

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

NAIARA SOUZA GROSSI

**ANÁLISE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS A PARTIR DO PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

FRANCA

2014

NAIARA SOUZA GROSSI

**ANÁLISE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS A PARTIR DO PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Brocanelli Corona

FRANCA

2014

Grossi, Naiara Souza

A Análise dos precedentes judiciais a partir do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro / Naiara Souza Grossi. – Franca : [s.n.], 2014

150 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Roberto Brocanelli Corona

1. Processo civil – Brasil. 2. Acesso à justiça. 3. Segurança jurídica. 4. Igualdade perante a lei. I. Título.

CDD – 341.460981

NAIARA SOUZA GROSSI

**ANÁLISE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS A PARTIR DO PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Roberto Brocanelli Corona

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2014.

À **Edna Molinari** (in memoriam), minha primeira
professora.

“Nessa estrada não nos cabe conhecer ou ver o que virá
O fim dela ninguém sabe bem ao certo onde vai dar
Vamos todos numa linda passarela
De uma aquarela que um dia enfim
Descolorirá”

Seguimos colorindo juntas.

AGRADECIMENTOS

Os momentos finais de conclusão de um trabalho intelectual acabam deixando a impressão de que a ciência, inevitavelmente, é um fazer solitário, tal qual um náufrago isolado em uma ilha absorto em suas dúvidas, inquietações, questionamentos, aflições, medos. No campo das ciências humanas, a convivência intensa entre o autor e o seu texto, que materializa determinado esforço de pesquisa e de reflexão em cima de conceitos, aparece, ao final, como um autêntico ato científico. Ou, pelo menos, para não pecar pelo exagero, como seu ponto mais alto ou momento mais característico. No entanto, essa dissertação é o resultado de múltiplas experiências pessoais estas talvez mais significativas e relevantes que o próprio objeto da pesquisa.

Sem dúvidas, o texto que segue carrega muito da reflexão pessoal de quem o escreveu. Mas quem a escreveu, por sua vez, carrega ainda mais dos caminhos pelos quais andou percorrendo.

Isso posto, o que então poderia soar, à primeira vista, como um isolamento, dá lugar à verdadeira natureza de uma experiência intelectual: a persistente presença do Outro. As manifestações concretas desse outro variam de figuras, fruto da própria caminhada – que deve ser constante – mas que, independente da noção de tempo e espaço que nos persegue e ora nos afastam, sempre estão presentes de alguma forma. Embora diretamente esta Dissertação tenha sido escrita por duas mãos, indiretamente ela é obra de um coletivo. Cada olhar, cada gesto, cada abraço, cada palavra, a cada toque desse elenco de pessoas este trabalho se transformou do que passará a ser apresentado.

Sob essa perspectiva, os agradecimentos são ressignificados. Assim, esta seção tem por função não compartilhar responsabilidades, como quase sempre parece sugerir a parte inicial dos trabalhos acadêmicos. De nada escrito nesta dissertação tenho como ou por que me desresponsabilizar, ainda que saiba de suas deficiências e limitações (e são muitas). Apenas pretendo distribuir, afetuosamente, os reconhecimentos que entendo devido às pessoas que, cada uma a sua maneira, deram contribuições decisivas para que eu chegasse até aqui, com essas ideias e com este trabalho.

Inicialmente e no topo das minhas prioridades e redensões eternas: à minha pequena-grande família, sempre presente: antes, durante e depois de terminado este trabalho. Generosamente, essa família abriu mão, na medida do possível e não sem reclamações, do tempo de convivência que este trabalho lhes roubou. Primordialmente, agradeço por compreender essa escolha tão tortuosa que é a docência. Por compreender, acima de tudo, que assim como todas as paixões nós não as escolhemos, se não somos arrebatados por elas. E assim é com esta pesquisa. À *Leilane (mãe)* pelo “Souza” e ao *Luiz Carlos (pai)* pelo “Grossi”, assim represento minhas duas origens. Cada metade

contribuída por vocês me forma por completa no que sou e ainda almejo ser, a vocês meu amor e agradecimentos eternos. Ao *Tácio*, que é “Souza” e “Grossi” tal como eu, porém, com a mistura infinitamente melhor e maior (na bondade, generosidade, inteligência, alegria) que a minha. Você proporciona o título que mais me orgulho de possuir: o de ser sua irmã.

Ao meu *Thor*, verdadeiro “cãopanheiro” das tardes de escrita que entre um afago e uma bronca para que lhe dispensasse a atenção que lhe é devida, mostra que o bom da vida acontece ao nosso lado. Obrigada por me ensinar a amar por completo, sem nada em troca.

Ao meu orientador, professor *Roberto Brocanelli Corona*, por ter confiado a mim a realização do mestrado e, conseqüentemente, deste trabalho. Ainda que distante fisicamente, o senhor sempre se mostrou gentil e solícito as minhas necessidades mesmo que, por vezes, angustiadas e repletas de ânsia. Tenha a certeza que nada disso teria sido possível sem a sua intervenção. Espero ter correspondido as suas expectativas a despeito de, reconhecidamente, possuir tantas limitações.

À professora *Yvete Flávio da Costa*, orientadora de graduação e amiga desde então. Agradeço pela acolhida sempre tão maternal em Franca, pela supervisão no estágio de docência na pós-graduação e pela contribuição (ainda que indireta) a este trabalho. Seja em nossas conversas em sala de aula ou virtualmente, em momentos de descontração pela Faculdade ou na Estrela, o seu carinho e cuidado pessoal comigo já fazem parte de minha trajetória.

Ao professor *Alexandre Walmott*, durante os anos da graduação infelizmente não tive sequer uma aula com o senhor. Se estes anos impediram uma orientação acadêmica em qualquer sentido, todas às redensões foram feitas durante a banca de qualificação. Seus apontamentos, suas críticas e indagações me levaram a refletir profundamente sobre o trabalho, traçando um norte novo e revigorante para esta pesquisa, mostrando que para provar uma ideia precisamos sim recuar a fim de que o trabalho possa atingir seu propósito.

Ao professor *Diovani Vandrei Alvares* que gentilmente aceitou o convite para compor a banca de defesa. Dio, sua perseverança, competência e didática são exemplos acadêmicos para mim; para, além disso, tenho em você igualmente um exemplo para a vida.

Ao professor *Paulo César Correa Borges*, guia Mestre deste Programa de Pós-Graduação, cujos esforços e dedicação não foram medidos a fim de que o Mestrado da UNESP – Franca galgasse mais um degrau na consagração da eficiência que tanto merece.

Aos demais Mestres que com suas disciplinas, discussões, reflexões ou simples conversa informal nos corredores da Universidade ou na cantina do Eli me (re) formaram, mostrando que o Direito só é possível ser no cotidiano, ou no melhor sentido lyriano o Direito *é sendo*: *Antônio Alberto dos Santos Machado, Carlos de Abreu Boucault e Elisabete Maniglia*.

Aos funcionários da UNESP – Franca, verdadeiros protagonistas da Universidade e sem os quais as dificuldades para concretização deste projeto teriam sido demasiadamente insuportáveis: ao *Ícaro*, um verdadeiro “anjo” na Pós-Graduação pronto a salvar todos nós desesperados mestrandos, obrigada pela paciência, gentileza e solicitude com as quais sempre fui atendida; a *Laura*, pela correção deste e tantos outros trabalhos de forma precisa e segura, sempre com ternura e generosidade, a *Daniela (a Dani)*, pelo sorriso simpático a cada retirada (e posterior atraso na entrega) de livros.

Este trabalho igualmente não seria possível sem a presença de pessoas pontuais e que devem ser lembradas nominalmente pela importância que tiveram nesta caminhada, por ausência de palavras que venham a traduzir de forma adequada meu amor e gratidão pela amizade de cada um de vocês, a sensibilidade literária dirá por mim: *"Um bicho igual a mim, simples e humano/ Sabendo se mover e comover/ E a disfarçar com o meu próprio engano./ O amigo: um ser que a vida não explica/ Que só se vai ao ver outro nascer/ E o espelho de minha alma multiplica."* (Vinicius de Moraes. *Soneto do Amigo*). Vocês são insubstituíveis na minha vida. Saibam disso, meus amores.

À *Taila Schalch*, a Saralee, companheira desde os primeiros dias de graduação, acima de tudo sinto que essa conquista é tão minha quanto sua já que, pensando em outras pequenas conquistas que tive para poder chegar até aqui, bastava olhar para o lado para ver e ouvir sua torcida por mim. Sou mais completa com a nossa amizade, me faço uma pessoa melhor como fruto da nossa convivência à distância e espero compartilhar tantos outros momentos com você ao meu lado. Nas palavras de Zeca Baleiro: *"Você me faz sentir menos só, menos sozinho; você me faz sentir menos pó, menos pozinho"*. Amo você.

À *Talita Rampin*, mineira-batataense-brasiliense, minha inspiração na vida acadêmica, amiga-professora (não nessa ordem, originariamente) que tem um coração de ouro e que, de tão precioso prefere revelá-lo só pra alguns. A minha empatia por você foi imediata, talvez por isso fiz questão de impor minha presença na sua vida – desde às dúvidas quanto a pesquisa até as festas mais inusitadas – e ainda bem que assim o fiz. Obrigada por me ensinar o Direito como instrumento de luta, a nunca desistir, a procurar ser melhor sempre. *"Não há como substituir um velho companheiro. [...] É inútil plantar um carvalho na esperança de poder, em breve, se abrigar sob a sua sombra."* (SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *Terra dos homens*. In: SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *Felicidade, amor e amizade*. RJ: Sextante, 2003. p.23). Você é insubstituível nos meus dias.

À *Elaine Santos*, minha mais recente companheira de república, que aturou todas as aflições de seminários, apresentação de trabalhos, prazos sempre confiando que tudo daria

certo graças a minha desenvoltura (risos). Edy, obrigada pelas risadas, pelos bons momentos, por compartilhar alegrias e tristezas comigo. Nossa convivência diária me faz muita falta.

À *República Tropicana* e todas suas filhas: à *Anna De Ruijter (Tranco)* e à *Emmanuele Nasser (Fifi)*, queridas bixetes que sempre me receberam com ternura e alegria; à *Bruna Peneluppi Melo (Yoko)*, dona do sorriso mais fraterno e acolhedor de toda a UNESP que de “filha” se tornou “mãe” e cujo gingado é capaz de sacudir qualquer tristeza, à *Fernanda Antonioli Cardoso (Fura)*, linda no sentido mais puro da palavra porque traz a beleza que emana de dentro pra fora, à *Giuliana Trefiglio (Giu)* a quem sempre admirei e nomeiei “bixete-orgulho”, acima de tudo agradeço a confiança que você tem em mim, verdadeiramente ao longo deste trabalho você foi uma companheira – seja de dúvidas e angustias acadêmica ou para dar a volta no trio durante o carnaval. Amada, você é uma grata surpresa que a vida trouxe sigo te admirando e torcendo pelos seus passos; à *Luciana de Freitas (Gole)*, que me conquistou na meiguice, alguém que de pequena só revela o tamanho, pois é imensa sua dedicação, solicitude e amizade por todos a sua volta e à *Nathalia Ito (Shoyo)*, por compartilhar comigo o desejo de um Direito mais humano, por ser um ponto de equilíbrio na minha vida, obrigada pelas gargalhadas (em casa, nas festas, no carro, nos corredores da faculdade) sem elas não teria renovado as forças para continuar essa pesquisa. Agradeço também agregadas-oficiais: *Luciana Bravo Guerreiro (a Minds)* e *Gabriela Guilhermitti (a Gabi)*, que completam essa família de forma ímpar. Meninas, obrigada pela hospitalidade semanal, pelo carinho e alegria com os quais sempre fui recebida, por me adotarem (ainda que não mais bixete) e me mostrarem que o significado da amizade transcende tempo e espaço. A República Tropicana seria minha escolha se ingressasse na UNESP hoje. Que vocês encontrem sucesso em cada passo que derem.

Ao *Lucas Poianas*, pelas risadas, pelas mensagens noturnas, pelo carinho e confiança, pelas “puxadas de orelha”, por ser tão ansioso quanto eu e só assim poder compreender com tamanha sensibilidade a fragilidade que carrego e ao *Victor Serra*, cujo caráter e leveza invadiram o meu rol de amigos amados. Queridos, vocês são as mais gratas surpresas da UNESP e que agora já carrego para a vida toda, com o maior prazer.

Aos amigos que, ainda distante fisicamente desta caminhada se fizeram presentes da minha vida: *Catherine Faraguthi*, *Juliana Buosi*, *Lívia Scignoli*, *Paulo Fávári*, *Tainara Schiavo* e *Tássia Scignoli*.

Cumpro neste momento, uma explicação ao leitor – por certo sensível –, que ousa “ganhar” alguns minutos e continua lendo meus agradecimentos. Embora ingressante no Mestrado no ano de 2011 e, portanto, pertencente [oficialmente] a Turma-2011, carrego pedaços de outras turmas que já percorreram este mesmo caminho e tanto de si deixaram,

assim como deixo um pouco de mim a alguns que ainda ficam: aos pedaços que carreguei da Turma-2009: à *Lillian Ponchio e Silva*, à *Nicole Gonzáles* e ao *Gladstone Leonel Júnior* pelas risadas, malemolências, companheirismo e “apadrinhagem” nas escolhas acadêmicas; aos companheiros da Turma-2010: *Jorge Luis Serretti*, *Lívia Liboni* e *Taylisi Leite* por compartilhar tantos momentos de angústia, ansiedade da forma mais doce e revigorante possível, aos que ficam Turma-2012/2013: *Daiene Garcia*, *Henrique*, *Vinicius Lins Maia* e *Larissa Soldate* que são a esperança e a certeza da grandiosidade que esse PPGD carrega consigo, obrigada pelas palavras amigas, companheirismo em viagem, por confiarem em mim e dividir as incertezas e alegrias desta caminhada.

Aos queridos e queridas da minha Turma de Mestrado, fazendo, especialmente: à *Júlia Lenzi Silva (a Jú)*, grata surpresa desta pós-graduação: “*Sonho que se sonha só/ É só um sonho que se sonha só/ Mas sonho que se sonha junto é realidade*”, obrigada por construir este sonho em realidade junto comigo.

À *Michelle Cunha Melo*, amizade ímpar que Franca (e o italiano) me proporcionou. Obrigada pela presença, por sempre me acolher (e socorrer), por compartilhar sorrisos e trocas de carinho e admiração de forma peculiar (risos).

À *Inaiê Melo*, por possuir a cor, o ritmo e a poesia tão próximos a mim e dessa forma conseguir me compreender melhor que a mim mesma. Obrigada por ser ainda mais presente quando mais longe: “*Enquanto houver você do outro lado/ Aqui do outro eu consigo me orientar*”

Aos amigos de longa data: à *Ana Elisa Adelino*, a “*Nê*”, à *Isabel Diniz*, a “*Bebel*”, *Natália Sonoda*, à “*Japa*”, à *Larissa Rosa*, a “*Lari*”, à *Sara Calastro*, à *Patrícia Bueno Francisco Penariol*, a “*Paty*”, à *Pamela Moreira Jordão*, a “*Pam*”: vocês são as flores mais lindas que a vida já me proporcionou conhecer e conviver. Saudades sempre.

