, p. 377-424); DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA (2013, p. 453-459).

técnicas de aplicação dos precedentes. É fundamental, portanto, compreender seu desenvolvimento, para não cair nos mesmos erros e, também, para adaptá-lo corretamente à realidade brasileira.

4 A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

O Código de Processo Civil de 1973 originalmente não possuía nenhuma norma disciplinando o dever de observar a jurisprudência das cortes hierarquicamente superiores. Até 1998, com a lei n.º 9.756, que alterou o sistema recursal, o diploma processual anterior (CPC/1973) apenas cuidava de oferecer instrumentos capazes de uniformizar a jurisprudência no âmbito de um mesmo tribunal, ou seja, de forma horizontal. Eram eles: os embargos de divergência, o incidente de uniformização de jurisprudência e as súmulas dos tribunais.

Importante ressaltar que a preocupação acerca da unidade no posicionamento de um mesmo órgão judicial não é recente. Desde o Código de Processo Civil de 1939 existia instrumento hábil a dirimir dissídio interpretativo dentro de um mesmo tribunal. Era o chamado recurso de revista, cabível "sempre que, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras divergissem entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese", consoante o art. 853, do CPC/1939. Está aí o germe da uniformização de jurisprudência.

Ocorre que esse recurso foi retirado do CPC/1973, sendo sucedido, segundo Humberto Theodoro Jr. (2013), pelos embargos de divergência e pelo incidente de uniformização de jurisprudência.

O recurso de embargos de divergência passou a servir para a mesma finalidade do recurso de revista: superar conflito jurisprudencial *interna corporis* de um tribunal. Entretanto, seu âmbito é restrito, pois é cabível apenas em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Cassio Scarpinella Bueno chega dizer que "o recurso aqui examinado tem como finalidade primeira a „uniformização do direito" e não, propriamente, a busca de uma melhor ou mais adequada justiça para o caso concreto" (2011, p. 348), o que significa, na verdade, que por meio deste recurso a questão suscitada[16] transcenderá a causa

[16] Fredie Didier e Leonardo da Cunha Cordeiro (2013) esclarecem que a divergência deve ser atual e comprovada. Por atual entende-se que a questão deve subsistir na contemporaneidade, não se mostrando ultrapassada pela jurisprudência hodierna, nos termos das súmulas 167 do STJ e 247 do STF, enquanto que comprovada consiste no ônus da parte de demonstrar as semelhanças entre caso recorrido e caso paradigma, através de conflito analítico, o que não fica evidenciado pelo mero comparativo de ementas.

levada a juízo para servir em proveito de todos ao atingir sua finalidade principal, ficando em segundo plano o caso que ensejou a apresentação desses embargos.

Já o incidente de uniformização de jurisprudência objetivava, nas lições da Araken de Assis (2013, p. 348), "obter pronunciamento „prévio" de órgão superior, fixando tese jurídica aplicável, posteriormente, ao julgamento da causa [de competência originária do tribunal] ou do recurso". Era provocado pelo magistrado de órgão colegiado, quando percebia a existência de divergência jurisprudencial na corte ou a possibilidade de ser gerada uma nova divergência decorrente de seu voto. Sendo o dissídio reconhecido por seus pares era designada sessão no órgão competente do tribunal. Marinoni e Mitidiero (2012) advertem que o julgamento deveria limitar-se ao objeto do incidente, vez que as demais questões da causa permaneceriam pendentes para análise do órgão que suscitou o incidente. O órgão originalmente competente estaria vinculado ao precedente pacificador.

Era através desse incidente que o CPC/1973 previa a possibilidade de se editar súmulas. Comentando esse instituto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) discorre profundamente sobre a sua inserção no direito brasileiro. Através da iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, em 1963, o regimento interno no STF foi alterado, tornando possível a edição de enunciados contendo a suma da jurisprudência predominante da corte. Desde já o intuito era dar vazão ao volume de processos e criar um instrumento de simplificação e auto disciplina da própria corte, segundo o próprio ministro (apud MENDES e BRANCO, 2015). Pinho (2012) constata ainda que em um primeiro momento houve grande produção de súmulas, mas depois, com a percepção de que as súmulas não reduziriam de fato a recorribilidade das decisões, os tribunais superiores deixaram de editá-las. Nos anos 2000 as súmulas voltaram a ser editadas, com o afã da reforma do Poder Judiciário.

A questão da eficiência da súmula retornou à pauta com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que tinha como propósito realizar uma reforma estrutural no Judiciário Brasileiro. Através desta emenda, a Constituição Federal passou a contar com o art. 103-A, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal editar súmula com efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ocorre que, na década de 90, os tribunais perceberam que questões já apreciadas e sedimentadas voltavam constantemente para um 2º *round* de julgamento. Essa prática reiterada de recorrer contra decisões acertadas, combinada com o aumento exponencial do número de

processos, tornou o expediente do 2º grau de jurisdição um trabalho de Sísifo[17]. Diante dessa e outras situações que emperravam – e até hoje emperram – a tramitação dos processos e, consequentemente, a efetividade da tutela jurisdicional, o legislador, em sintonia com os tribunais, começou a empreender reformas na lei processual a fim de imprimir celeridade.

Dentre as reformas, veio a lei nº 9.756/98, que facultou ao relator o poder de julgar monocraticamente o recurso quando este fosse manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (v. art. 557, caput, do CPC/1973). Atribuiu ainda a possibilidade de conferir provimento quando a decisão recorrida estivesse em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (v. art. 557, §1º-A, do CPC/1973). Nas lições de Marinoni e Mitidiero (2012, p. 609) "trata-se de expediente que visa compatibilizar decisões judiciais e racionalizar a atividade judiciária". Compatibiliza-se, à medida que rechaça recursos e adequa decisões quando um desses se mostrar teratológico à luz do entendimento das cortes nacionais, e racionaliza, ao passo que possibilita que um único magistrado realize esse trabalho.

Embora tenham sido bem recebidos, tais poderes deveriam ser utilizados com cautela. Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 2) apresenta críticas à expressão *jurisprudência dominante* "porque [...] é absolutamente fluida, indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se trata ou não de „dominante"". Até hoje, saber qual a jurisprudência dominante de uma corte é uma tarefa árdua para qualquer operador do direito, pois os tribunais ainda não implementaram uma política transparente o suficiente para aferir objetivamente qual é a sua jurisprudência dominante[18]. Assim, caso a parte recorrente entendesse que a jurisprudência aplicada não era a dominante ou que havia qualquer equívoco do relator na aplicação do artigo, seria cabível o agravo regimental.

Na mesma esteira dos poderes do relator, vieram novas alterações no CPC/1973 criando o parágrafo terceiro do artigo 475 (lei nº 10.352/2001), o parágrafo primeiro do artigo 518 (lei

---

[17] Esta expressão faz alusão ao mito grego de Sísifo. Conta a história que Sísifo teria recebido como castigo dos deuses gregos a tarefa de empurrar uma pedra até o alto de uma montanha, mas sempre que se aproximava do cume uma força mística deslocava ele e a pedra para o pé da montanha, tendo de reiniciar seu esforço. Isso tornava seu trabalho interminável.

[18] O STJ é, sem dúvidas, um dos tribunais mais à frente quanto a publicização de seus julgados em seu site <http://www.stj.jus.br/SCON/>; além do *push* de informativos, tem ferramentas como jurisprudência em teses, pesquisa pronta, Índice-Remissivo de Repetitivos, súmulas anotadas, dentre outras.

nº. 11.277/2006) e o parágrafo quarto do artigo 544 (lei nº. 12.322/2010). O primeiro dispensava o reexame necessário quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior; já o segundo determinava o não recebimento do recurso de apelação quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; enquanto o último permitia negar seguimento ou dar provimento ao agravo em recurso especial ou extraordinário a depender se o recurso ou a decisão se encontrasse, respectivamente, em confronto ou conformidade com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Esses quatro dispositivos produziram, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2012), o efeito obstativo de revisão das decisões, uma vez que inibiram a reapreciação de questões nos tribunais.

Além da inserção desses filtros, uma das principais novidades consistia no incidente de recursos repetitivos. Tratava-se de incidente realizado diante da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia ou de recursos extraordinários que versassem sobre o mesmo tema com repercussão geral reconhecida, onde permaneciam sobrestados os julgamentos individuais de cada recurso a fim de que, por meio de um julgamento por amostragem dos casos mais representativos eleitos por cada um dos tribunais, fosse conferida uma mesma solução a todos. Marinoni e Mitidiero (2012) vaticinam ainda que o STF deveria observar sua jurisprudência ao julgar o incidente (vinculação horizontal) e os outros tribunais deveriam seguir esse mesmo entendimento (vinculação vertical).

Havia ainda o art. 285-A, do CPC/1973, que permitia o julgamento liminar de improcedência da demanda, quando a matéria fosse exclusivamente de direito e já houvessem sido proferidas sentenças de total improcedência em outros casos idênticos. Sua (in)constitucionalidade ainda é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3695, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, pois, segundo Marcela Melo Perez (2011, p. 32.), "permitiria o dispositivo que processos debatendo o mesmo tema tivessem soluções diferentes, conforme o juízo para o qual tenha sido distribuída a ação e conforme neste tenha sido proferida ou não sentença relativa ao mesmo assunto". Noutros termos: como o dispositivo se valia do termo sentença e não daqueles utilizados pelo art. 557 e outros de sua grei, permitiria que a atividade individual de cada magistrado, que não tem tanta publicidade quanto a dos tribunais, interferisse no direito de ação do jurisdicionado em razão de entendimento prévio do juiz para o qual o feito foi distribuído, infringindo assim princípios como os do contraditório, do devido processo legal, da igualdade, da segurança e, principalmente, do acesso à justiça.

Cumpre ressaltar aqui que, embora a ADI não tenha sido julgada ainda[19], o STJ já teve a oportunidade de tratar da questão da aplicabilidade do art. 285-A e deixou claro que ela é possível, desde que o entendimento do juízo esteja em consonância com jurisprudência mais do que amadurecida na corte local e nos tribunais superiores[20].

Do exposto, percebe-se que a valorização dos precedentes iniciou-se no CPC/73 para otimizar os trabalhos dos tribunais em sede recursal devido ao aumento no número de processos. Por sua vez, os instrumentos de uniformização de jurisprudência criados tiveram papel fundamental para o correto funcionamento dos filtros recursais, pois era necessário demonstrar a consolidação da tese jurídica em casos similares para poder utilizá-los com primazia. Caso contrário, o direito do jurisdicionado seria solapado ao aplicar soluções que não atendiam às premissas do caso, havendo injustiça.

5 A (IN)VIABILIDIDE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A inserção do sistema de precedentes é questionada quanto à sua compatibilidade com o Direito Brasileiro. Primeiro por se tratar de instituto de origem anglo-saxã em um sistema jurídico de tradição romano-germânica e depois quanto à sua receptividade pela nossa Constituição.

É verdade que o *common law* e o *civil law* são bem distintos. As diferenças não se limitam às fontes do Direito. Zaneti Jr. (2012) exemplifica outras ao contrapor as características dessas tradições. Na primeira o direito se impõe pela argumentação, já na segunda o direito é demonstração do poder do Estado Legislador. Na tradição anglo-saxã, é possível a interferência judicial nos atos do Estado, já na romano-germânica há uma visível submissão do Judiciário ao Legislativo. Em razão disso, há dois modelos de julgadores, um garantidor e outro burocrata. Segundo Marinoni (2013) são duas concepções antagônicas de magistrados: o *juge bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e o *judge make law* (juiz legislador). Enquanto no primeiro modelo o juiz seria escravo da lei, pois não poderia interpretá-la, tendo como tarefa a subsunção dos fatos à norma para declarar o direito, no segundo o magistrado poderia realizar a sua interpretação a fim de, com devida argumentação, criar o direito para o caso.

---

[19] Sendo passível, portanto, o questionamento se a ADI teria perdido o objeto com a revogação do CPC/1973 ou se ainda haveria interesse processual, uma vez que o antigo artigo 285-A do CPC/1973 foi aperfeiçoado para dar origem a improcedência liminar do pedido, art. 332 do CPC/2015.

[20] Ver exemplificativamente o REsp Nº 1.225.227 – MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

Olhando esse comparativo, não parece que atualmente o sistema jurídico brasileiro se insere no *civil law*, mas sim no *common law*. Isso não é verdade. Acontece que o direito brasileiro bebe das duas tradições, o que viabiliza aprender o que há de melhor em diversos sistemas jurídicos ao mesmo tempo.

Didier (2014) enumera algumas peculiaridades do sistema brasileiro: 1) Nosso direito constitucional sofre forte influência estadunidense, enquanto o infraconstitucional relacionase mais com países como França, Alemanha e Itália. 2) Há um controle de constitucionalidade concentrado de origem austríaca realizado pelo Supremo Tribunal Federal, mas também é atribuído a cada juiz o dever de aferir a constitucionalidade das normas de acordo com o caso concreto – é o controle difuso de constitucionalidade que se assemelha ao *judicial review* estadunidense; 3) Temos leis codificadas e também construímos um complexo sistema de valorização dos precedentes (*vide* quarta parte deste artigo). O processualista baiano chega a dizer que, por essa situação plural e *sui generis*, o Brasil teria tradição jurídica própria, o *brazilian law*.