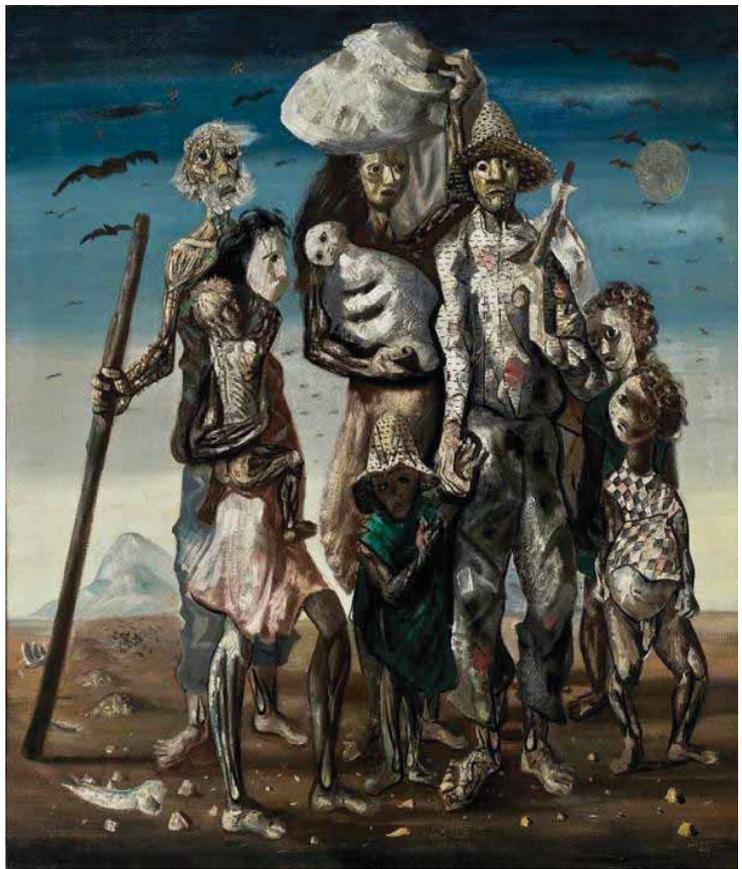
Ao *Tarcísio*, cuja competência e solicitude sempre foram referência nas horas mais aflitas, que de funcionário do STAEPE se tornou amigo e com suas piadas e gostos musicais continua a se fazer presente ainda que longe. E ao *João Paulo Capelloti*, veterano querido, que me socorreu em tantos momentos de dúvidas sempre com tamanha paciência e generosidade.

Igualmente devo agradecimento à outra gama de pessoas, as “jurídicas” que contribuíram com suas perspectivas e sujeitos para reflexão e desenvolvimento desta pesquisa.

À *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES)*, pela bolsa concedida, financiamento que permitiu minha dedicação exclusiva ao Mestrado e sem o qual a conclusão deste trabalho seria quase impossível.

À *Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP*, por mais uma vez me acolher. Passados os cinco anos da graduação e os quase três anos deste Mestrado, tendo

conhecido tantos unespianos, seja do campus Franca ou tantos outros espalhados pelo estado de São Paulo, concluo que antes de escolhermos a UNESP é ela quem nos escolhe. Esta Universidade me proporcionou traçar um novo caminho enquanto humana, para além das leis e Códigos, aprendi a lutar por uma sociedade mais justa, humana e fraterna; a acreditar em um Direito e em uma ciência jurídica que sejam verdadeiramente solidários, afetivos e voltados para as questões sociais. Aqui me ressignifiquei a partir de tantos e tantas com quem tive o prazer de conviver e cujos nomes já não cabem aqui. Tantos e tantas que me proporciona(ra)m um caminhar no sentido Galeano: (trans) Formador, pois acreditam na **Utopia de que é possível lutar com flores** e assim fazendo de mim um ser humano melhor a cada instante, a cada sentir, a cada gesto, em todo sonho que ousar sonhar. UNESP, meu amor é incondicional, carrego-te estampada no peito para onde eu for porque pra sempre: “Unesp eu sou”.



Cândido Portinari

*Mas é preciso ter **manha**, é preciso ter **graça**
É preciso ter **sonho** sempre
Quem traz na pele essa marca
Possui a estranha mania de ter fé na vida*

(Maria Maria. Milton Nascimento)

*Vou **mostrando como sou**
E vou **sendo como posso**,
Jogando meu corpo no mundo,
Andando por todos os cantos
E pela lei natural dos encontros
Eu deixo e recebo um tanto
E passo aos olhos nus*

(Mistério do Planeta. Novos Baianos)

*A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos,
ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o
horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe,
jamais alcançarei.*

***Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu
não deixe de caminhar.***

(Eduardo Galeno)

GROSSI, Naiara Souza. **Análise dos precedentes judiciais a partir do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o tratamento dispensado aos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil (Lei n. 8.046). Passados mais de quarenta anos da edição do Código de Processo Civil vigente, datado de 1973, é inevitável constatar que a sociedade sofreu profundas mudanças que, por sua vez, refletiram diretamente na forma de compreender determinados conceitos, valores, linguagens e igualmente modificando a maneira de relacionamento dos próprios sujeitos sociais. A partir de uma compreensão do processo civil enquanto fator cultural é possível constatar que essas mudanças sócio-culturais influenciam na sua própria compreensão. É dizer, se o processo civil é técnica para realização do direito a medida que a sociedade se altera em maior ou menor medida será possível observar uma adequação da técnica processual. O Estado é identificado como elemento com maior número de vasos comunicantes com o processo civil. A partir da Constituição Federal de 1988, passamos a falar em Estado democrático de direito um modelo que se diferencia dos anteriores na medida em que não apenas busca proclamar direitos e garantias, mas efetivamente assegurá-los, dessa forma o próprio preceito “democrático” passa a imantar todos os demais elementos que o compõem, com o processo civil não é diferente. Nessa medida, o diploma processual de 1973 começa a apresentar uma dissintonia com o ordenamento jurídico, sua edição ocorre em outro contexto e, por mais louváveis que tenham sido as tentativas de reforma na guisa por adequação era chegado o momento de assumir o compromisso com o futuro sem que o passado fosse ignorado. O projeto de novo Código de Processo Civil floresce nessa perspectiva, não propugna por uma mudança de paradigma busca enfrentar problemas que eram perceptíveis por diversos setores da sociedade. Dentre as mudanças propostas, a que ganha maior destaque é a tentativa de adoção de uma teoria de precedentes judiciais com o objetivo de solucionar a dispersão jurisprudencial existente entre os tribunais superiores, tratar casos iguais de maneira desigual afronta a igualdade e compromete a segurança jurídica princípios inerentes em um Estado que se quer de Direito.

Palavras-chave: projeto de novo Código de Processo Civil. precedentes judiciais. cooperação processual. princípio da igualdade. segurança jurídica.

GROSSI, Naiara Souza. **Análise dos precedentes judiciais a partir do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

RIASSUNTO

Questo studio si propone di analizzare la gestione dei precedenti giudiziari nel progetto di nuovo codice di procedura civile (legge n. 8046). Più di quarant'anni di corrente edizione del Codice di procedura civile, datato 1973, è inevitabile constatare che la società ha subito profondi cambiamenti, a loro volta, si riflette direttamente nel modo di intendere certi concetti, valori, linguaggi, e modificando anche il modo rapporto dei soggetti sociali stesse. Da una comprensione della procedura civile come fattore culturale, è possibile vedere che questi cambiamenti socio-culturali influenzano la loro comprensione. Cioè, se la causa civile è realizzazione tecnica del diritto nella misura in cui la società è alterata in misura maggiore o minore possibile osservare una adeguatezza procedurale della tecnica. Lo stato è identificato come un elemento con il maggior numero di vasi comunicanti attraverso il processo civile. Dalla Costituzione federale del 1988, abbiamo iniziato a parlare di Stato di diritto democratico un modello che è diverso dal precedente in quanto mira non solo a proclamare i diritti e le garanzie, ma efficacemente garantire, in questo modo la regola "democratica" si comincia per magnetizzare tutti gli altri elementi che lo compongono, con il caso civile non è diverso. In questo senso, il diritto processuale 1973 comincia a fare un dissintonia con il sistema giuridico, il suo problema si verifica in un altro contesto, e comunque lodevole che sono stati tentativi di riforma della idoneità veste per il tempo di impegnarsi per era arrivato futuro senza il passato sono state ignorate. Il progetto di nuovo codice di procedura civile fiori che prospettici, non gli avvocati per cercare paradigma di cambiamento affrontare i problemi che sono stati percepiti da molti settori della società. Tra le modifiche proposte, che diventa ancora più importante è il tentativo di adottare una teoria di precedenti giudiziari al fine di risolvere la dispersione giurisprudenza esistente tra le giurisdizioni superiori, trattare come casi irregolarmente affronto alla uguaglianza e mina il principio di certezza del diritto insito in uno stato che o di diritto.

Parole chiave: progetto di nuovo codice di procedura civile. precedenti giudiziari. cooperazione procedurale. principio di uguaglianza. certezza del diritto.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
Min.	Ministro
Resp	Recurso Especial
Rel.	Relator

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DPE	Defensoria Pública do Estado
FCHS	Faculdade de Ciências Humanas e Sociais
MC	Medida Cautelar
MG	Minas Gerais
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
NCPC	Novo Código de Processo Civil
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UNESP	Universidade Estadual Paulista

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
CAPÍTULO 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E O	
PROCESSO CIVIL	27
1.1 Considerações introdutórias	27
1.2 A organização do processo civil e os modelos estatais.....	35
1.2.1 A organização do processo civil e o Estado Liberal.....	37
1.2.2 A organização do processo civil e o Estado Social	41
1.2.3 A organização do processo civil e o Estado Democrático de Direito	45
1.3 Uma nova fase metodológica: o deve de colaboração no processo civil.....	51
CAPÍTULO 2 ACESSO À JUSTIÇA E JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO	
DE DIREITO	56
2.1 O Direito na perspectiva social: premissas para uma justiça efetiva	63
2.2 Estado democrático, processo civil e acesso à justiça: uma convergência necessária	65
2.2.1 Ondas renovatórias do acesso à justiça.....	66
2.2.2 O desafio do acesso à justiça	69
2.3 A Jurisdição no Estado Democrático de Direito.....	72
2.3.1 As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais	76
2.3.2 Juiz, judiciário e decisões: análise de algumas problemáticas	80
CAPÍTULO 3 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS	
PRECEDENTES JUDICIAIS	86
3.1 Precisamos de um novo Código de Processo Civil? Análise do contexto da proposta	
de um novo Código de Processo Civil	89
3.2 Da lei como garantia única às cláusulas gerais: a superação do paradigma da	
completude	95
3.3 Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	99
3.4 Razões para observar os precedentes judiciais: a questão da segurança jurídica e da	
igualdade no processo	105
3.4.1 Análise crítica da segurança jurídica	105
3.4.2 Conteúdo do princípio da segurança jurídica	107

3.4.3 Análise do princípio da igualdade	110
3.5 O projeto de novo CPC e a valorização da jurisprudência: a guisa de uma teoria de respeito aos precedentes judiciais.....	113
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS	130
ANEXOS	
Anexo A - Sentença do processo n.737 de 2005.....	142
Anexo B - Sentença do processo n. 513 de 2008.....	146

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar os precedentes judiciais a partir do projeto de novo Código de Processo Civil (PL n. 8.046)¹. A partir de um estudo contextualizado, buscamos analisar as bases que motivaram as mudanças propostas pelo novo Código de Processo Civil (NCPC) de maneira geral, centrando nossa análise, posteriormente, na relevância que é dada às jurisprudências dos Tribunais Superiores (precedentes judiciais). Embora a redação do trabalho tenha sido realizada primordialmente com respaldo na doutrina, esta pesquisa não se desenvolver afastada da realidade. Buscamos analisar as hipóteses de modo a promover reflexões, mas também em auxiliar no avanço da forma de pensar e reagir às mudanças propostas pelo novo Código de Processo Civil, alvo de muitas críticas durante todo seu processo de pesquisa, elaboração e votação.

Para tanto, partimos de uma análise contextual do processo civil², ou seja, adotamos ao longo do trabalho a percepção de que o processo guarda uma relação mútua e direta com o desenvolvimento sociocultural de determinada época. Em outras palavras, a pesquisa compreende o processo civil como um fenômeno cultural. Nesse sentido, um dos elementos culturais que mais dialoga com o processo é o próprio Estado de forma que é possível observar a influência direta existente entre a forma de concepção dominante do processo em um momento histórico com o papel desempenhado pelo Estado.³

Nesse rasteio, não haveria como problematizar a edição de um projeto de novo Código de Processo Civil distante da ideia de Estado democrático de direito, inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (nosso marco temporal).

O novo Código de Processo Civil, quando aprovado, terá o condão de substituir o texto em vigor, elaborado por Alfredo Buzaid que foi aprovado no ano de 1973 durante a

¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 8.046, de 22 de dezembro de 2012 para revogar o Código de Processo Civil vigente. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

² “O direito processual, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição.” NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

³ “O processo civil, nesta vereda, assume a estatura de um instrumento ético, informado pela vivência do povo, repudiando o rótulo de mera técnica, alheia a estes ou aqueles valores. A concepção da relação jurídica processual em contraditório, destinada a buscar a justiça no caso concreto, parece-nos um bom exemplo desta realidade, uma vez que constituída em um autêntico ambiente democrático [...]” MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxicismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, p. 484, jul./set. 2004.

Ditadura Civil e Militar⁴, após seis meses tramitando no parlamento brasileiro. O regramento processual anterior ao de 1973, o Código de 1939, foi instituído no chamado “Estado Novo”, por meio do Decreto Lei n. 1.608/1939, sem que houvesse qualquer debate ou mesmo votação parlamentar. Dessa forma, é possível perceber ressaltado o respeito que deve ser registrado quanto a qualidade de ambos os Códigos, nenhum deles foi precedido de qualquer tipo de consulta pública ou mesmo a oitiva dos operadores jurídicos do ordenamento. Os diplomas refletiam a sociedade da época: um Estado centralizador, pouca (ou quase nenhuma) participação popular, restrições de garantias etc.

Passados os anos, nossa sociedade mudou. É fato consumado. Novos direitos e garantias foram incorporados, novas tecnologias operacionalizadas, novas organizações foram criadas e/ou reestruturadas, a economia sofreu seus influxos, a cultura avançou e também a própria área das ciências. O Direito não perpassa alheio e equidistante dessas alterações, menos ainda o processo civil. Vetores metodológicos que antes sustentavam a ciência processual são ressignificados, novos olhares e interpretações são lançados a fim de adequar o direito material ao processual e, dessa forma, primar pela efetividade. A doutrina, a jurisprudência, os operadores do direito e a comunidade científica como um todo revolucionou até onde foi possível. Mas era chegado o momento da mudança.