Ocorre que atualmente, segundo Macêdo (2015), é comum o mesmo problema surgir em lugares distintos ou transcender os limites de sua nação. Diante disso, o estudo do Direito Comparado – este facilitado pelo acesso à informação decorrente do processo de globalização – acelera a dissolução desses problemas, pois é possível observar a resposta dada por cada sistema jurídico. Daí surgir a circulação jurídica, que é "a internalização de técnica, conceitos ou institutos estrangeiros ao sistema jurídico de um país" (MACÊDO, 2015, p.70). Para que esse transplante funcione é preciso compreender o instituto e adequá-lo ao ordenamento jurídico. Não é o simples fato de pertencer a tradição distinta que vai fadar a transferência de técnicas ao insucesso. Os exemplos ditados por Didier (2014) demonstram isso.

Sendo assim, a discussão abstrata quanto à compatibilidade das tradições, sem ter sob o enfoque determinado sistema jurídico, é irrelevante. Deve, portanto, ser analisada a compatibilidade entre *stare decisis* e o próprio sistema jurídico brasileiro. A melhor forma de fazer isso é aferir essa compatibilidade com a nossa Constituição.

A Constituição Federal de 1988 é extremamente abrangente. Por utilizar-se do critério formal inseriu uma série de temas para garantir a efetivação de direitos. Assim não cuida somente da estruturação do Estado e de seus Poderes como também confere aos cidadãos direitos e garantias fundamentais, muito além daquelas enumeradas no artigo quinto.

Dos temas tratados pela nossa Carta Magna, a igualdade e a segurança jurídica são direitos essenciais ao ensaio de uma teoria dos precedentes no Brasil. O primeiro é expresso no

caput do artigo quinto; já o segundo, encontra-se implicitamente albergado em nossa Constituição, uma vez que, segundo Marinoni (2013), existem diversos dispositivos que têm como finalidade proteger a segurança jurídica[21], além de possuir a segurança, em sentido amplo, como valor fundamental.

O postulado da segurança jurídica é ligado normalmente apenas à proteção do passado, mas hoje concebe-se a sua influência também no presente e no futuro. Macêdo (2013) enxerga que a segurança jurídica se manifesta sob três novas perspectivas: a cognoscibilidade – a compreensão pela sociedade da solução indicada como adequada com a ordem jurídica; a estabilidade – a continuidade de um posicionamento jurídico para que a conduta continue a ser adotada pela sociedade; e a previsibilidade – a previsão razoável da aplicação do direito no futuro com a mesma linha de raciocínio. É dizer que agora a consolidação do Direito em momento anterior gera legítimas expectativas jurídicas para o futuro[22]. Isto é um desdobramento da segurança jurídica, é a proteção da confiança legítima.

Já sobre o postulado da igualdade, Marinoni (2012) relembra que, quando associada ao processo civil, a igualdade originalmente relaciona-se com a ideia da paridade de armas, garantia de mesmo tratamento; no contexto dos precedentes, contudo, revela-se sob um novo viés: como igualdade perante as decisões judiciais. No entanto, observam Didier, Braga e

Oliveira (2015, p. 469) que deve haver cautela na aplicação da isonomia no julgamento, uma vez que "é também violador da igualdade o comportamento de órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente diferentes".

O *stare decisis* propõe que os precedentes, enquanto decisões paradigmas aplicáveis a casos análogos, protejam a confiança legítima e propiciem igualdade perante as decisões judiciais. Sendo esses valores mais que desejáveis, senão exigíveis ou até mesmo indissociáveis de um Estado Democrático de Direito. Assim, a doutrina dos precedentes nos parece acolhida pela nossa Constituição e pelo nosso ordenamento.

---

[21] Exemplifica o processualista paranaense com incisos II, XXXVI, XXXIX e XL do art. 5º da CF/88.

[22] Neste sentido: Macêdo (2013, p.137): "A proteção das expectativas legítimas é uma ampliação do âmbito de proteção do princípio da segurança jurídica, que passa a se preocupar em fornecer segurança também na modificação do direito".

6 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) deixa claro na exposição de motivos que seu objetivo é, em linhas gerais, realizar os valores constitucionais, tornando o processo "mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo", ou seja, tornar a prestação judicial mais efetiva[23]. Nesse espírito, um dos problemas em análise foi a dispersão jurisprudencial dentro dos tribunais. A resposta dada pelo CPC/2015 busca conferir deferência a instrumentos já presentes no CPC/1973, como as súmulas dos tribunais (vinculantes e não-vinculantes) e o julgamento de recursos repetitivos, os quais foram aperfeiçoados no novo diploma.

Durante o trâmite legislativo percebe-se claramente, especialmente no projeto da Câmara, que a nova lei bebeu diretamente do *stare decisis* para aprimorar o sistema de valorização dos precedentes ensaiado pelo CPC/1973. O art. 521, do Substitutivo da Câmara dos Deputados, em seus parágrafos 3º, 4°, 5º, 6º, 7º e 9º, disciplinava, respectivamente, sobre a maneira como iriam ser compreendidos a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, o *distinguish*, o *overrulling*, a modulação dos efeitos deste e ainda esboça uma eventual competência para aplicá-lo.

Sucede que o projeto, no Senado, sofreu alterações que removeram esses dispositivos. Neves (2015) e Bueno (2015) não veem a causa disso. Ocorre que o Legislativo também não foi transparente, uma vez que o relator do projeto, Senador Vital do Rêgo, entendeu "necessário restabelecer, com alguns ajustes de mera redação necessários a garantir coerência ao sistema, o art. 882 do PLS, com o retorno das disposições para o Livro IV, que regula os Processos nos Tribunais (Titulo I, Capítulo I)", o que suprimiu o capítulo de precedentes e aproveitou seu teor para regular os processos nos tribunais. Isso "com ajustes de mera redação". No processo legislativo ficou ausente a justificativa de qual coerência do sistema o relator queria preservar[24]. Essa supressão é lamentada por Bueno (2015, p. 574), pois "[...] em primeira análise, aqueles dispositivos pareciam desnecessários, a prática talvez venha a mostrar

---

[23] É interessante observar a facilidade com que se translada o problema envolvendo o bem da vida para o processo, mas é difícil fazer com que a solução do processo se concretize na vida real.

[24] Não consta no projeto de lei do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) qualquer detalhamento quanto à fundamentação das propostas do relator anterior ao relatório das emendas ao substitutivo da Câmara dos Deputados. Há somente justificativa do acolhimento, a qual foi transcrita acima. Isso abre margens para discussões sobre como o processo legislativo é dirigido. Ver: BRASIL. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>.

que façam falta no estabelecimento da vivência (e compreensão) dos „precedentes à brasileira"[...]".

Em razão da supressão, Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 462) chega a dizer que "na realidade, o que o novo CPC criou foi uma vinculação a determinados julgamentos dos tribunais superiores, ampliando a ideia já presente na súmula vinculante".

Não é isso. A pretensão do CPC/2015 não é, nem nunca foi, realizar a "commonlização" do Direito[25], isto é, estabelecer a possibilidade de toda decisão servir de precedente. Os precedentes são utilizados no Novo Código para estabelecer uma forma efetiva de uniformização do direito em todas as instâncias, como se vê em sua exposição de motivos. As ausências das disposições do Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei são, sim, lamentáveis, mas isso não descaracteriza a recepção de uma teoria dos precedentes pelo ordenamento pátrio. Incumbirá à doutrina tecer maiores considerações acerca dos elementos e mecanismos de operação dos precedentes.

Sendo assim, a teoria dos precedentes é recepcionada pelo CPC/2015 e é tratada essencialmente nos arts. 926 e 927. O art. 928[26] tem caráter explicativo, vez que esclarece o sentido da expressão "julgamento de casos repetitivos", utilizada em diversas disposições do Código que se relacionam com os precedentes obrigatórios estabelecidos no art. 927.

Inicialmente, o art. 926 do atual Diploma Processual Civil[27] prevê que incumbe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e, como consequência, atribui o dever de mantê-la estável, íntegra e coerente. Didier, Braga e Oliveira (2015) esclarecem cada um desses deveres. A manutenção da estabilidade consiste na continuidade do entendimento firmado, o qual, para ser alterado deve sofrer o impacto de forte carga argumentativa. A integridade remete à unidade do Direito, isto é, a jurisprudência deve ser formada levando em consideração o sentido do nosso ordenamento jurídico, dos valores da nossa Constituição, a partir da compreensão de todo o sistema, para não se tornar anacrônica. A coerência almejada não é somente a boa estruturação textual e de seus fundamentos – o que é desejável em toda e qualquer decisão –; é o posicionamento condizente com as ideias desenvolvidas pela corte ao conferir

---

[25] Expressão jocosa de Lênio Streck, refere-se fenômeno de aproximação entre *civil law* e *common law* como derrocada da lei em função dos precedentes que também passariam a ser fonte de direito.

[26] Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

[27] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

sentido às normas. Arrematam Didier, Braga e Oliveira (2015) ao dizerem que, coerência e integridade somadas, geram a consistência da jurisprudência, o que repercute na estabilidade.

Interessante destacar aqui que, para Dworkin (*apud* THEODORO JR. *et al*, 2015), a integridade e a coerência estão intrinsecamente ligadas e, por isso, o Direito deve ser visto como um romance em cadeia, um livro onde cada decisão constitui um novo capítulo, que não pode deixar de ter pertinência com o anterior. Sendo assim, a uniformidade da jurisprudência não é assegurada somente pela continuidade da adesão ao posicionamento, mas principalmente pela sua harmonia com seu sistema jurídico.

O art. 927 do CPC/2015 dispõe sobre o dever de observância aos precedentes pelos juízes e tribunais, que se traduz, conjugado com o art. 489, §1º, V e VI, do mesmo diploma, na vinculação do juiz aos precedentes elencados neste artigo[28]. O magistrado deve sempre justificar o porquê de estar aplicando ou deixando de aplicar precedente ou súmula. Para tanto, percebe-se que é fundamental dominar os conceitos dos elementos e mecanismos de operação dos precedentes, vale ratificar.

Cumpre ressaltar que o Novo Código de Processo Civil, felizmente, diminui bastante a utilização da expressão "jurisprudência dominante", fruto de controvérsias do CPC/1973, e, pontualmente, insere os precedentes, elencados na forma do art. 927, como forma de acelerar a prestação jurisdicional. Além de continuar com as hipóteses dos poderes do relator (art. 932, IV e V) e a dispensa da remessa necessária (art. 496, § 4º), o Novo Código de Processo Civil acrescenta outras novidades – como o aprimoramento do julgamento liminar de improcedência (art. 332), a dispensa de caução no cumprimento de sentença provisório quando o título judicial for embasado em precedente obrigatório (art. 521, IV) e possibilita ainda o ajuizamento de reclamação (art. 988, IV) para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de

---

[28] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juizes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

O Novo Código de Processo Civil utiliza-se da teoria dos precedentes para aprimorar, em linhas gerais, a lei processual anterior, ao eleger precedentes obrigatórios para servir de guia para estabelecer a uniformização da jurisprudência.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico brasileiro sempre esteve fundado em uma tradição de *civil law*, o que significa que a fonte principal do direito é a lei, ficando a jurisprudência em um plano secundário. Ocorre que as interpretações dos dispositivos legais na aplicação das normas aos casos concretos pelos magistrados acabaram por gerar decisões muitas vezes diferentes para situações similares, trazendo insatisfação dos jurisdicionados com relação à falta de isonomia, além de fazer surgir um sentimento de desconfiança ou falta de credibilidade no Poder Judiciário.

Com vistas à segurança jurídica, à isonomia e na intenção de possibilitar uma previsibilidade quanto a decisões judiciais em determinados casos repetidos, o legislador brasileiro foi, aos poucos, através de reformas pontuais, inserindo no CPC/1973 alguns dispositivos que se assemelham à aplicação de precedentes no nosso direito, "importando"

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.

institutos típicos de países de tradição de *common law*. Mas esses mecanismos não lograram o êxito esperado na tarefa de efetivação de uma uniformização de jurisprudência. Essa tendência, entretanto, cresceu e tomou corpo, de modo que, no CPC/2015, novas inserções foram feitas nesse sentido, demonstrando a real tendência da aplicação de um verdadeiro sistema de precedentes no direito brasileiro, com o escopo primário de efetivar a uniformização de jurisprudência em todas as instâncias.

Exatamente pelo sistema de precedentes ter o propósito de uniformizar a jurisprudência e, ao mesmo tempo, assegurar os valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, sob o viés da proteção da confiança e da igualdade perante as decisões, sua inserção não só é viável, como é consequência do movimento que quer dar uniformidade aos pronunciamentos judiciais.