Com o ímpeto de elaborar um diploma processual civil idealizado completamente em um contexto democrático, foi formada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Min. Luiz Fux que durante longo período⁵ primou pela coleta de sugestões e debates com a participação ativa dos mais diversos segmentos da sociedade: estudantes, professores de direito, juristas especializados em processo civil, magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, advogados que militam tanto na área pública quanto privada, tabeliães, registradores, economistas, leiloeiros, oficiais da justiça, etc., todos com o ímpeto que norteia toda a construção do NCPC: fomentar o diálogo.

⁴ “Muitos dos elogios decorrem do fato de o Código de 1973 ter sido elaborado em consonância com o que de mais moderno havia na legislação de outros países. Isso é algo marcante entre nós. Não raro, consideramos modelos normativos de outros países melhores que os nossos. Já não nos assustamos ao ler estudos sobre temas do direito brasileiro realizados quase que exclusivamente à luz de modelos jurídicos estrangeiros.” MEDINA, José Miguel Garcia. Do golpe a democracia, ambiente influencia a concepção de novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-31/processo-golpe-democracia-ambiente-influencia-concepcao-cpc>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

⁵ Além do período de elaboração prévia, o novo Código de Processo Civil tramitou no Senado Federal por seis meses, na Câmara, a Comissão Especial iniciou os trabalhos de análise em agosto de 2011 tendo finalizado apenas em março de 2014. Foram longos dois anos e sete meses de mais debates, críticas, reflexões, mudanças etc., que comprovam o comprometimento e seriedade em promover a participação neste processo.

Destacamos a observação da relatora do projeto, Teresa Arruda Alvim Wambier⁶, ao afirmar que o objetivo na elaboração do novo Código de Processo Civil nunca foi a promoção da *ruptura* com o passado nem mesmo de *revolucionar* a ciência processual propugnando por uma *quebra paradigmática*. Nesse sentido, o projeto nunca se colocou algo novo, nunca observado antes ou mesmo negando o que até o presente momento foi construído *historicamente*. Entretanto, buscou-se sim um *avanço*, mais do que isso, buscou-se a aceitação das problemáticas denunciadas diuturnamente e mais ainda, buscou-se, primordialmente, a *solução de problemas*.

Dessa forma, evidenciamos uma primeira justificativa para escolha do tema: o projeto de novo Código de Processo Civil, na medida em que se desenvolve em um ambiente verdadeiramente democrático, fomenta o debate por todos os setores do ordenamento jurídico. Por óbvio que a comunidade acadêmica não estaria à margem dessas reflexões. A atualidade do debate justifica por si só, a necessidade de diálogo é igualmente evidente: um dispositivo legal não é capaz de operar, por si só, uma mudança efetiva na atitude dos operadores do Direito e do processo muito menos no que tange a cultura jurídica ainda atrelada a litigiosidade das partes. Por esta razão, ou seja, para que essas mudanças sejam concretamente operadas, é necessário um esforço coletivo traduzido pelos cursos de Direito, por obras didáticas, pela própria prática cotidiana, mas também pela pesquisa.

De outro lado, esta pesquisa foi desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da cidade de Franca. A área de concentração “Sistemas Normativos e Fundamentos de Cidadania” revela o eixo central de pesquisa e fundamentação teórica do Programa de Mestrado a circundar em torno do desenvolvimento de uma abordagem crítica, logrando a compreensão dos fenômenos do mundo jurídico, especialmente aqueles relacionados ao conhecimento sobre o papel dos espaços normativos para a construção da cidadania e, portanto, para a conformação de um Estado Democrático de Direito.

Nossa vinculação à Linha de Pesquisa III: “Efetividade e Tutela dos Direitos Fundamentais” revela a proposta deste eixo específico de pesquisa no sentido de, a partir do estudo do sistema jurídico, procuramos realizar a construção de condições processuais efetivas a proporcionar a concretização da tutela jurídica e o acesso a uma ordem jurídica

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O projeto para um novo código de processo civil: o código possível. **Migalhas**, 27 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136232,21048-O+projeto+para+um+novo+código+de+processo+civil+o+código+possível>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

mais justa. Pois bem. Se for certo que a *cabeça pensa onde os pés pisam*⁷ a justificativa específica do objeto da nossa pesquisa encontra respaldo neste contexto retro apresentado. Entre as alterações propostas pelo NCPC, o estudo dos precedentes judiciais vai ao encontro dessas inquietações. Assim, na esfera de fundamentação do nosso trabalho buscamos revelar que a via judiciária ainda se coloca como arena apta a efetivação de direitos não apenas no seu sentido *formal*, mas verdadeiramente potencializando a sua concretização no seu aspecto *material*. Todavia, a crescente recorrência ao Poder Judiciário não o isentou de certas problemáticas. A mais sensível delas é justamente a questão da controvérsia entre as decisões judiciais, ou seja, observamos hoje em nossos Tribunais situações semelhantes sendo decididas de forma desconexas⁸. Este problema além de criar um *obstáculo para o acesso efetivo à justiça*, vez que cada vez mais são colocadas condições para análise do mérito objeto da ação processual sob o argumento de não “sobrecarregar” as instancias superiores, estimula a própria *ética da litigiosidade* uma vez que as partes “escolhem” a arbitragem, a mediação ou a conciliação não por saberem que estas são vias legítimas para solução das controvérsias, onde estarão dialogando em busca de um objetivo em comum, a solução da controvérsia, mas sim por um descrédito no judiciário frente a sua morosidade.

Portanto, como objetivo geral, procuraremos analisar o contexto em que a mudança do novel dispositivo processual se enquadra. A partir disso, nossos objetivos específicos serão (a) compreender o processo civil enquanto fenômeno cultural; (b) relacionar o Estado enquanto principal expressão do processo civil a fim de demonstrar de que forma o processo é compreendido de acordo com modelos estatais específicos; (c) analisar especificamente o Estado Democrático de Direito, modelo estatal vigente a partir da Constituição Federal de 1988 evidenciando as principais características que o modelo impõe na compreensão do processo civil para superação dos outros paradigmas; (d) verificar em que medida o acesso à justiça é efetivamente promovido assim como identificar sua reinterpretação ante esse contexto; (e) destacar o papel do judiciário como via de efetivação da tutela processual apta a

⁷ “Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é a sua visão de mundo. Isso faz da leitura sempre uma releitura. A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer: como alguém vive, com quem convive, que experiências tem, em que trabalha, que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte e que esperanças o animam. Isso faz da compreensão sempre uma interpretação. Sendo assim, fica evidente que cada leitor é co-autor. Porque cada um lê e relê com os olhos que tem. Porque compreende e interpreta a partir do mundo que habita.” BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. 38. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

⁸ “A sociedade é um organismo vivo, e, como acontece com os organismos vivos, as mudanças pelas quais passa, ocorrem lentamente. Não há alterações sociais bruscas. Portanto, já que o direito muda quando precisa adaptar-se, nada justifica que as alterações ocorram da noite para o dia, em situações de normal desenvolvimento.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e a evolução do direito. In: _____. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012. p. 12.

concretizar o direito material; (f) contextualizar a proposta de alteração do Código de Processo Civil nesse contexto emergente e, por fim, (g) compreender a proposta de criação de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais.

Nesse sentido, nosso trabalho passou a ser estruturado em três capítulos: no *primeiro capítulo*, tomando como premissa o processo civil enquanto fenômeno cultural buscou-se relacionar o seu desenvolvimento com a própria noção de Estado predominante em cada época e, a partir do modelo vigente com o marco temporal da Constituição Federal de 1988, qual seja o Estado democrático de direito, analisou-se a necessidade de avançar na compreensão do processo civil como instrumento apto a receber *novas influencias da realidade social*⁹ assegurando a *participação dos cidadãos*; no *segundo capítulo* avançamos a análise para compreender o acesso à justiça no contexto de um processo civil democrático, outrossim, destacamos os entraves ainda preponderantes na temática lançando os desafios que deverão ser enfrentados a fim de superar a questão, igualmente nossa análise não poderia ignorar o campo que a problemática da pesquisa aflora. Portanto, nesse sentido, analisamos a jurisdição enquanto arena promotora da efetividade de direitos evidenciando os fatores sociais que passam a imantá-la; finalmente, no *terceiro capítulo* após contextualizado o cenário no qual aflora, buscamos trazer a perspectiva que motivou os próprios integrantes da comissão de juristas responsável pela elaboração do novo Código de Processo Civil demonstrando a confluência de anseios para, finalmente, adentrar a problemática das decisões destoantes fator propulsor a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A pesquisa jurídica ora desenvolvida se caracteriza por ser uma pesquisa teórico-científica (ao estudar teorias e conceitos) na mesma medida em que nos propomos a realizar uma pesquisa metodológica porque nos propomos a estudar os caminhos, os instrumentos e a “[...] produzir técnicas de tratamento da realidade, ou a discutir abordagens teóricas-práticas [...]”¹⁰ do problema e das hipóteses destacados. O tipo de pesquisa utilizado na elaboração da presente dissertação científica ou exercitação¹¹ é, predominantemente, a pesquisa

⁹ Deveras, o processo instrumental deve estar sempre disposto a receber novas influencias da realidade social e dos novos perfis do direito material, mudando sua feição conforme esses novos influxos. Essa permeabilidade do processo a tais informações externas é o que lhe permite manter-se moderno e hábil a lidar com as necessidades sociais. Dessa necessária mutabilidade dos institutos processuais deve o jurista estar consciente, pois aí reside o real coração do movimento em prol da efetividade do processo e de seu caráter instrumental. Deve o processualista estar sempre sensível à realidade material, capaz de compreender os anseios da sociedade e as peculiaridades de cada situação carente de tutela. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, v. 6). p. 39.

¹⁰ DEMO, Pedro. **Metodologia das ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 13.

¹¹ SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**: elementos de metodologia de trabalho científico. 6. ed. Belo Horizonte: Interlibros, 1979. p. 222.

bibliográfica tendo por “[...] finalidade conhecer as diferentes formas de contribuição científica que se realizaram sobre diverso assunto ou fenômeno.”¹²

Para isso utilizaremos como métodos científicos principais o dialético^{13 14} – mediante enfrentamento discursivo frente à processualidade das estruturas históricas estatais – e o método hipotético-dedutivo. A dogmática jurídica também se faz presente em nosso trabalho vez que se revela como metodologia específica das pesquisas jurídicas. Assim, fazendo uso precipuamente da análise de leis, livros, artigos, revistas, periódicos, publicações científicas, apresentações de trabalhos, anais, congressos e debates acadêmicos; além de sites e domínios da internet especializados sobre este assunto é que o tema busca se desenvolver. Valemo-nos ainda como referenciais teóricos os estudos e concepções atuais trazidos à discussão pelas teorias, doutrinas, estudiosos e pesquisadores da atualidade sem jamais nos esquecermos das contribuições clássicas e essenciais para o estudo de nosso objeto. Dessa forma procuramos tratar de temas científicos caros como: a instrumentalidade e eficiência processuais, o desafio do enfrentamento do acesso à justiça e do papel do judiciário; dentre outras.

Trata-se de pesquisa de proeminência metodológica de revisão bibliográfica e, sendo nossa fundamentação lastreada no constitucionalismo contemporâneo¹⁵ e no direito processual constitucional¹⁶. O referencial teórico adotado¹⁷ é predominantemente composto por doutrinas

¹² OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p. 119.

¹³ Para Pedro Demo a dialética é a metodologia mais conveniente para a realidade social, objeto de nosso estudo e não a realidade natural carente do fenômeno histórico subjetivo das relações sociais. DEMO, Pedro. **Metodologia das ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 88.

¹⁴ “[...] parece-nos que apenas o método dialético, na dinâmica relacional que estabelece entre sujeito e objeto, levando em conta todos os fatores históricos, sociais, econômicos, políticos e culturais – que interferem no processo de conhecimento do direito – será capaz de proporcionar uma compreensão adequada do fenômeno jurídico em suas manifestações concretas, condicionadas pela base material da sociedade, onde ele se manifesta como um processo relacional, historicamente vivenciado, e em constante ‘devir’.” MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

¹⁵ Compreendemos por “constitucionalismo” o movimento juspolítico embaixador de uma ordem estatal específica, fundamentada em princípios democráticos garantidores dos direitos fundamentais do homem, da limitação, da participação popular e da alternância do poder. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-2.

¹⁶ A compreensão do processo civil à luz dos direitos e garantias constitucionais é algo balizado por grande parte da doutrina. Sendo o processo civil ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Na mesma sorte, existem institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação estão contidos na própria Constituição. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 41. Todavia, quando falamos em processo constitucional desejamos ir além. Por esta razão, coadunamos com Gregório Assagra de Almeida na proposta por um método pluralista na compreensão processual como contraposição ao método técnico-jurídico tradicional. Segundo o autor, este método incorpora vários elementos além do técnico-jurídico, são eles o elemento social, histórico, econômico, político, ético. ALMEIDA, Gregorio Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7-8.

¹⁷ Não pretendemos realizar neste momento uma enumeração exaustiva dos referenciais adotados nessa pesquisa, esse desenvolvimento guarda seu momento oportuno ao final do trabalho. Entretanto, prontamente fazemos destaques que revelam a perspectiva adotada por essa pesquisa.

brasileiras¹⁸ com destaque para a análise constitucional da teoria do processo proposta por Luiz Guilherme Marinoni¹⁹; a análise do processo civil enquanto fenômeno cultural assim como a problematização por um processo cooperativo realizada por Daniel Mitidiero²⁰, a sistematização processual feita por Gregório Assagra de Almeida²¹, a análise das transformações operadas sobre o poder judiciário em face de suas responsabilidades sociais feita por José Eduardo Faria²² e os apontamentos e críticas ao projeto de novo Código de Processo Civil pontuados por José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier.

Por se tratar de um trabalho de pós-graduação em nível *stricto sensu*, buscou-se não apenas efetuar uma mera transmissão de conhecimento, mas sim (re)construir o conhecimento sobre o tema, forjando as condições estruturais para a ocupação de um *espaço científico próprio* e sedimentando esta construção em um questionamento sistemático crítico e criativo de modo a melhor intervir na realidade do fenômeno processual a partir da análise dos precedentes no novo Código de Processo Civil, apresentando como norte uma temática recorrente mas que demanda esforços sobre sua problematização: o acesso à justiça e efetividade da tutela jurídica.