Por outro lado, resta evidente a necessidade de compreender corretamente o instituto, uma vez que seu histórico na tradição do *common law* demonstra que sua utilização com demasiada rigidez ou de forma acrítica é capaz de gerar grande injustiça. Desse modo, embora já se encontre em vigor, somente o tempo será capaz de dizer se os precedentes judiciais do CPC/2015 conseguirão, ou não, alcançar sua finalidade de fomentar uma jurisprudência estável, íntegra e coerente como almeja.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608. htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL**. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166** de 2010 em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em: 10 mai. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Aborto de fetos anencéfalos.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicada em 30 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver ProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf> Acesso em: 10 mai. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Código de Processo Civil – Anotado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 14. ed. Salvador: PODIVM, 2012.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** v.2. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual**. v.3. 11. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2013.

MACÊDO, Lucas Buril de**. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Elaboração de conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obter dictum no direito brasileiro. In: _____. **A Força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. O Precedente na dimensão da igualdade. In: _____. **A Força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil: Inovações, Alterações, Supressões Comentadas**. 1. ed. São Paulo: Método, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir a decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

PEREZ, Marcela Melo. **A Racionalização das Decisões Judiciais através do Julgamento de Tese Jurídica**. Tese (Graduação). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. **Viva o common law! Coluna Senso Incomum**. Portal Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 10 mai. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** v. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Et al. **Novo CPC – fundamentos e sistematização.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante**. Revista de Processo, v.100, p. 81, outubro 2000. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d02a4b30de9d5279a&docguid=Icd7e37402d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Icd7e37402d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=9&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 10 mai. 2015.

ZANETI JR. Hermes. O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie. **Reconstruindo a Teoria Geral do Processo**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

AS AÇÕES DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Márcia Carolina Santos Trivellato

Taísa do Amor Costa

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco o exame das alterações sofridas na prática das ações de família a partir da vigência da Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil de 2015, relacionando-as com a constitucionalização do processo e a celeridade da tramitação do processo.

Através desta pesquisa, será respondido o questionamento de quais foram as principais alterações sofridas pelo Direito de Família após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

No primeiro capítulo, explicar-se-á a exposição de motivos da nova legislação processualista, a fim de que seja possível entender mais detalhadamente acerca dos seus objetivos e das suas razões. Ademais, indicar-se-á a partir de quando o novo Diploma está vigente e quais as suas principais alterações de maneira geral.

No segundo capítulo, demonstrar-se-á as principais alterações do Código de Processo Civil nas ações de família. Para tanto, discorrer-se-á, em cada tópica, cada uma destas mudanças, quais sejam: demandas regulamentadas pelo novo Código, possível retorno da separação judicial, divórcio direto, obrigatoriedade e possibilidade de cisão da audiência de conciliação, medidas cautelares de ofício, intervenção do Ministério Público, produção de provas eletrônicas e equipe multidisciplinar.

O método de abordagem será o dedutivo, visto que a conclusão do presente trabalho está implícita nas premissas.

Por sua vez, o método auxiliar abordado será o comparativo, haja vista que para demonstrar a tese é necessário comparar os entendimentos doutrinários e os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015.

Já a técnica de pesquisa escolhida para a realização desta monografia será a bibliográfica, uma vez que ela visa esclarecer o tema através de consultas a doutrinas e jurisprudência adotadas pelo universo jurídico.

Com relação ao método de abordagem, este será o qualitativo, uma vez que os dados expostos não são numéricos. Por fim, os recursos utilizados serão doutrina, jurisprudência e o Código de Processo Civil de 2015.

A curiosidade sobre este assunto surgiu a partir da paixão pelo Direito de Família, pelo exercício da advocacia na área e pelas dúvidas expostas por colegas.

2 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 A exposição de motivos e a elaboração do novo Código de Processo Civil

Antes de discorrer sobre a exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, importante conceituá-la, para melhor entendê-la, como "documento formal, que deve observar as características desejadas nos textos da redação oficial, como objetividade e clareza" (LEAL, SILVA, MOSCHEN, 2015, p. 455).

Cumpre salientar que a exposição de motivos não integra a legislação, o seu papel se traduz em exercer função histórico-político-social, haja vista que, através dela, será possível situar as possíveis gerações no seu contexto.

A exposição de motivos traz, em seu bojo, o reconhecimento do processo como instrumento idôneo para a concretização de direitos, bem como a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa. Vejamos:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (SENADO FEDERAL, 2010, p. 11)

Além disto, é possível observar que o Estado Democrático de Direito representa a constitucionalização do processo através da inserção dos princípios e garantias processuais insertos no ordenamento constitucional. Desta maneira, os princípios e garantias processuais não se restringem a:

> Reforçar do exterior uma mera "reserva legislativa" para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo (COMOGLIO, 1997, p. 92)

Em outra passagem, a exposição de motivos indica que sem um código processual eficiente e em conformidade com a realidade jurídica atual, "as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo" (SENADO FEDERAL, 2010, p. 11-12).

Devido a isto, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças almejadas pela comunidade jurídica. Especialmente, porque se fazia necessária a adaptação entre a Constituição Federal de 1988 e este Diploma, uma vez que o antigo era do ano de 1973 – data anterior à Carta Magna. Desta feita,

> Nenhum texto constitucional valorizou tanto a "Justiça", tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de "vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu", mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social (TEIXEIRA, 1993, p. 80).

Ressalte-se que, de acordo com a própria exposição de motivos, o novo Código de Processo Civil possui como principais escopos "gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo" (SENADO FEDERAL, 2010, p. 14).

Ademais, demonstra também ter como objetivo a defesa da segurança jurídica ao mencionar que:

> Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.
> A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.
> Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.
> Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.
> De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. (SENADO FEDERAL, 2010, p. 17-18)

Como consequência da uniformização da jurisprudência, será perceptível a diminuição do número de recursos que possivelmente serão apreciados pelos Tribunais,

em sede de recurso, como resultado da jurisprudência – conjunto de decisões dos juízes – mais uniforme e estável.

Isto porque:

> Pôr na primeira instância o centro de gravidade do processo é diretriz política muito prestigiada em tempos modernos, e numerosas iniciativas reformadoras levam-na em conta. A rigor, o ideal seria que os litígios fossem resolvidos em termos finais mediante um único julgamento. Razões conhecidas induzem as leis processuais a abrirem a porta a reexames. A multiplicação desmedida dos meios tendentes a propiciá-los, entretanto, acarreta o prolongamento indesejável do feito, aumenta-lhe o custo, favorece a chicana e, em muitos casos, gera para os tribunais superiores excessiva carga de trabalho. Convém, pois, envidar esforços para que as partes se dêem por satisfeitas com a sentença e se abstenham de impugná-la" (MOREIRA, 2003, p. 105).

Desta maneira, a exposição de motivos tem como objetivo a demonstração das razões que levaram a elaboração de um novo Código de Processo Civil – especialmente, a celeridade e segurança jurídica – e das suas principais alterações.

2.2 A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil

No mundo jurídico, a maioria das leis possui um prazo legal para a sua entrada em vigor, conhecida como *vacatio legis*, a fim de que a comunidade possa conhecê-la e se adaptar a ela.

No caso do Código de Processo Civil, a legislação teve sua elaboração finalizada em 17 de março de 2015, tendo como prazo 01 ano para a sua vigência, o qual finalizou em 18 de março de 2016.

Desta maneira, a partir de então, os atos já realizados ou não consumados não foram atingidos pela nova lei; todavia, os processos ainda em curso tiveram a nova legislação aplicada desde o dia do início da sua vigência – 18 de março de 2016.

2.3 As principais alterações no Código de Processo Civil

Conforme já relatado, o Código de Processo Civil teve como principais escopos a celeridade e a segurança jurídica. Para tanto, foram necessárias realizar algumas alterações, sendo as principais delas as que se expõem.

Como uma das principais mudanças, observa-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual identifica, ainda no primeiro grau de jurisdição, processos

com questões de direito idênticas para decisão conjunta, a fim de reduzir o número de processos e unificar as decisões. Vejamos:

> Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da "coletivização" dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5º, XXI; LXX, "b"; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo. (MANCUSO, 2009, p. 379-380)

Ademais, o novo Código Civil também trouxe, em seu bojo, maior incentivo à resolução do conflito pela via da conciliação e da mediação, no intuito de as partes terem seus direitos satisfeitos por acordo amigável realizado entre elas e não através de decisão imposta pelo juiz.

Ressalte-se também a inserção do *amicus curiae*, o qual terá relevância na indicação das reais necessidades e da realidade do país em assuntos mais complexos e específicos, a fim de auxiliar os juízes em suas decisões.

Na seara dos recursos, foram extintos o agravo retido e os embargos infringentes. Por sua vez, no âmbito das tutelas, houve a sua estabilização, a fim de preservar, até a impugnação pela parte contrária, a eficácia da medida de urgência ou antecipatória de tutela.

Por fim, modificou o procedimento nas ações de família, no que diz respeito à audiência de conciliação e mediação, divórcio direto, separação, medidas cautelares de ofício, intervenção do Ministério Público, produção de provas eletrônicas e equipe multidisciplinar.

3 DIREITO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dentre todas as importantes modificações realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015, o presente artigo tem como objetivo identificar as alterações realizadas nas ações no âmbito de Direito de Família (artigos 693 a 699).

3.1 Ações no âmbito de Direito de Família regulamentadas pelo novo Código de Processo Civil

Inicialmente, no Capítulo das ações de família, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou um rol que aparenta ser taxativa, mas que, apesar disto, é considerado como exemplificativo pela doutrina majoritária.

Sobre este assunto, afirma-se que "(...) deve-se entendê-lo como rol exemplificativo, dando-se interpretação abrangente à menção que se faz às ações de filiação" (VASCONCELOS, 2015, p. 1093).

Assim, além das matérias descritas no *caput*, do artigo 693, deve-se entender como ação de família toda aquela que não for de jurisdição voluntária (art. 731 a 734, do CPC/2015) ou que não tiver legislação específica regulamentando-a.

Dentre as ações de família de jurisdição contenciosa, é possível citar o divórcio, a separação, o reconhecimento e a dissolução de união estável – inclusive as homoafetivas – litigiosos, a guarda, a regulamentação de visitas, a investigação de paternidade e a exoneração de alimentos.

Portanto, é possível observar que, embora o novo Código tenha citado algumas ações de família, a intenção do legislador não fora restringir as matérias presentes nestas demandas. Pelo contrário, como veremos adiante, aparentemente, o intuito do legislador fora incluir, novamente, a ação de separação judicial.

3.2 Exceções à regulamentação pelo Código de Processo Civil de 2015

Apesar de o Código de Processo Civil de 2015 regulamentar a maioria das ações de família, ainda existem aquelas que serão regulamentadas de outra maneira. São elas:

1) Ação de alimentos, de revisão de alimentos e de oferta de alimentos, as quais continuarão a ser regulamentadas pela Lei 5.478/68;
2) Ação de interdição, a qual possui caráter de jurisdição voluntária;
3) Ação de divórcio consensual e de dissolução de união estável consensual, as quais seguirão os trâmites indicados pela jurisdição voluntária e
4) Ação regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), tais como destituição de poder familiar, guarda, tutela e adoção de menores, que deverão seguir sua legislação específica.

Ressalte-se que as ações de jurisdição voluntária (interdição, divórcio consensual, união estável consensual) terão o seu procedimento disposto pelos artigos 731 a 734, do Código de Processo Civil.

3.3 O Código de Processo Civil de 2015 e o possível retorno da separação judicial

O legislador criou uma dúvida, na doutrina jurídica, acerca do retorno da ação de separação judicial, ao trazer em seu artigo 963, *caput*, a inclusão desta matéria como uma das possíveis ações de família.

Para alguns doutrinadores, a menção da separação judicial é apenas uma releitura da legislação infraconstitucional, ainda que em contradição com a legislação constitucional. Com relação a este tema:

> Há, efetivamente, quem entenda que subsiste em nosso sistema jurídico a figura da separação judicial, que extingue a sociedade conjugal, mas não dissolve o vínculo do casamento. Não é esse o melhor entendimento. (...) A nova redação é simples, mas operou grande mudança, pois eliminou qualquer requisito para que se decrete o divórcio, desaparecendo, assim, além da obrigatoriedade de prévia separação de fato por no mínimo dois anos, a própria figura da separação judicial. (...) Não parece haver razão para que a separação judicial seja mantida e para que o vínculo do casamento e o fim da sociedade conjugal não possam ser simultaneamente extintos (veja-se: TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 27135320108260565, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 29/5/2012). Deve, isto sim, ser feita uma releitura da legislação infraconstitucional, para adequá-la à norma constitucional (CF, art. 226, § 6º). (...) (VASCONCELOS, 2015, p. 1092-1093).

Por outro lado, outros doutrinadores, defendem a tese de que houve o retorno da ação de separação judicial; caso contrário, não haveria motivos para o legislador incluí-la no rol, ainda que exemplificativo, das demandas de família (CHAVES, 2015).

Neste sentido, também é o entendimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

> A presidente Dilma Rousseff sancionou, nesta segunda-feira, dia16, o texto do novo Código de Processo Civil (CPC), Lei 13105/2015. O texto propõe soluções para "destravar" a máquina do Judiciário, como a solução consensual de conflitos de família, mas estimula o litígio e o aumento da demanda com a volta da separação judicial. (IBDFAM, 2015)

Apesar de ainda não haver um consenso doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, faz-se mister ressaltar que a separação judicial tem como principal objetivo a discussão da culpa pelo fim do relacionamento.