Em boa parte a “mentalidade brasileira” sobre o objetivo da pós-graduação *stricto sensu* (Mestrados e Doutorados) está em processo mudança. Enquanto para alguns a titulação advinda da pesquisa acadêmica objetivaria tão somente uma ascensão hierárquica em sua carreira ou área de atuação, para outros a pesquisa tem como função principal o avanço científico na área do Direito, contribuindo na tríplice função das universidades no contexto da sociedade: pesquisa, ensino e extensão. Se for certo, conforme afirmado anteriormente nesta introdução que um paradigma normativo não tem, por si só, o condão de transformar toda

¹⁸ Procuramos utilizar arcabouço teórico brasileiro por ser expressão cultural desta realidade histórica. Ademais, não é excessivo ressaltar a relevância de prestigiar autores brasileiros e latino-americanos. Nesse sentido, nossa pesquisa buscou romper com a postura processual tradicional que importa teorias europeias hegemônicas e as aplica a hipótese latino-americana como sendo expressão do “moderno”, do “racional”, do “evoluído”. O eurocentrismo não se justifica, ainda mais em um ramo científico cuja técnica não pode ser encarada como um fim em si mesma. É preciso analisar nosso contexto geopolítico, inverter a perspectiva polarizadora de norte-desenvolvido-dominante e sul-subdesenvolvido-subjugado. No mesmo sentido, afirma Eduardo Galeano: “*La causa nacional latinoamericana es, ante todo, una causa social: para que América Latina pueda nacer de nuevo, habrá que empezar por derribar a sus dueños, país por país. Se abren tiempos de rebelión y de cambio. Hay quines creen que el destino descansa en las rodillas de los dioses, pero la verdad es que trabaja, como un desafío candente, sobre las conciencias de los hombres.*” GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**. 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, 2010a. p. 414.

¹⁹ MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008a; Id. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008b.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Processo e cultura: praxicismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, p. 484-510, jul./set. 2004.

²¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

²² FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática**: a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 442 f. Tese (Livres-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

uma realidade processual de cunho individualista, lastreado em uma ética da litigância e da conflituosidade, igualmente certo é que este esforço somente é possível se realizado coletivamente. *A única revolução possível é dentro de nós*²³.

Nesse sentido, a preparação nos bancos escolar superiores demanda profissionais (professores) habilitados a desenvolver nos alunos a vontade de aprender na medida em que ensina aquilo que já conhecem enquanto disseminam os primeiros passos no processo de pensamento, crítica e, sobretudo, iniciativa para o estudo. A extensão, como produto obtido a partir da pesquisa e do ensino deve devolver à sociedade e ao país o incentivo, o financiamento e principalmente as esperanças depositadas na formação de profissionais especializados e de pesquisadores capacitados.

A ciência como vocação e a pesquisa como dedicação especialmente no âmbito das Ciências do Direito não exclui a possibilidade de capacitar o profissional jurídico para um melhor exercício de sua atividade nas práticas jurídicas dos tribunais e dos poderes do Estado; entretanto, a nosso ver²⁴ devem ser realizadas preferencialmente para a formação de professores, educadores, pesquisadores e pensadores que possam efetiva e verdadeiramente contribuir em seu exercício acadêmico e profissional nas lides forenses para a crítica aos modelos estruturais vigentes, propondo reformulações e inclusive novas teorias e práticas para pensar e fazer o Direito²⁵.

Ademais, acreditamos ser inerente a função de todo pesquisador que busca a partir do seu trabalho desvendar problemáticas, apresentando respostas ou ainda levantando novos questionamentos, o comprometimento com o objeto de sua pesquisa logrando precipuamente contribuir com a sociedade. A pesquisa por si só descompromissada e escamoteada no manto da neutralidade não é capaz de romper paradigmas, de inquietar o leitor, de fomentar outros debates. Somente um trabalho comprometido com a amenização das injustiças, dos sofrimentos humanos, pulsante pela construção de outra realidade possível – e quesível – é verdadeiramente propício a revolucionar qualquer cenário. Nesse sentido, mais do que

²³ GANDHI, Mahatman. **A única revolução possível é dentro de nós.** (e-book). Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/gandhi.html>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

²⁴ VIEIRA, André Luiz Valim. **Direito social à alimentação: tutela jurisdicional e efetividade do direito fundamental.** 2012. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012. p. 18.

²⁵ “Por isso, é importante verificar se há condições objetivas (históricas) para a emergência de novos paradigmas que apontem uma concepção processual e construtiva [...] que proporcionem o conhecimento concreto [...] que indiquem as funções e os objetivos capazes de assegurar a dignidade humana pela efetividade dos direitos básicos, bem como a partilha e até a transferência de poder que assegura as diversas formas de dominação na sociedade capitalista (socialismo); e que, por fim, consiga incorporar a realidade histórica de que a construção dos direitos fundamentais se dá a partir da ação prática e das lutas sociais (filosofia da práxis).” MACHADO, Antônio Alberto. **A teoria do direito e os paradigmas positivistas.** In: BORGES, Paulo César Côrrea (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 29.

apresentar respostas, ao longo deste trabalho buscamos a contextualização de nossa proposta. Somente assim, inseridos no plano concreto é que o pesquisador verdadeiramente se (trans)forma um educador. *Isto para não dizer, em nosso entendimento, um verdadeiro e eterno sonhador!*

CAPÍTULO 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PROCESSO CIVIL E JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS

“O senhor... Mire e veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra, montão.”

(Guimarães Rosa. Grande Sertão: Veredas)

1.1 Considerações iniciais

Com a devida vênua poética, iniciamos a reflexão do presente capítulo a partir do excerto exposto acima. O trecho é retirado da obra *Grande Sertão: Veredas* do escritor brasileiro Guimarães Rosa, por meio dela o sertão é retratado e vivido de maneira profunda e não meramente estática tal qual uma paisagem a ser descrita. Utilizando-se de idioma próprio, encontramos em *Grande Sertão: Veredas* dimensões universais da própria condição humana. Pois bem. Se for certo que, nos apontamentos de Albert Camus em seu ensaio *O mito de Sísifo*²⁶ de que certos textos clássicos possuem a vantagem de possibilitar diversas releituras, as palavras traduzidas pelo jagunço Riobaldo, narrador-protagonista do romance, querem apresentar inúmeras possibilidades de interpretação. Para o presente trabalho, servem, outrossim, como introdutor do contexto paradigmático sobre o qual o presente capítulo se desenvolverá: o Estado Democrático de Direito, o desenvolvimento do processo civil e, conseqüentemente, o processo de judicialização de direitos.

O romance “Grande Sertão: Veredas” é considerado uma das obras mais significativas do cenário literário brasileiro. A obra chama atenção já pela sua extensão, são mais de seiscentas páginas sem qualquer capítulo. A eloquência da linguagem, a originalidade no relato do estilo sertanejo, além do experimentalismo linguístico típico da primeira fase do modernismo, são utilizados em abundância por Guimarães Rosa para relatar as lutas, medos e

²⁶ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Lisboa: Livros Brasil, 1988. p. 119-130. Apêndice : A esperança e o absurdo na obra de Franz Kafka - “Toda a arte de Kafka consiste em obrigar o leitor a reler. Seus desenlaces, ou suas faltas de desenlace, sugerem explicações, mas que não são reveladas com clareza e exigem, para nos parecerem fundadas, que a história seja relida sob um novo ângulo. Às vezes há uma dupla possibilidade de interpretação, donde aparece a necessidade de duas leituras. É o que pretendia o autor. Mas não estaríamos certos se quiséssemos, em Kafka, interpretar tudo minuciosamente. Um símbolo está sempre expresso no sentido geral e, por mais precisa que seja a tradução, um artista só pode recuperar, através dela, o movimento: não há literalidade. Além disso, nada é mais difícil de entender do que uma obra simbólica. Um símbolo ultrapassa sempre quem faz uso dele e o leva a dizer mais, na realidade, do que tem intenção de dizer. Nesse caso, o meio mais seguro de dominar a situação é não o provocar, principiar a obra com um espírito não deliberado e não buscar suas correntes secretas [...]”

o amor reprimido de Riobaldo por Diadorim. Já na primeira parte da obra, o narrador em primeira pessoa, Riobaldo, realiza um relato de diversos fatos aparentando, em um primeiro momento, como desconexos entre si. Versam sobre suas inquietações sobre a vida. Os temas giram em torno das clássicas questões filosóficas ocidentais, tais como: a origem do homem, reflexões sobre a vida, o bem e o mal, Deus e o diabo. Contudo, Riobaldo não consegue organizar suas ideias e expressá-las de modo satisfatório, o que gera um relato bastante caótico. Pontualmente no excerto inaugural do presente capítulo, Riobaldo admira a incompletude do ser humano que, em um movimento quase secular, está sempre voltando para si a fim de transformar-se, completar-se vez que é inacabado. Destarte, a possibilidade vislumbrada é a de constante (re) interpretação, a depender do contexto vislumbrado, desvelando, outrossim, permanentes e inúmeras (re) leituras.

Nos dizeres de José Eduardo Campos Oliveira de Faria²⁷:

Elas podem mostrar, de maneira metafórica, o homem como um ser social que age em função dos estímulos recebidos de seus semelhantes e, vice-versa, das reações de seus semelhantes à sua própria ação. Daí a ideia de complexidade social, ou seja, de um conjunto aberto e infinito de possibilidades de interações. Pode mostrar, também as contradições *in adjecto* nas referências ao homem isolado e independente, portador de direitos anteriores à sociedade. Daí a ideia de que todo direito implica, por definição uma relação entre dois sujeitos, expressando, como decorrência, uma redução seletiva – e sua consequente imposição – daquela complexidade. Pode mostrar, igualmente, que as formas de organização social, são, ao mesmo tempo, formas de distribuição de poder. Daí a ideia de estrutura político-jurídica como garantia contra a contingência das possibilidades efetivamente escolhidas e impostas como obrigatórias.

Ao desenvolver sua tese de livre docência do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, José Eduardo Campos de Oliveira²⁸ Faria, interpreta o clássico da literatura de forma a conformar as ideias desenvolvidas ao longo de seu trabalho. No presente momento, diante da proposta metodológica e do objeto de pesquisa a ser desenvolvido ao longo desta dissertação (sentido amplo) e, mais especificamente, no presente capítulo (sentido restrito), interessa-nos apresentar ao leitor a (re) leitura apta a conduzir considerações iniciais que alicerçarão o desenvolvimento do tema ao longo da pesquisa.

²⁷ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática**: a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 442 f. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 6-7.

²⁸ Ibid.

Desta forma, o objeto em sentido amplo, da presente pesquisa, logra analisar as modificações que o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL do Senado n. 166/2010) propõe acerca do tratamento conferido a jurisprudência (precedentes judiciais) e mais, analisar o papel a ser desempenhado pelo judiciário enquanto face conformadora²⁹ de realização e efetivação da tutela jurisdicional, para então, por fim, observar em que medida o tratamento jurisprudencial proposto aproxima-se ou não de uma tentativa de adoção e respeito aos precedentes judiciais.

Para isso, em um primeiro momento, é necessário tecer algumas considerações e realizar algumas premissas sob as quais o presente trabalho é pautado. Cumpre salientar, que a adoção de tais premissas ou paradigmas³⁰ para desenvolvimento da pesquisa, deseja tão somente, estabelecer um norte sob o qual se sustentará. É dizer, não ignoramos a existência de outros paradigmas que, por sua vez, possam traduzir outros posicionamentos distintos – e, talvez, até conflitantes – ao adotado. Tão somente como forma de estabelecer um corte temático e metodológico e, assim, proporcionar uma clarificação do objeto a ser estudado, é que se adota tal postura.

Outrossim, cumpre-nos evidenciar de plano, que a presente abordagem que será conferida ao longo deste trabalho confluirá com o posicionamento de José Eduardo Campos de Oliveira Faria³¹ ao dizer que, muito embora “[...] discurso científico tenha de ser aberto”, este não pode ser apresentado de forma desinteressada ou até mesmo neutra, uma vez que “[...] o discurso científico está relacionado com o modo de produção material e comprometido com o sistema social.” Quer dizer, muito embora o se revelará nas próximas páginas seja uma pesquisa efetivamente científica no que se refere à pesquisa bibliográfica

²⁹ O termo “conformador” possui diferentes significados. Segundo o Dicionário Aurélio da língua portuguesa: “Conformar. V.t.d. 1. Formar, configurar. 2. Conciliar, harmonizar. T.d.i. 3. Conformar (2). p. 4. Acomodar-se, resignar-se” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 256). No presente trabalho, adotamos a significação expressa na primeira designação. Outrossim, para além de um papel harmonizador do processo, o judiciário se coloca enquanto órgão de efetivação da tutela jurisdicional. A medida então passa a ser analisar se o seu papel, no cenário do processo civil atual é desempenhado de forma concretamente satisfativa e mais, observar se o próprio processo civil está adequado às demandas da sociedade.

³⁰ Explicitando sobre a obra de Thomas Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, Antônio Alberto Machado, durante exposição em aula da disciplina *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 23 set 2012, revela: “Para Thomas Kuhn, as ciências naturais assim se definem porque são capazes de criar o que ele chama de ‘comunidade científica’, que seria formada a partir do consenso entre os pesquisadores, estudiosos e cientistas de uma dada ciência sobre qual é seu objeto, qual é seu métodos, etc. Portanto, o paradigma seria algo sobre o que as pessoas se referem coincidentemente, de forma uníssona. Paradigma é parâmetro, é horizonte, é o ponto em comum para onde uma comunidade científica olha e se identifica, se reconhece.” Esta também é a posição adotada no presente trabalho ao cunhar a expressão.

³¹ FÁRIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: _____. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988a. (Roberto Lyra Filho. Pensamento crítico no direito). passim.

(livros e artigos), jurisprudencial, disciplinas cursadas³², debates em sala de aula³³, trabalhos apresentados³⁴, artigos publicados etc., e, nesse sentido possa despertar a expectativa do seu

³² A discente, em respeito ao cronograma estabelecido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais deveria cursar um total de oito disciplinas distribuídas da seguinte forma: duas disciplinas classificadas como obrigatórias três disciplinas intituladas “comuns” e três disciplinas denominadas “específicas”. Assim, cumprindo a exigência e avançado nos créditos mínimos exigidos em razão da pertinência temática de outras disciplinas com o presente trabalho, foram cursadas as seguintes: “Fundamentos Metodológicos de Pesquisa Jurídica” lecionada pelo prof. Carlos Eduardo de Abreu Boucaul; “Tópicos especiais: Direitos Humanos: fundamentos e desafios” lecionada pelo prof. David Sanchez Rubio (Universidad de Sevilla), “Direito e Políticas Públicas de Sustentabilidade”, lecionada pela profa. Elisabete Maniglia, “Direito da Sociedade Tecnocrática”, lecionada pelo prof. Jorge David Barrientos Parra, “Tópicos especiais: Estudos de bioética e direito” lecionada pelo prof. Salvador Darío Bergel (Universidad de Buenos Aires) e pela profa. Patrícia Borba Marchetto; “Tutela Penal dos Direitos Humanos” lecionada pelo prof. Paulo César Correa Borges; Tópicos Especiais - Hans Kelsen: para além dos limites da “Teoria Pura do Direito”: as vertentes constitucionais, internacionais e a defesa da democracia”; “Tópicos Especiais - História da Lei” ambas lecionadas pelo prof. Carlos Eduardo de Abreu Boucaul; “Transformações da Constituição: as Reformas e as Mutações Constitucionais enquanto expressões da tensão entre os Princípios do Estado de Direito e da Democracia” lecionada pelo prof. José Duarte; “Tutela dos Direitos Coletivos: Fundamentos e Pressupostos” tendo como professores responsáveis Yvete Flávio da Costa e Nelson Nery Júnior e “Teoria dos Direitos Fundamentais” ministrada pelo professor Antônio Alberto Machado.

³³ Ao longo do mestrado, foram apresentados trabalhos e seminários nas disciplinas cursadas, lastreados em temas e bibliográficos pré-estabelecidos pelo docente responsável na respectiva matéria. Cumpre ressaltar que a discente buscou adequar as escolhas das disciplinas e, conseqüentemente, dos temas apresentados em cada trabalho de forma a aprofundar algum aspecto que, futuramente, fosse desenvolvido na pesquisa. Dessa forma, nenhuma das escolhas temáticas aqui apresentada se deu de forma desinteressada com esta pesquisa. Na modalidade “texto”, elaboramos os seguintes trabalhos: *O veneno está na mesa: reflexões a partir do conceito de segurança/ soberania alimentar; As veias abertas do terrorismo na América Latina: percepções sobre o uso dos “direitos humanos” no vilipêndio aos Direitos Humanos – Chile, Brasil e Argentina; Ação coletiva e controle de constitucionalidade: o processo coletivo especial enquanto instrumento potencializador do Estado Democrático de Direito brasileiro; Os meios de comunicação (manipulação) das massas no sistema técnico; O guardião da democracia: o poder judiciário enquanto arena para efetivação de direitos fundamentais; Lua e estrelas: a transexualidade analisada sob uma perspectiva de (des) construção de gênero.* Na modalidade “seminário”, apresentamos os seguintes trabalhos: *Atores da sociedade civil, Política ambiental no Brasil, As veias abertas do terrorismo na América Latina: percepções sobre o uso dos “direitos humanos” no vilipêndio aos Direitos Humanos – Chile, Brasil e Argentina; Os meios de comunicação (manipulação) das massas no sistema técnico; Ação coletiva e controle de constitucionalidade; A tradição do cnotitucionalismo; A garantia da Constituição: o controle de constitucionalidade; O uso dos precedentes judiciais e o duplo grau de jurisdição.*

³⁴ A discente ao longo do curso do Mestrado no PPGD da UNESP teve oportunidade de apresentar alguns trabalhos em eventos locais, regionais e internacionais que contribuíram com seus debates e reflexões para as percepções que serão desenvolvidas no trabalho. São eles: “Lei 6.683/79 e a guerrilha do Araguaia: uma análise ante a (in) eficácia dos direitos humanos no ordenamento brasileiro” apresentado pela discente no evento *Marcadores sociais da diferença e repressão*; “As múltiplas facetas da violência: a mulher idosa”, apresentado pela discente em co-autoria com Lillian Ponchio e Silva e professor João Bosco Penna no evento *IV Fórum Sociojurídico: políticas públicas para a efetivação de direitos no processo de envelhecimento*; “A atuação da Defensoria Pública na efetivação do direito dos idosos: uma análise a partir do Estatuto do Idoso”, apresentado pela discente em co-autoria com o orientador deste trabalho Roberto Brocanelli Corona no evento *IV Fórum Sociojurídico: políticas públicas para a efetivação de direitos no processo de envelhecimento*; “Equipe multidisciplinar: um imperativo em situações de violência doméstica.”, apresentado pela discente conjuntamente com Talita Tatiana Dias Rampin e com a profa. Yvete Flávio da Costa no evento *IV Fórum Sociojurídico: políticas públicas para a efetivação de direitos no processo de envelhecimento*; “Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005): uma análise ante a função social e a hierarquia de credores” apresentado pela discente juntamente com prof. Roberto Brocanelli Corona no evento *Conferências – Jornadas Preparatórias para o VII Congresso Iberoamericano de Direito Concursal*; “A Tutela do Direito Transindividual à Proibidade Administrativa: Ação de Improbidade”, apresentado pela discente com o prof. Roberto Brocanelli Corona no evento: *I Seminário de Direito Administrativo*; “Lei nº 1.060/50: instrumento de democratização do acesso à justiça ou de abuso?” apresentado pela discente juntamente com Maria Cláudia Jardini Barbosa e Uelton Porto no evento: *Ciclo de Palestras Juizado Especial Cível*; “Cultura jurídica e o

desenvolvimento em um campo neutro, racionalizado e metódico, o tratamento dispensado no desenvolver deste trabalho não pode ser traduzido de forma cartesiana, isolada, fria e hiática.

O campo das ciências humanas não pode ser (e não é) um simples transpasse ou reflexo paradigmático do campo das ciências naturais.³⁵ Isso porque, no seu objeto de estudo, também se encontra o Homem (ser-pesquisador) que confronta sua cultura, crenças, ideologias com seu objeto-científico, a Norma. Outrossim, enquanto seres humanos, estamos impedidos de dissociar nossa existência da problematização do tema proposto. Tratar do processo civil enquanto meio para efetivação de direitos e mais, analisar esta efetivação a partir da atuação do Poder Judiciário, na prestação da tutela jurisdicional, é tratar de uma dimensão normativa que nos afeta diretamente enquanto sujeitos demandantes pela efetivação de direito. Não por outra razão, não apresentaremos o excerto de forma indiferente, como se fosse possível dissecar o objeto cognoscente do sujeito cognoscível/investigador.³⁶

Pois bem.

desafio do enfrentamento do mérito no âmbito dos juizados especiais cíveis”, apresentado pela discente em co-autoria com Talita Tatiana Dias Rampin e profa. Yvete Flávio da Costa; “Entraves ao efetivo acesso à justiça: o valor da causa no Juizado Especial Cível”, apresentado pela discente juntamente com Vinicius Fernandes Ormelesi e prof. Roberto Brocanelli Corona no evento: *Ciclo de Palestras Juizado Especial Cível*; “Linguagem e direito: notas sobre a marginalização do sujeito no JEC. 2011”, apresentado pela discente em co-autoria com Talita Tatiana Dias Rampin e a profa. Yvete Flávio da Costa; “Transexualidade e (des) construção de gênero: a importância das equipes multidisciplinares”, apresentado pela discente em co-autoria com Talita Tatiana Dias Rampin e Lillian Ponchio no evento: *III Congresso Serviço Social - A Ética na Formação e no Trabalho Profissional do Assistente Social*; “A tutela coletiva como arena de luta dos movimentos sociais”, apresentado pela discente em co-autoria com Talita Tatiana Dias Rampin e Lillian Ponchio e Silva no evento: *III Congresso Serviço Social - A Ética na Formação e no Trabalho Profissional do Assistente Social*; “(Bio) ética feminista, direitos humanos e saúde: uma necessária relação” apresentado pela discente em co-autoria com Lillian Ponchio e Silva e Talita Tatiana Dias Rampin no evento: *III Congresso Serviço Social - A Ética na Formação e no Trabalho Profissional do Assistente Social*; “O papel do magistrado na efetividade de direitos e mudança paradigmática cultural: a questão da união homoafetiva” apresentado pela discente em co-autoria com prof. Roberto Brocanelli Corona no evento: *4ª Semana Jurídica da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*; “Infanticídio, bioética e punições (in) formais: a pedagogia de condutas femininas” apresentado pela discente em co-autoria com Lillian Ponchio e Silva e Talita Tatiana Dias Rampin no evento: *XXII Semana Jurídica*; “Gender and human rights: in search of female otherness”, apresentado pela discente no evento: *2nd ISA Fórum of Sociology SOCIAL JUSTICE & DEMOCRATIZATION – Buenos Aires, Argentina* e “Public justice policy” apresentado pela discente em co-autoria com Roberto Brocanelli Corona no evento: *2nd ISA Fórum of Sociology SOCIAL JUSTICE & DEMOCRATIZATION – Buenos Aires, Argentina*.

³⁵ Em discussões durante a disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, ministrada pelo professor Antônio Alberto Machado, questionou-se se, as ciências humanas constituíram verdadeiramente um campo científico ou, ao contrário, por não conformar os mesmos paradigmas das ciências naturais, traduziriam apenas narrativas, persuasões, discursos, argumentações acerca do real, da realidade histórica, não revelando, portanto, qualquer verdade científica, passível de comprovação ou verificação. Compreendemos ser esta uma reflexão já superada, adotamos no presente trabalho a noção de que é possível também estudar os fenômenos históricos de uma forma sistemática, com algum rigor metodológico que, de uma forma, nos faça ser considerados uma *comunidade científica* (Cf. KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998). Pois o fato de não se pautar pelos mesmos paradigmas das ciências naturais não descaracteriza, portanto, as ciências do homem como tal.

³⁶ GROSSI, Naiara Souza; CORONA, Roberto Brocanelli. Mito e encantamento: os direitos humanos no contexto latino-americano. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 33-52, ene./jun., 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128004>>. Acesso em: 03 jan 2014.

Dessa maneira, assim como Riobaldo afirma que as pessoas não são sempre iguais posto que ainda não foram terminadas, é possível traçar um paralelo desta concepção sob a própria forma de se compreender, apreender e aplicar – de forma imediata – o Direito e –, de formar mediata –, o próprio direito processual civil. É dizer, em uma visão lyriana³⁷, o Direito “[...] *nada é*, num sentido perfeito e acabado; que tudo *é, sendo*.” Outrossim, o Direito seja enquanto fenômeno social seja como ciência, não é uma “[...] construção única, estática, absoluta, total e metafísica, não se justifica, na medida em que essa concepção, no mínimo, exclui sua dinamicidade e complexidade histórica, sociológica, antropológica, política e econômica.”³⁸

Quando transpomos essas indagações e, questionamos o processo civil, não é improvável conceber um sistema que, muitas vezes, não proporciona a realização e concretização de direitos (ameaçados ou violados)³⁹. Destarte, é possível perceber uma clara dissonância com as próprias garantias de um Estado democrático de direito. Eduardo Galeano⁴⁰ traduz esta falta de harmonia de forma poética, ao denunciar o abismo existente entre a prática e a teoria, diz o jornalista uruguaio que se estas se cruzassem em uma esquina, sequer se reconheceriam ou mesmo dariam as mãos para cumprimentar-se.

Identificando essa patologia no campo do processo civil, Luiz Guilherme Marinoni⁴¹ complementa a análise:

El proceso civil nada más es una técnica que sirve para la tutela de los derechos. Como técnica que es, debe estar en constante evolución, procurando siempre adaptarse a las modificaciones que transforman la sustancia con que debe estar en contacto. Así, una vez que la sociedad y los derechos a ella inherentes se alteran en todo momento, el cultor de la técnica procesal, o mejor, el legislador y su interprete, no pueden ignorar la ardua tarea que tienen en manos, vale decir, el deber de elaborar un proceso que realmente proteja a los ciudadanos y sus derechos.

³⁷ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006 (Primeiros passos, v. 62). p. 12.

³⁸ Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

³⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 mar 2014. Exposição de motivos.

⁴⁰ Afirma Eduardo Galeano que “[...] *tan grande es el abismo entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos que, cuando ambos van caminando por la calle y se cruzan en una esquina, pasan de largo sin saludarse porque no se conocen.*” (SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia**. Sevilla: MAD, 2007. p. 11).

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil**. Disponível em: <

Destarte, o processo civil igualmente não foi *terminado, afina e desafina*, estando em constante *mudança*. Isso porque o processo civil é um fenômeno cultural⁴², existindo uma relação mútua de forma a implicar processo e cultura. Assim, ao fazer parte da cultura jurídica o processo passa a ser seu próprio reflexo – aqui compreendida em sentido amplo, enquanto cultura geral – conformando em uma autêntica simbiose, quer dizer, ao tempo em que o processo influencia a cultura jurídica, igualmente é influenciado pelas próprias demandas culturais. Funcionando enquanto um autêntico refratário.

Ainda nas lições de Luiz Guilherme Marinoni⁴³:

Desde el momento en que fue inventada la rueda, el hombre a procurado elaborar técnicas para atender la vida social cada vez de forma más adecuada. El proceso civil debe ser visto en esta perspectiva; solamente el interprete de la norma procesal que desconoce la sociedad y sus derechos puede generar tesis que no respondan a la necesidad de un proceso que sea el reflejo del principio constitucional de la efectividad, de las garantías de justicia contenidas en la Constitución y de la propia naturaleza del derecho material.

Outrossim, igualmente o processo civil [friso] enquanto fenômeno cultural, não pode ser tomado como objeto neutro. O processo civil é produto de uma “[...] confluência das idéias, projetos sociais, utopias⁴⁴, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço.”⁴⁵ Dessa maneira, em que pese o processo civil dotar de um aspecto formal, torna-se impossível assimilá-lo de forma reducionista, ou seja, enquanto um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente tecnicista, composto por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. Carlos Alberto de Oliveira⁴⁶ leciona ainda que a estrutura do processo civil é moldada “[...] por escolhas de natureza política, em busca dos

⁴² TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil**. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em: 31 mar 2013, p. 3.

⁴⁴ “Utopia [...] ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar.” (Fernando Birri apud GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. Argentina: Siglo XXI, 1994. p. 310). Tal como citado pelo jornalista uruguaio, Eduardo Galeano, o presente trabalho apresenta-se de forma utópica. Aqui não desejamos traduzir utopia enquanto algo inalcançável, impossível, fantasioso. Nossa tradução revela o caminhar, o transformar, a necessidade de avanço da ciência processual em conformação com a efetividade da tutela jurisdicional.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **A garantia do contraditório**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁴⁶ Ibid. (grifo nosso).

meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, *de cada Estado.*”

Nota-se assim, que um dos elementos que apresenta maiores vasos comunicantes com o processo é o próprio Estado. Isso porque, para além da compreensão, questionamentos, críticas, propostas, análises obtemperadas acerca do processo e de suas fases metodológicas, é notório que o processo civil espelha suas concepções dominantes sobre o papel do próprio modelo estatal que o conforma em um dado momento histórico.

No mesmo sentido Daniel Mitidiero⁴⁷ leciona:

O direito processual civil, como manifestação de cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano de direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridades de cada experiência de organização estatal. O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar seus fins sociais, assegurando o império do direito.

Assim, dentro desse contexto e do modo de organização processual, torna-se necessário contextualizar a concepção e desempenho que o processo civil apresentou de acordo com três modelos estatais, compreendidos todos eles dentro da forma estatal contemporânea, quais sejam: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Urge ressaltar, que não pretendemos desvelar um resgate histórico de cada modelo estatal em minúcia, posto não ser este o objeto desta pesquisa. Logramos, em verdade, analisar os aludidos modelos apenas quanto às confluências e na medida das influências que cada forma estatal apresentou/ realizou sobre o processo civil, objetivando assim, ao analisar as fases metodológicas do processo civil⁴⁸, identificar em que medida devemos avançar para [quicá] uma nova fase e, posteriormente, ao analisar as propostas do Projeto de Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046)⁴⁹, verificar se esta evolução se faz presente.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 32-33.