Desta feita, em caso de entendimento do retorno desta demanda, o causídico deverá se atentar que as matérias referentes à culpa, à natureza da pensão alimentícia do cônjuge (temporária ou vitalícia), à guarda e à regulamentação de visita deverão ser discutidas na ação de separação judicial, sendo a ação de divórcio apenas para a simples realização do divórcio propriamente dito (CHAVES 2015).

3.4 Divórcio imediato

Além do possível retorno da separação, quando se trata de questão de dissolução de vínculo conjugal, o novo Diploma reforçou a ideia da Emenda Constitucional 66/2010, a qual prevê a possibilidade de decretação de divórcio sem prévia partilha de bens.

Esta alteração concede celeridade às ações que tem como objetivo o término do matrimônio, a fim de que, a partir de então, cada uma das partes possa dar continuidade à vida pessoal, trazendo a felicidade afetiva dos cônjuges e reduzindo o nível de litigiosidade.

De acordo com o juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos, presidente do IBDFAM/BA, o divórcio direto:

> (...) agora acolhido por todos diante da possibilidade oferecida pelo Código de Processo Civil de 2015, da realização afetiva das pessoas no primeiro momento do processo, com a comprovação da existência do rompimento do vínculo conjugal, sem prejuízo das demais questões decorrentes da relação interpessoal extinta. (IBDFAM, 2016)

Por conseguinte, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a possibilidade de prolação de sentença parcial, em caso de pedido incontroverso, como ocorre nas ações de divórcio com relação ao pedido da destituição do vínculo matrimonial.

3.5 Audiência de conciliação e mediação

Além disto, com relação às ações de família, o novo Código de Processo Civil também indicou como obrigatória a audiência de conciliação e mediação, diferentemente do que ocorre com a parte geral da legislação processualista civil.

Desta maneira,

> Ao tratar de modo especial as ações de família, o CPC/2015 privilegia a solução consensual, dando a devida importância para a mediação e a conciliação, e valorizando o atendimento multidisciplinar do conflito. A regra do art. 694, *caput*, é verdadeira orientação ao juiz e às partes envolvidas, no sentido de que, podendo-se valer de mediação e conciliação, busquem até onde isto for possível, resolver *consensualmente* a controvérsia. (VASCONCELOS, 2015, p. 1093)

A mesma doutrinadora vê como ponto positivo a multidisciplinariedade entre o juiz e o profissional habilitado de outra área, bem como a suspensão do processo por tempo indeterminado, a fim de permitir que as partes recorram a profissionais de sua confiança para a realização da mediação.

Saliente-se, ainda, que o legislador não mais permite a entrega da cópia dos autos do processo no momento da citação do réu, a fim de que o demandado compareça, obrigatoriamente, à audiência de conciliação e mediação para a tentativa de composição amigável.

Todavia, neste ponto, segundo alguns doutrinadores, o legislador cometeu um equívoco, tendo em vista a violação do princípio da isonomia. Vejamos:

> Entende-se que a circunstância de não ser entregue contrafé ao réu por ocasião da citação coloca o autor em situação de vantagem, o que viola o princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF), já que o demandado terá apenas vaga notícia do conteúdo da inicial e das provas requeridas nesta pelo que lhe disser o demandante ou o mediador. Referida postergação da entrega da contrafé para momento posterior ao da citação certamente não contribuirá para o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CF/1988 c/c art. 3º, VIII, do PLS nº 517/2011) (FERRARINI, 2015, p. 466)

Em contrapartida, outra parte da doutrina brasileira não visualiza quaisquer prejuízos:

> Nos termos do §1º, o mandado de citação não irá acompanhado de cópia da petição inicial. É mais uma regra que evidencia a busca pela solução consensual do conflito, pois o desconhecimento do réu, desde logo, dos fatos que lhes são imputados, evita desgastes que possam pôr em risco a conciliação. E não haverá prejuízo ao réu, pois caso prefira ter conhecimento, antes da audiência, do teor da inicial, poderá obtê-lo a qualquer tempo examinando os autos. (VASCONCELOS, 2015, p. 1095)

Por fim, não sendo possível a composição amigável, a demanda terá a natureza de um rito ordinário e o réu terá acesso aos autos para sua defesa dentro do prazo legal (15 dias).

Cumpre salientar que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de cisão da audiência de conciliação e mediação, podendo serem realizadas quantas sessões forem necessárias para a resolução do conflito de maneira amigável, desde que as partes solicitem e que as audiências não ocasionem o perecimento do direito.

3.6 Medidas cautelares de ofício

Ainda acerca das alterações do Código de Processo Civil de 2015, o legislador foi silente no que diz respeito às medidas cautelares de ofício, o que dividiu os doutrinadores acerca da sua possibilidade.

De um lado, há a corrente que defende não ser possível a sua aplicação, haja vista a ausência de reprodução do artigo 797, do Código de Processo Civil de 1973, segundo a qual "em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes".

Por outro lado, existem também doutrinadores que defendem a aplicabilidade das medidas cautelares de ofício, já que as mesmas foram previstas em outros capítulos do novo Código, a fim de afastar quaisquer riscos de dano, ainda que sem o requerimento das partes.

Nesta mesma linha de raciocínio:

> Cite-se, exemplificativamente, a situação descrita no Código Civil (art. 1.584, §5º, e art. 1.585), em que mesmo em sede de medida cautelar de separação de corpos, o juiz poderá atribuir a guarda do filho, ainda que provisoriamente, a uma terceira pessoa, que não o pai ou a mãe: 1se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade'. Trata-se, evidentemente, de situação excepcional, em que mais do que evitar o perecimento do direito das partes, a providência jurisdicional evita maiores danos às próprias pessoas envolvidas no conflito. (VASCONCELOS, 2015, p. 1096)

Desta maneira, em sede de medidas cautelares de ofício, é perceptível a divisão entre os doutrinadores acerca da possibilidade de aplicação. Para aqueles que defendem a impossibilidade, o argumento é a ausência de previsão do tema no capítulo das ações de família. Todavia, para aqueles que visualizam a sua aplicação, o fundamento se encontra em outros trechos da nova legislação processualista civil.

3.7 Ministério Público

Com relação à intervenção do Ministério Público, o novo Código de Processo Civil trouxe algumas novidades. A primeira delas se encontra nas hipóteses de intervenção, haja vista que o Diploma de 2015 dispõe que, apenas, será necessária sua intervenção quando houver o interesse de incapazes; enquanto que, no Código de 1973, o *Parquet* deveria se manifestar em todas as ações de família.