⁴⁸ A análise das fases metodológicas do processo mencionadas serão realizadas ainda neste capítulo, a partir do item 1.3 do trabalho.

⁴⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 8.046, de 22 de dezembro de 2012 para revogar o Código de Processo Civil vigente. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

O objeto de análise neste primeiro capítulo é verificar se o processo civil da forma como é concebido atualmente é um refratário do modelo estatal vigente, em outras palavras, logramos verificar se esta adequação é harmoniosa propiciando a efetivação da tutela jurisdicional ou se o avanço na sua compreensão metodológica ainda se faz necessário e mais, obtemperamos verificar se a proposta do Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL n. 8.046) avança nesse sentido.

1.2 A organização do processo civil e os modelos estatais

No estudo do processo civil, se ganha relevância e amplitude a afirmação de que o direito se relaciona de forma íntima com a experiência e cultura de um povo. Essa relação entre direito e cultura, parece se evidenciar ainda mais quando a analisamos sob a ótica do processo civil, “ramo das leis mais rente à vida”⁵⁰ conforme aponta Pontes de Miranda.

Segundo Daniel Mitidiero⁵¹, citando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Com efeito, tem-se defendido, não sem razão, que “a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial [...]. Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade”.

São muitos os exemplos que podemos remeter para demonstrar esta afirmação. Vittorio Denti, afirma que no que se refere às influências de concepções religiosas (e, portanto, culturais) na conformação do próprio fenômeno jurídico-processual, a maneira de compreender a busca pela “verdade” no processo e a defesa da privacidade em face dos meios de prova, é bastante dicotômica quando comparamos países de inspiração católica com países de inspiração protestante: “[...] usualmente, a cultura católica tende a ser mais ciosa da tutela de sua intimidade do que a cultura protestante, limitando-se, assim, a pesquisa probatória

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 1. p. XIII. Prólogo.

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, p.11-128, jul./set. 2004. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero\(3\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero(3)-%20formatado.pdf)> Acesso em: 09 jan 2014.

àquilo que não desafie a moral cristã.”⁵² Ainda quanto a influencia religiosa na construção do processo civil, Max Weber aponta que a acentuação do que conhecemos hoje por princípio inquisitório não fora mais do que a contribuição da justiça teocrática à justiça profana, uma vez que àquela interessa com aguda intensidade a “averiguação ótima dos fatos verdadeiros”, o que de modo nenhum poderia ficar, dessarte, “à mercê do arbítrio das partes”.⁵³

Daniel Mitidiero⁵⁴ ainda continua exemplificando:

Explorando a mesma relação entre processo e religião, observa Galeno Lacerda que “é interessante o paralelismo que se verifica entre a fase mais recuada do processo romano, o período das ações da lei, que vigorou desde os primórdios de Roma até o segundo século antes de Cristo, e o formalismo do processo germânico primitivo, vigente entre os bárbaros e dominante no processo feudal da Idade Média. O formalismo do processo romano das *legis actiones* nos é descrito com abundância de detalhes por Gaio. Bastava que o litigante não reproduzisse com absoluta fidelidade as palavras da lei, ou deixasse de praticar o ato na forma prescrita, para que perdesse a demanda, sem que fizesse qualquer mossa ao espírito do julgador o mérito da lide. Hoje, os romanistas mais eminentes reconhecem no ritual simbólico do sacramentum, a mais antiga ação da lei, traços inequívocos da concepção religiosa da época. O mesmo acontece no processo primitivo dos povos germânicos, a refletir-se por largo período da história medieval. O que importa é harmonizar o grupo social, para que esteja sempre pronto aos empreendimentos bélicos do chefe. E isto se logra através das ordálias, ou juízos divinos, pois, com efeito, corresponde à concepção religiosa dominante, não poder a divindade permitir que o infrator, que o criminoso, triunfe no processo. Omite-se, assim, o juízo humano, e o processo se limita a uma prova imposta pela comunidade às partes. O resultado da prova será juízo de Deus. E êste é o que importa. Elimina-se o conflito, para o bem comum. Acata-se a vontade divina. E então os litígios se resolvem pelo duelo, pelas provas da água, do fogo, e tantas outras.”

Diante dos exemplos acima descritos, torna-se inegável reconhecer que o direito processual civil possui um caráter eminentemente histórico e cultural. Neste diapasão, sentimos a necessidade de destinar um item de nossa pesquisa a fim de estabelecer uma reflexão entre a forma estatal e o modo de organização do processo civil segundo aqueles modelos. Com isso, buscaremos evidenciar a tangência existente entre ambos de forma a comprovar: (a) não há como pensar na ciência processual desconectada do contexto social posto que este reflete diretamente na forma como aquela é interpretada; (b) o Estado, modelo organizacional da vida em sociedade, igualmente é reflexo das nuances de cada época

⁵² DENTI, Vittorio. Diritto comparato e scienza del processo. **Rivista de Diritto Processuale**, Padova, v. 34, p. 335, 1979.

⁵³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999. v. 2. p. 116.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 33, p.11-128, jul./set. 2004. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero\(3\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero(3)-%20formatado.pdf)> Acesso em: 09 jan 2014.

histórica; (c) outrossim, processo e forma estatal caminham quase simbioticamente nas suas transformações; (d) por sim, contextualizando nosso objeto de pesquisa, evidenciaremos que: não há como pensar em um processo civil que não atenda aos fins de um modelo estatal Democrático de Direito.

No que se refere a abordagem dos modelos estatais, procuramos desenvolvê-la de forma objetiva a fim de não desvirtuar demasiadamente do objeto da nossa pesquisa. Isso porque o estudo do Estado Contemporâneo se revela como um dos temas mais complexos da atualidade⁵⁵ o que, por si só, já demandaria esforços para uma pesquisa autônoma.

Nesse diapasão, apoiados em Gregório Assagra de Almeida⁵⁶, tomamos como ponto de partida as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789)⁵⁷, e suas respectivas Constituições (1787 e 1791), a fim de que fosse analisado o Estado Contemporâneo: primeiramente o modelo do Estado Liberal de Direito e a respectiva organização processual; avançando para o Estado Social de Direito (ou Estado-Providência) e a respectiva organização processual; e, atualmente corroborando no modelo estatal Democrático de Direito.

1.2.1 A organização do processo civil e o Estado Liberal

Situando historicamente o marco do Estado Liberal, cumpre asseverar as palavras de Gregório Assagra de Almeida⁵⁸:

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito deu-se em razão do movimento iluminista surgido na Europa, tendo como principal centro a França. Locke, Montesquieu, Rousseau, dentre outros, sustentando os ideais iluministas no sentido da proteção dos indivíduos contra a ingerência e a interferência absolutista do Estado, inspiraram a declaração de independência dos Estados Unidos, ocorrida em 1776, que consagrou o nascimento, em 1787, da garantia de liberdade individual, da proteção dos direitos do cidadão e da propriedade privada. Esses ideais também

⁵⁵ Celso Fernandes Campilongo, em trabalho sobre direito e democracia, esclarece a complexidade do tema afirmando que o Estado e o próprio Direito estão passando por uma transformação radical, especialmente em decorrência da complexidade social e das relações internacionais entre os Estados. Sustenta o jurista que existe hoje duplo desafio da teoria do Direito e do Estado: “[...] de um lado, superar as amarras metodológicas que enclausuram o direito, a soberania e a democracia no espaço estatal; de outro, construir modelos explicativos que dêem conta da nova realidade.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 104).

⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 47.

⁵⁷ A transformação radical da regulação do poder político, dando-lhe a feição que tem hoje e ensejando a construção da ciência do direito público, ocorrerá na Idade Contemporânea, sendo as Revoluções Americana e Francesa (e as Constituições delas resultantes) seus marcos históricos mais notáveis (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 5ª Ed., 2010. p. 36).

⁵⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 48.

inspiraram a Revolução Francesa de 1789 e a mudança de regime político na França, com a elaboração da Constituição Francesa de 1791. Tais movimentos iluministas espalharam-se por todo o mundo civilizado.

Como é possível concluir, o Estado Liberal terá sua gênese como próprio contraponto ou ainda enquanto uma resposta da burguesia à ausência de limites do Estado Absolutista. Será a partir da elaboração do Estado Liberal, que eclodirá a preocupação de buscar um caminho que colocasse fim as arbitrariedades do poder ou, quando muito, possibilitar a atenuação de uma administração cujas providencias concretas, individuais e potencialmente discriminatórias, não se compactuavam com a calculabilidade, a liberdade e a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, essenciais para o desenvolvimento das bases econômicas burguesas.⁵⁹

Podemos apontar ainda, como idéias políticas que nortearam a noção de Estado Liberal, a afirmação de que o governo deveria ser limitado, é dizer, as instituições políticas de uma sociedade somente se justificariam caso fossem suficientemente permissivas para que todos pudessem viver de forma autônoma⁶⁰, sem qualquer dependência. Essa acepção encontra sua razão de ser na forma de organização de poder (Estado Absoluto) que predominava anteriormente, durante a Idade Média. Havia uma nítida relação de dependência e devoção ao príncipe (monarca) por seus súditos, estes por sua vez, não possuíam direitos, mas tão somente deveres para com seu suserano.⁶¹

A outra premissa que pode ser identificada a partir da concepção política adotada no modelo Liberal se traduz na ideia de que os direitos fundamentais apresentariam um entrave à interferência estatal. Por essa razão, o Estado se limitaria a elaborar e gerenciar apenas normas gerais que, por sua vez, deveriam traduzir a vontade geral expressa pelo Parlamento. Caracterizam-se, portanto, como bases do Estado Liberal de Direito: a) a supremacia da Constituição; b) a superação dos poderes; c) superioridade da lei e d) garantia dos direitos individuais.⁶²

⁵⁹ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18. n. 31. p. 23-36, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243>. Acesso em: 30 jul. 2013.

⁶⁰ No *Estado Liberal*, e essa parece ser uma característica continuamente apontada pelos autores, percebe-se uma evidenciação do *indivíduo*, delineando-se um Estado não intervencionista, rogando-se por uma *intervenção mínima* estatal. (LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 28. grifo do autor).

⁶¹ No Estado despótico os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61).

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49.

De forma sucinta, pode-se afirmar que o Estado Liberal surgiu calcado no imperativo de limitação do Estado como forma de assegurar o desenvolvimento da burguesia e do então incipiente modelo econômico capitalista, a partir da configuração de direitos fundamentais – vistos como garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano – e da divisão de poderes, com a ênfase no Poder Legislativo, único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz, havendo uma total subordinação do Poder Judiciário à lei, que espelhava os valores burgueses.⁶³

Destarte, esboçado o panorama das características do Estado Liberal, torna-se consequência lógica a percepção de que, no âmbito do processo civil, a hegemonia ideológica à época era manifestada pela autonomia e pela liberdade das partes privadas. Estas, por sua vez, deveriam ter ingerência dos instrumentos processuais aptos a desenvolver, por sua própria iniciativa, uma competição individualista que se desenvolvia frente ao juiz. Neste cenário, caberia ao juiz, por sua vez, a função de um autêntico árbitro a fim de somente assegurar que as partes respeitassem as regras do embate travado.⁶⁴

Outrossim, a caracterização do processo civil enquanto um duelo/ embate no modelo estatal Liberal, imantou todas as legislações processuais liberais, as quais entrelaçam, por assim dizer, um feixe principiológico que, por sua vez, conformam um modelo processual típico dessa fase. Este feixe principiológico é então encampado por duas principais legislações processuais liberais da época: o Código Napoleônico de 1806 e o Código Italiano de 1865:

Nesses códigos, quase não existiam procedimentos especiais e, ainda, casos de jurisdição voluntária, os quais, por sua vez, eram disciplinados como procedimentos de caráter nitidamente administrativo. A admissão da ação não estava subordinada a nenhuma aprovação do juiz, já que se tratava de serviço necessário do Estado e estava no domínio absoluto dos particulares. A regra da demanda ademais era entendida no seu sentido mais rigoroso, de modo que as partes não obtinham nenhuma colaboração do juiz na fixação da prova. Ainda nesse sentido, ora confiada às partes a disposição do processo e o controle do tempo. Salvo a audiência de discussão oral, o processo desenvolvia-se na forma escrita [...] inclusive na fase instrutória, que era remetida integralmente à disponibilidade das partes, as quais podiam prolongá-la indefinidamente.⁶⁵

⁶³ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18. n. 31, p. 24, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243> Acesso em: 30 jul. 2013.

⁶⁴ TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 1, p. 72, mar. 2009.

⁶⁵ RAATZ, Igor. op. cit., p. 24-25.

Dessa forma, é possível identificar de forma clara que o domínio do processo pelas partes nada mais era do que uma transferência do ideal de autonomia pessoal, corolário ideológico e político predominante à época, para a administração da Justiça. Outrossim, o processo civil é reduzido a um ideal individualista⁶⁶, é dizer, o desenrolar processual nada mais era do que uma controvérsia entre duas partes (sujeitos processuais) autônomas, que se desenvolvia perante uma Corte apática e passiva⁶⁷, sendo reduzido, portanto, a uma mera continuidade de outros meios de relações privadas típicas da cultura desse período.

Resta claro, portanto, que o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo, acorde com a concepção liberal, segundo a qual o Estado deveria evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados. Ao mesmo tempo, moldou os contornos do processo civil a partir de um forte controle estatal sobre o juiz no momento de decidir, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juizes às orientações políticas do governo, usando todos os instrumentos lícitos ou ainda ilícitos- como pretensões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares sobre aqueles que ousassem se comportar de modo independente. Nesse viés, não era dado nem ao juiz nem às partes contribuir para a compreensão do sentido do direito. O perfil do processo no Estado Liberal Clássico, portanto, pode ser resumido no seguinte binômio: “total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo.”⁶⁸

Torna-se claro perceber, não há como pensar em atividade jurisdicional produtiva tão menos em efetividade do processo e da própria tutela jurídica dentro do Estado Liberal de Direito. De toda sorte, a partir da Revolução Industrial uma nova ordem jurídica é instaurada no intuito de dar amparo às classes e situações hipossuficientes que o capitalismo faz emergir. A mudança é no sentido de priorizar o bem comum e preservar a ordem social.⁶⁹ Neste sentido, Pedro Lenza⁷⁰ irá apontar que o Estado passa a deixar de lado a passividade inerente

⁶⁶ “Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado [...]” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 60).

⁶⁷ DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere**: analisi comparatistica del processo. Bologna: Il Mulino, 2002. passim.

⁶⁸ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 25, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243> Acesso em: 30 jul. 2013.

⁶⁹ Cf. GROSSI, Naiara Souza. **A atuação do magistrado no processo executivo coletivo para consecução da tutela específica**. 2010. 92 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2010.