Isto porque, em regra, as demandas de família se tratam de questões puramente volitivas, ou seja, provenientes da vontade de um ou de ambos os cônjuges, não havendo a necessidade de intervenção do Ministério Público, tendo em vista que os mesmos, via de regra, são maiores e capazes.

Ressalte-se, no entanto, que é diferente quando há o envolvimento de incapazes, momento no qual o *Parquet* deverá, obrigatoriamente, independente da existência de acordo a ser homologado, ser ouvido, a fim de analisar o melhor interesse dos incapazes ali envolvidos.

3.8 Prova eletrônica

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe alterações também no que diz respeito à produção de provas, sendo admissível, a partir de então, provas eletrônicas, as quais possuem valores diferenciados nos processos de família (CHAVES, 2015).

Este valor diferenciado decorre, especialmente, da grande incidência de provas documentais através de e-mails, mensagens de celular, redes sociais e whatsapp, tendo em vista o avanço da tecnologia.

Para a utilização das provas eletrônicas, é recomendada a realização de ata notarial em Cartório, a qual será redigida pelo tabelião através visualização do meio eletrônico no qual se encontra a prova.

Apesar desta recomendação, na maioria das Varas de Sergipe, é possível anexar estes meios de prova ao processo através de *printscreens*, ou seja, fotos das telas.

3.9 Depoimento do incapaz

Em sede de depoimento do incapaz, o novo Diploma disciplina que o juiz deverá estar acompanhado por especialista ao tomar depoimento de incapaz quando o assunto se tratar de abuso ou de alienação parental, os quais serão definidos adiante.

Percebe-se, assim, mais uma vez, o tratamento especial que o Código de Processo Civil de 2015 concedeu ao atendimento multidisciplinar nas demandas de família, a fim de que seja avaliado, em todas as situações, o melhor interesse dos incapazes.

Com relação ao depoimento pessoal do incapaz acompanhado de equipe multidisciplinar, a doutrina tem identificado a Lei Processualista Civil de 2015 como a pioneira no assunto (PEREIRA, 1999).

Do mesmo, entende-se que:

> A regra é louvável, pois em qualquer dessas situações certamente as crianças e/ou os adolescentes envolvidos estarão fragilizados, sendo importante a atuação de profissional com formação específica para entendê-los e identificar os seus conflitos interiores, auxiliando o juiz a tomar a melhor decisão (VASCONCELOS, 2015, p. 1097).

Sendo assim, observa-se que, sob a ótica dos doutrinadores brasileiros, a multidisplinariedade possui condão positivo para o desenvolvimento do processo civil deste país.

3.9.1 Abuso

De acordo com o Código Civil, cometerá o ato ilícito de abuso, em qualquer esfera do Direito, o titular de direito que exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes.

No Direito de Família, especificamente, o abuso terá vários contornos, tais como sexual, psicológico, emocional e relativos ao direito de guarda e de visitas.

3.9.2 Alienação parental

A alienação parental constitui ato ilícito através da interferência de terceiros que detém a autoridade, guarda ou vigilância dos menores – geralmente um dos genitores – para a formação psicológica da criança ou do adolescente, a fim de repudiar um ou ambos os genitores, sendo, inclusive, citadas algumas hipóteses nos incisos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei 12.318/10.

4 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 alterou a legislação processualista civil brasileira, especialmente no que diz respeito à constitucionalização do processo através da inserção dos princípios e garantias processuais no ordenamento constitucional e a celeridade da tramitação do processo.

Em diversas oportunidades, a nova legislação apresentou interessantes maneiras de conduzir o processo, tais como o reforço da ideia da decretação do divórcio imediato – ainda que sem a finalização da partilha dos bens –, a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, a intervenção do Ministério Público apenas nas demandas que possuírem interesse de incapazes.

Além disto, demonstrou estar acompanhando as alterações tecnológicas e de que requerem uma análise conjunta com outras áreas profissionais, como a produção de provas eletrônicas e o acompanhamento de equipe multidisciplinar obrigatório, quando da oitiva do incapaz, em processos de abuso e alienação parental.

Em contrapartida, o Código de Processo Civil trouxe também assuntos que geraram diferentes interpretações na doutrina. A primeira delas foi acerca da possibilidade de aplicação das medidas cautelares de ofício. A outra diz respeito ao possível retorno do instituto da separação judicial, tendo em vista que, devido à sua exclusão através da Emenda Constitucional 66/10, poderia não tê-lo incluído no rol, ainda que meramente exemplificativo, das ações de família regulamentadas por este Código.

Diante a exposição de todo o texto, é evidente que o Código de Processo Civil de 2015 aperfeiçoou a legislação processual civil brasileira trazendo mais beneplácitos do que malefícios e divergências doutrinárias, sendo, portanto, uma verdadeira inovação jurídica.

BIBLIOGRAFIA

CHAVES, Cristiano. *II Fórum Atlas: Direito Civil e Processo Civil. Faculdade de Direito da UFC*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=bQmfaPfP5Tc >. Acesso em: 31 ago 2016;

CHAVES, Cristiano. *II Fórum Atlas: Direito Civil e Processo Civil. Faculdade de Direito da UFC*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=os0qIwbJBKQ >. Acesso em: 31 ago 2016;

CHAVES, Cristiano. *II Fórum Atlas: Direito Civil e Processo Civil. Faculdade de Direito da UFC*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=ArNc7wh2c-o >. Acesso em: 31 ago 2016;

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, Padova, Cedam, 1997;

DUARTE, Marcos. *Alienação parental: a morte inventada por mentes perigosas*. Disponível em: < http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental%20A%20morte%20inventada%20por%20ment es%20perigosas.pdf >. Acesso em: 02 set 2016;

FERRARINI, Letícia. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Disponível em: < http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf >. Acesso em: 31 ago 2016;

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). *Novo Código de Processo Civil é sancionado*. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/noticias/5571/Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+%C3%A 9+sancionado >. Acesso em: 31 ago 2016;

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBSFAM). *CPC de 2015 torna divórcio imediato*. Disponível em: < http://ibdfam.org.br/noticias/5924/CPC+de+2015+torna+div%C3%B3rcio+imediato >. Acesso em: 02 set 2016;

LEAL, André Cordeiro; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. *Processo, jurisdição e efetividade da justiça II*. Disponível em: <

http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/z6072K44AgwUc835.pdf >. Acesso em: 27 ago 2016;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Revista de Processo. São Paulo, v. 28, n. 111, jul./set. 2003;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999;

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. *A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf >. Acesso em: 25 ago 2016;

TEIXIEIRA, Salvio de Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993;

VANCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Código de Processo Civil Anotado*. Disponível em: < http://www.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_anotado.pdf >. Acesso em: 31 ago 2016.