⁷⁰ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

ao liberalismo para tornar-se responsável pela harmonização social e para assegurar alguns direitos que estavam sendo mutilados pela própria Revolução Industrial.⁷¹

Assim, entra em crise o Estado Liberal o que, por sua vez, impõe uma reestruturação de forma que o próprio Estado passasse a administrar a problemática social e assumisse, dessa forma, uma postura assistencial.

1.2.2 A organização do processo civil e o Estado social de direito

O Estado liberal foi pautado pelo individualismo e o abstencionismo (neutralismo) além do próprio rigor tecnicista, o que, por sua vez, provocou diversas injustiças.⁷² Uma vez que o modelo estatal liberal se mostrou inócuo a satisfazer as exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos (tanto social, quanto economicamente), eclode, no final da segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas o que, por sua vez, inibia o reconhecimento da justiça social.⁷³ Essas injustiças foram flagradas e denunciadas, sobretudo, pelos movimentos sociais atuantes no século retrasado e, incisivamente, no século passado, “[...] movimentos estes que permitiram a tomada de consciência da necessidade de uma justiça social diante da notória insuficiência das liberdades burguesas.”⁷⁴

É nesse contexto que surge então o Estado social de direito, também chamado de Estado do bem-estar. Neste modelo estatal, a lei deixa de ser comando abstrato e geral para também significar um instrumento de atuação concreta do próprio Estado. A intervenção do ente estatal é então limitada, em outras palavras, de uma atuação negativa (um abster de fazer) passa para uma atuação positiva (atuante) junto às questões sociais como as trabalhistas e previdenciárias:

⁷¹ “A complexidade social e o conseqüente surgimento dos movimentos sociais foram forçando o Estado a sair da sua neutralidade e assumir uma postura protetora de determinados interesses sociais, especialmente em decorrência dos efeitos da Revolução Industrial, que se espalhou por todo o mundo e fez surgir, em face da necessidade de defesa da própria sociedade civil, o sindicalismo, como sinal da organização da classe trabalhadora.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51).

⁷² Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 105.

⁷³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. passim.

⁷⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52.

O desenrolar das relações sociais produziu uma transformação neste modelo, dando origem ao “Estado Social de Direito” que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente denominada “questão social”, a qual trás à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista.⁷⁵

O Estado social então passa a romper com os padrões próprios de atuação do modelo liberal, para desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social.⁷⁶ José Luis Bolzan⁷⁷ ainda aponta que a adjetivação *social* tem o fim justamente de corrigir o individualismo próprio do liberalismo, avançando, na própria consagração de garantias coletivas. Todavia, muito embora se reconheça que o Estado social represente uma transformação estrutural pela qual passa o modelo liberal, não há que se falar em formação de um “Estado proletário”, como resultado da movimentação efetuada pela ideologia do socialismo marxista⁷⁸.

O Estado social procura conservar sua adesão e forma de existência à ordem capitalista, mesmo que possa apresentar posteriormente sistema de organização política não muito aproximada e parcialmente divergente do liberalismo econômico, mas nem por isso, cujo programa importe em modificações fundamentais ou mesmo revolucionárias, promovendo o rompimento com os postulados econômicos.⁷⁹

⁷⁵ MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 79.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.55.

⁷⁷ MORAIS, loc. cit.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 184-185. O professor constata que o Estado social pode se valer de regimes democráticos e com previsão de direitos como também pode muito bem existir em Estados autoritários, ilegítimos ou mesmo em regimes políticos antagônicos entre si. Por esta razão, é plausível a existência de um Estado social, que nem por isso deixe de ser nazista, fascista, democrático ou mesmo fora da ordem capitalista como o bolchevismo. Ainda leciona: “À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social. [...] O equívoco pertinente à distinção entre Estado social e Estado socialista se deve ainda ao fato de haver no seio da burguesia e do proletariado uma orientação política que pretende chegar ao socialismo por via democrática, criando previamente as condições propícias a essa transição política. O Estado social seria, por conseguinte, meio caminho andado, importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado.”

⁷⁹ VIEIRA, André Luiz Valim. **Direito social à alimentação**: tutela jurisdicional e efetividade do direito fundamental. 2012. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012. p. 36.

A partir dessa nova roupagem estatal – que redundava em uma diminuição na atividade do indivíduo –, torna-se notória a ausência de um perfil autenticamente democrático. Ou seja, ainda que seja possível notar uma separação entre o Estado e a sociedade, seus indivíduos permanecem sem força para atuar de forma democrática na determinação tanto de seus direitos quanto dos fins do próprio Estado. Não se pode afirmar, portanto, a existência de um novo Estado, mas sim, de um *remendo de Estado*.⁸⁰ Antes disso, caracterizava-se muito mais como um Estado assistencial, no qual os direitos não passavam de concessões. De qualquer forma, o que deve ficar enfatizado é a forma de atuação ativa do Estado Social, seja no sentido de delimitar os fins da sociedade seja no sentido de conferir aos cidadãos direitos fundamentais de caráter positivo e de assumir a sua tarefa de realizá-los – notadamente pela atuação do Poder Executivo.

Gradativamente, o Direito e o próprio processo civil passam a sofrer os influxos dessa mudança de paradigma estatal. Assim, diversas reformas legislativas passam a serem realizadas e justificadas enquanto rejeição ao individualismo próprio dos princípios do liberalismo clássico. O processo, até então concebido como algo privado, passa então a representar o exercício de uma função pública e soberana. O processo civil, paulatinamente, deixa de ser percebido enquanto uma “coisa das partes” para espelhar um lugar no qual se exprime a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça.⁸¹ Em síntese, o processo passa a assumir a forma de um verdadeiro instrumento que o Estado coloca à disposição dos sujeitos privados para a atuação da lei.

O papel passivo desempenhado pelo juiz no Estado liberal dava margem à lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores tornavam-se árbitros praticamente absolutos. Por outro lado, o processo civil restava infenso a valores, refletindo a neutralidade do Estado, sendo concebido como um “[...] dispositivo técnico capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião.”⁸² Dessa forma, a doutrina

⁸⁰ A expressão é utilizada por Gregório Assagra de Almeida: “Na verdade, o Estado Social não surgiu de uma verdadeira transformação e rompimento com o Estado Liberal. É um Estado onde se implantou uma política de proteção de alguns direitos sociais, mas sem adaptar o seu sistema jurídico para a tutela dos interesses primaciais da sociedade, como os decorrentes dos conflitos transindividuais. Não é verdadeiramente um novo Estado, mas um remendo de Estado. [...]” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53).

⁸¹ TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 1, p. 88, mar. 2009.

⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.

processual presente naquele momento histórico de transição cuidou de repensar o processo, ao apostar, principalmente, em maiores poderes ao juiz, o que refletia o novo papel que o Estado vinha a assumir. Não se tratava portanto, de pensar o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas, sim, como um instrumento de justiça social, mais rápido e eficaz. Nesse sentido, as modificações ocorridas no processo civil naquele momento foram importantes para que o papel do juiz e das partes começasse a ser rediscutido, abandonando-se a ideia de um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante.

Entretanto, aos poucos é perceptível a necessidade de atualização desse discurso. Isso porque se urgia que o órgão julgador avançasse na passividade e neutralidade características do Estado liberal, o transpasse desta barreira não pode significar sua colocação enquanto único protagonista do processo, reduzindo as partes em meros coadjuvantes e marionetes da vontade estatal, tolhendo sua participação na contribuição para formação (e construção) dos provimentos judiciais.

Sob a ótica macroscópica traduzida nas bases do modelo estatal vigente nesta análise, qual seja, o social de direito, igualmente é notória a situação de crise. Esta por sua vez decorre, principalmente, da incapacidade do Estado social de direito solucionar os conflitos sociais e de promover uma transformação do *status quo*. Nas palavras de José Eduardo Faria⁸³, a crise vivenciada pelo Estado social de direito é, em verdade, uma crise de legitimidade:

No plano externo, o Estado Social já não pode pretender regular a sociedade civil nacional de maneira soberana. E, no plano interno, sua ação não permite resolver a crise e aparece como impotente. A distancia entre sua vontade e a realidade, entre a lei e sua aplicação, vai crescendo. Diminuídos seus poderes de coação, o Estado tem que compartilhá-los com outras forças que transcendem o nível nacional e que, segundo sua posição na hierarquia mundial, o determinam. Incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infraconstitucional que procura liberar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade [...].

Nota-se, portanto, que o Estado não consegue cumprir seu dever enquanto modelo social de direito: afirmam-se direitos sem, contudo, conseguir tutelá-los. De toda sorte, o processo civil organizado e, enquanto reflexo do Estado social de direito, igualmente se

⁸³ FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In. _____. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988a. (Roberto Lyra Filho. Pensamento crítico no direito). p. 33.

mostra insuficiente, clamando pela busca de um equilíbrio dos poderes do juiz e das partes no processo: nem um juiz inoperante e passivo – tal qual o modelo liberal propunha – nem super poderes ao juiz em detrimento da atuação das partes no processo. Outrossim, para além de uma crise de legitimidade do Estado o que é possível perceber é uma crise de identidade uma vez que a filosofia e o sistema implantado no modelo social de direito nada mais traduz do que as balizas do Estado liberal.⁸⁴

*O Estado Democrático de Direito surge para operacionalizar um verdadeiro rompimento com as concepções capitalistas, portanto burguesas do Estado Liberal Individualista, ainda impregnadas no Welfare State. A sua finalidade é a transformação da realidade social, com a implantação da igualdade material. Esse não é um rompimento com os direitos fundamentais individuais conquistados a partir da Revolução Francesa de 1789, mas com a concepção liberal individualista burguesa. Rompimento com a dominação político-ideológica da classe burguesa. Rompimento com as estruturas do Estado Liberal, ainda impregnadas no Estado Social de maneira a impedir a socialização do Direito e do Estado.*⁸⁵

Nesse diapasão, o presente trabalho caminha para a análise da organização do processo civil inserida no paradigma estatal vigente a partir da Constituição Federal de 1988, qual seja o democrático de direito.

1.2.3 A organização do processo civil e o Estado democrático de direito

O Estado democrático de direito está umbilicalmente ligado a ideia de efetivação dos direitos fundamentais podendo ser compreendido em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, havendo, igualmente, uma “co-pertença entre ambos”⁸⁶. Dessa forma, ao lado da participação popular na conformação e definição dos direitos fundamentais, o Estado democrático de direito tem por diretriz uma preocupação latente com o cumprimento da Constituição e com a efetividade dos direitos por ela anunciados. Assim, é conclusivo asseverar que o Estado deixa de ser um inimigo da sociedade, e passa a desempenhar um papel primordial de transformação das estruturas sociais a partir da tutela e efetividade de direitos, tudo em um ambiente verdadeiramente democrático.

⁸⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18. n. 3, p. 28, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243>. Acesso em: 30 jul. 2013.

Nesse sentido, ainda complementando a visão do Estado democrático de direito, Lênio Streck⁸⁷ observa que:

O Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República e que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a ideia de Welfare State como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas etc. Este é o ponto: em um país como o Brasil em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição alterou esse quadro, aprontando as baterias do Estado para o resgate das promessas cumpridas da modernidade. Donde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança com o Estado. O Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática.

Portanto, observamos que é certo que o Estado já não podia conviver de forma pacífica e passiva com as desigualdades, mazelas e injustiças sociais. Esta necessidade de superação de uma democracia meramente formal e declaratória de direitos, típica do modelo liberal, faz emergir a pauta de uma democracia precisamente substancial e pautada pela efetivação dos direitos fundamentais e da preservação da dignidade da pessoa humana. O Estado passa então a se reestruturar, reflexo da reestruturação da própria sociedade.

Em uma sociedade onde o centro das preocupações não é mais o indivíduo (unicamente considerado) ou mesmo um grupo determinado mas sim toda a comunidade, o Estado também deverá avançar sua atuação de forma a atender a própria comunidade: educando-a, conscientizando-a, informando-a e, dessa forma, preservando a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos – econômicos, políticos, jurídico, moral e biológico - além de abrir as portas para a participação popular, como forma de legitimação político-democrática.⁸⁸

Marcelo Pedroso Goulart,⁸⁹ ao analisar a democracia enquanto um projeto e um processo em construção aponta que o processo de transição da democracia clássica para uma

⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 143.

⁸⁸ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. passim.

⁸⁹ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2002. p. 47. (grifo do autor).

democracia de massa vem, ainda que de forma incipiente, aumentando espaços da participação popular no âmbito político. O autor ainda complementa:

A construção da *sociedade democrática* supõe o *processo democrático*, que garanta as condições de igualdade e paridade de armas entre as forças sociais que, na difusão de seus valores e de suas visões de mundo, disputam a hegemonia no âmbito da sociedade civil. Para isso é preciso conservar e elevar a outro nível as conquistas da democracia liberal (Estado de Direito) e da democracia social (Estado-Providência), e superá-las como forma de atingir estágios superiores de participação e equidade social (democracia substancial).

Nessa esteira, ainda aponta como obstáculos a serem superados no avanço e combate às injustiças sociais bem como a implementação do projeto democrático o seguinte: a) superação das desigualdades sociais, com a distribuição equitativa da riqueza socialmente produzida; b) inversão do processo de concentração dos poderes político e econômico, com a ampliação dos espaços de participação popular na tomada de decisões nessas duas esferas; c) superação da degradação ambiental, com o estabelecimento de uma nova relação homem/natureza, incorporando os princípios que permitam o desenvolvimento econômico socialmente justo e ecologicamente equilibrado; d) acesso de todas as pessoas à formação educacional, à informação e à produção do saber; e) eficácia social dos direitos econômicos e sociais já incorporados nos estatutos jurídicos, mas não-concretizados na prática e f) positivação de novos direitos.⁹⁰

Dalmo de Abreu Dallari⁹¹, por sua vez, irá atestar que o caráter democrático perpassa pela conformação de que os valores fundamentais da pessoa humana deverão ser resguardados com base na convivência social, na solidariedade que, “[...] aproxima sem submeter, integra sem aniquilar, e unifica sem despersonalizar.” Para o autor, há ainda a necessidade de implantação de um Estado ideal e sustenta que este é um longo caminho a ser percorrido devendo compreender três pontos fundamentais: superação dos preconceitos, conhecimento da realidade e fixação da ordem adequada.

Neste sentido, a análise perfilhada por José Afonso da Silva⁹² demonstra que a tentativa de corrigir as distorções entre igualdade formal e igualdade material com a erigção do Estado social de direito restou infrutífera uma vez que o referido modelo estatal foi

⁹⁰ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2002. p. 47-49.

⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 55-57.

⁹² Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

insuficiente para garantir a justiça social tão menos possibilitou uma participação democrática do povo no processo político. É diante deste cenário que surge a concepção de Estado democrático de direito enquanto o Estado da justiça material, fundado em “[...] uma sociedade democrática, legitimada pelo processo de incorporação de todo o povo nos meios de controle das decisões com a sua real participação nos rendimentos da produção.”⁹³

Cumprido asseverar que a adição terminológica do adjetivo “democrático” no Estado de direito não quer significar simples retórica ou compromisso formal com a assegução da justiça material, igualdade substancial e tutela de direitos. Em verdade, deverá consistir na criação de um novo conceito o qual estará umbilicalmente atrelado aos conceitos dos elementos constitutivos desse novo modelo.⁹⁴ Analisando a terminologia do qualitativo “democrático” inserido neste novo modelo de Estado de direito, Talita Tatiana Dias Rampin⁹⁵, em sua dissertação de Mestrado em Direito, defendida no ano de 2011 pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais aponta que:

O problema que identificamos com o uso do termo “democracia”, como qualificadora de nosso atual Estado, é o uso meramente retórico que o mesmo permite, dando margem para um esvaziamento do preceito democrático. É dizer: não basta o Estado se declarar democrático se, na prática, ele se distancia desse ideal. Aliás o uso do adjetivo sem que, com isso, se efetive a democracia, acaba surtindo o efeito contrário: permite-se o desenvolvimento do autoritarismo dentro da pretensa democracia. Nessa linha de pensamento, a terminologia pode servir para mascarar regimes e práticas autoritárias, levando com que a “democracia”, aos olhos do povo, da nação, do homem, perca sua razão de ser.

Nesse diapasão, lastreados nas concepções de Gregório Assagra de Almeida⁹⁶ e Luiz Guilherme Marinoni⁹⁷, identificamos⁹⁸ como princípios do Estado democrático de direito: a) *constitucionalidade*, expressada pela vinculação do Estado a uma Constituição; b)

⁹³ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

⁹⁴ “E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em ‘Estado Democrático de Direito’, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.” Cf. SILVA, op. cit., p. 108.

⁹⁵ Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011. p. 231.

⁹⁶ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

⁹⁸ Justificamos a escolha no apoio teórico destes dois autores para esboçar as características do Estado democrático de direito, enquanto referencial teórico da presente pesquisa que trabalham a perspectiva processual atrelada ao Direito Constitucional.

organização democrática da sociedade, representada pela preservação da liberdade de participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergentes; c) *sistema garantista de direitos fundamentais individuais e coletivos*; d) *justiça social*; e) *igualdade*, não apenas formal, mas, primordialmente material; f) *divisão de poderes ou de funções*; g) *legalidade*, logrando repudiar o arbítrio; h) *segurança e certeza jurídica*.

Assim, observamos que na medida em que o Estado democrático de direito carrega esses princípios transformadores, não é mais possível concebê-lo enquanto um Estado negativo/ abstencionista/ passivo. A própria tônica da igualdade material, da justiça social e da organização democrática da sociedade confluirão a fim de que os cidadãos abandonem a posição de meros alvos coadjuvantes da atuação estatal para ganharem autonomia principal nesta atuação. Dessa forma, a relação entre Estado e sociedade irá refletir na concepção que o processo civil adquire no modelo democrático de direito. “É, portanto, no Estado democrático de direito que o Estado-jurisdição assume novo papel. Comprometido constitucionalmente com a problemática social, o Judiciário passa a ser Poder transformador da realidade social.”⁹⁹

É certo que no Estado liberal o juiz exercia um papel passivo e desinteressado, atuando enquanto simples árbitro, sendo concebido, portanto, em um nível inferior que aquele ocupado pelos demais sujeitos processuais. Já no Estado social, o incremento dos poderes do juiz decorre da mudança do perfil do próprio modelo estatal, assim, na qualidade de representante da vontade estatal e influenciado pela busca da justiça social, o poder judiciário assume a posição central na condução do processo. No Estado democrático de direito, busca-se conciliar características do processo liberal e do processo social a partir de um modelo de organização processual no qual o juiz desenvolva um diálogo no mesmo nível das partes¹⁰⁰, respaldado na democracia participativa.

Como bem observa Dierle José Nunes Coelho¹⁰¹:

Conciliar as características de um processo social e de um processo “privatista” pode provocar resultados sociais e constitucionalmente aceitáveis, no sentido de uma justa legitimação das decisões judiciais, sem reduzir a participação ativa do juiz e a contribuição das partes, isto é, a função do processo de assegurar e garantir o contraditório [...].

⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

¹⁰⁰ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 21, p. 609, 1966.

¹⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo civile liberale, sociale e democratico. **Diritto & Diritti**, Ragusa, 14 mai 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27753-processo-civile-liberale-sociale-e-democratico>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

A almejada e defendida publicização do processo deve permitir a utilização do espaço criado por essa para discutir todos os temas dos interessados no resultado dos provimentos. Não um mero instrumento de falsa pacificação social conseguida por critérios pessoais do juiz. O espaço público criado pelo processo deve permitir a ampla participação das partes e do juiz, com uma discussão bem estruturada, ainda que limitada pela inevitável imperfeição dos mecanismos processuais e pela congruência com as matérias discutidas [...]. Quando não se assegura a todos os participantes o exercício de uma efetiva influência na formação dos provimentos, a decisão da lide é conseguida pelas mãos (solitárias) do juiz sem que se haja a preocupação com a “colaboração” das partes e dos seus advogados.

No mesmo sentido, pondera Willis Santiago Guerra Filho¹⁰²:

O papel do judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, “la bouche de la loi”, mas sim “la bouche du droit”, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

Nesse sentido, o que se observa, sob a perspectiva da teoria do Estado, é que de acordo com os modelos estatais analisados igualmente podemos identificar três modelos de organização processual principalmente no que se refere ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário, são eles: a) o juiz passivo do Estado liberal; b) o juiz ativo do Estado social e c) *o juiz colaborativo do Estado democrático de direito*.¹⁰³ Descamamos este último. A colaboração enquanto modelo de organização típico do Estado Democrático de Direito, tem por escopo o trabalho em conjunto entre o juiz e as partes¹⁰⁴ uma vez que “cooperar ou colaborar implica agir em conjunto para determinado fim específico”. Por esta razão, é que acordamos com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁰⁵ ao dizer que as partes não colaboram entre si uma vez que “[...] a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração das partes.”

Dessa forma, resta evidenciado que no Estado Democrático de Direito que mais do que prever direitos busca efetivamente assegurá-los e concretizá-los, urge a necessidade de

¹⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 51.

¹⁰³ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 30. Ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243> Acesso em: 30 jul. 2013.

¹⁰⁴ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 128.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 73.

compreender o moderno processo civil que vá além da instrumentalidade, ou seja, a necessária compreensão do processo enquanto um meio de satisfação do interesse público na justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto. Para isso, igualmente é exigido não apenas um juiz ativo no centro da controvérsia, mas também uma participação ativa das próprias partes. Neste momento passaremos a análise da colaboração no processo civil.

1.3 Uma nova fase metodológica: o dever de colaboração no processo civil

O princípio colaborativo ou a noção de dever de colaboração no processo civil está relacionado intimamente com o princípio do contraditório. Explicamos. O princípio do contraditório, além de constituir um dos fundamentos de manifestação do próprio estado de direito, tem íntima ligação com a igualdade entre as partes e o direito de ação. O próprio texto constitucional¹⁰⁶, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, o faz de forma a possibilitar aos litigantes tanto o direito de ação quanto o direito de defesa enquanto manifestações do próprio princípio.¹⁰⁷

Trata-se da *dimensão formal* do princípio do contraditório, ou seja, há uma tendência muito clara de que a atividade estatal que afete o interesse de alguém (seja administrativa, seja jurisdicional) tem que se realizar através do contraditório. É por isso que a Constituição de 1988 garantiu o contraditório, não só na via jurisdicional, mas também no âmbito administrativo. O Estado não pode agir contra alguém sem lhe dar o direito de participar do processo que afete seu interesse. Embora a dimensão formal do princípio do contraditório revele extrema importância, não esgota a garantia do contraditório uma vez que é preciso dominar também o aspecto substancial.¹⁰⁸

Todavia, o princípio do contraditório não se esgota na sua dimensão formal, ou seja, além do cidadão ter o direito formalmente assegurado de participar do processo, a sua participação deve ter o poder de, efetivamente, influenciar o conteúdo da decisão. Trata-se da

¹⁰⁶ “Art. 5^a Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014).

¹⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005. p. 204-205.

¹⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodivim, 2011. v. 2. passim.

sua *dimensão substancial*. A dimensão substancial do contraditório é o poder de influência, ou seja, a participação que é garantida pelo aspecto formal, tem que ser uma participação apta, ao menos teoricamente, a influenciar naquilo que o juiz vai dizer. Tem que ter condições de intervir, de influenciar o convencimento do juiz. É por isso que o direito ao contraditório gera o direito à prova¹⁰⁹ que é consequência do contraditório.

Complementando o exposto, Nelson Nery Júnior¹¹⁰ irá dizer:

O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa.

Perceba que nada adiantaria um contraditório meramente formal sem que fosse dado às partes o poder de interferir na decisão¹¹¹. Assim, a garantia do contraditório se torna inerente as partes litigantes – autor, réu, litisconsortes, oponente, chamado ao processo etc. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo terão o dever de invocar o princípio do contraditório a seu favor. Nesse sentido, o juiz adquire novas feições uma vez que será ele o garante dos litisconsortes a igualdade de tratamento e, conseqüentemente no próprio contraditório. Caberá ao juiz, enquanto sujeito do processo, a promoção da participação das partes de forma ativa, colaborando mutuamente.

A idéia de um processo civil colaborativo não é algo novo, em uma análise principiológica, podemos afirmar que o diálogo processual, garantido pelo contraditório assim como o equilíbrio de posição entre as partes e o juiz é iluminado pela boa-fé objetiva. Já em 1961, Jonatas Milhomens¹¹² apontava que no direito processual os sujeitos do processo devem comportar-se honestamente. Haveria uma presunção de que os sujeitos processuais agiram de boa-fé sendo punida a transgressão do dever de lealdade. Assim as partes e o juiz têm de

¹⁰⁹ NERY JÚNIOR, op. cit., p.71: “O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária.”

¹¹⁰ Ibid., p. 207.

¹¹¹ Compreendendo o contraditório a partir de suas duas dimensões, é possível concluir que aquilo que se chama de garantia de ampla defesa, ou princípio da ampla defesa nada mais é do que a dimensão substancial do contraditório. Não basta ser ouvido. É preciso que se dê ao sujeito os instrumentos para que possa exercer amplamente a sua ampla defesa, que é reforço de poder processual para poder convencer o juiz das suas afirmações. (Cf. DIDIER JÚNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. ed. Salvador: JusPodivim, 2011. v. 2).

¹¹² MILHOMENS, Jônatas de Mattos. **Da presunção de boa-fé no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 64.

cooperar entre si, como se fosse uma comunidade de trabalho, para que o processo chegue ao resultado mais justo possível.

Em 1976, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva¹¹³ difundiu no Brasil ideias alemãs de que a obrigação contratual seria na verdade um conjunto de atos encadeados que visa ao adimplemento. Se a obrigação for compreendida enquanto conjunto de atos encadeados a um determinado fim, estaremos diante de um processo, um processo que quer o cumprimento da obrigação. Hodiernamente, permita-se dizer que a comparação se inverteu. De uma proibição de condutas (litigar de má-fé) se passou a uma exigência de certas condutas (litigar cooperando com a contraparte). O processo passou a ser fonte de obrigações. O objetivo dessas obrigações que se impõem é claro: facilitar à prestação jurisdicional, que é o objetivo de ambas as partes, é como se fosse o adimplemento da obrigação. Isso também é fonte da compreensão de processo como relação jurídica, pois apenas assim se pode pensar em direitos e deveres para as partes, inclusive o dever de colaboração.

Hodiernamente, o Código de Processo Civil (CPC) brasileiro prevê diversos deveres a todos que de qualquer forma participam do processo (art. 14 e seguintes), encampando, no âmbito processual, o princípio da boa-fé objetiva. E de relevo notar que construção do tema do Direito Processual parte do amplo material doutrinário elaborado no Direito Civil.

Dessa forma, o fato de as partes serem parciais e interessadas no resultado da causa não significa que estejam isentas de agir com lealdade e boa-fé. Elas têm o dever de colaborar com o juízo na solução da causa. É nesse sentido que se deve falar em colaboração do ponto de vista da atuação das partes.¹¹⁴

Predominantemente a doutrina¹¹⁵ aponta a existência de quatro deveres ínsitos ao princípio da colaboração no processo civil, são eles: (a) o *dever de esclarecimento*, (b) o *dever de prevenção*, (c) o *dever de auxílio* e o (d) *dever de consulta*.

O *dever de esclarecimento* está relacionado com o dever do magistrado em buscar compreender, perante as partes quaisquer dúvidas quanto as alegações, pedidos ou posições em juízos por elas adotadas. Dessa forma, busca evitar que a decisão seja tomada com falta de informação posto que ausente a verdade dos fatos apurados. Por este raciocínio, é equivocado

¹¹³ SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 5.

¹¹⁴ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 30, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243> Acesso em: 30 jul. 2013.

¹¹⁵ Cf. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009; DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

o magistrado indeferir a petição inicial com base em obscuridade do pedido ou da causa de pedir sem que antes peça esclarecimentos ao demandante.¹¹⁶

Pelo *dever de prevenção*, por sua vez, o juiz tem a obrigação de prevenir as partes quanto a possíveis deficiências ou insuficiências de suas alegações ou pedidos¹¹⁷. Dessa forma, constatada alguma irregularidade processual, estará o magistrado incumbido de apontar o defeito processual bem como dizer de que maneira poderá ser corrigido. Não pode ser inerte diante da falha constatada para depois extinguir o processo sem julgamento do mérito. Se o juiz é o condutor do processo e percebe que tem um defeito que vai comprometer a validade do processo, ele tem que apontar.¹¹⁸

Igualmente o juiz tem *o dever de auxiliar* as partes na superação de eventuais dificuldades que possam obstaculizar ou até mesmo impedir direitos, ou faculdades – tal como ocorre quando uma das partes alega dificuldade na obtenção de determinado documento, neste caso poderá o juiz ordenar sua exibição – assim como no cumprimento dos deveres ou ônus processuais.

Por fim, o órgão julgador *deverá consultar* as partes sempre que logre conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual elas não se pronunciaram, seja porque enquadra juridicamente a situação de forma distinta daquela apresentada inicialmente pelas partes ou até mesmo porque o magistrado deseja conhecer de ofício certo fato que julga relevante para pronúncia da sua decisão. De uma forma ou de outra, o fato é que o dever de consulta tem como contrapartida o próprio direito de participação das partes, conferindo ponto de equilíbrio entre estas e o julgador na organização do processo.¹¹⁹

No entendimento de Giuseppe Tarzia¹²⁰:

A participação no “diálogo” não reclama somente que tenha havido aviso na audiência e conhecimento dos pronunciamentos emitidos pelo juiz, e, portanto, a sua comunicação, quando não tenham sido proferidos na audiência. A extensão ao juiz do princípio do contraditório, pelo menos na sua versão mais moderna, comporta a idéia de obrigação em relação ao próprio juiz – e, para aquilo que nos concerne, especificamente para o juiz da execução – de submeter à discussão previa das partes as questões relevantes

¹¹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 127, p. 77, set. 2005.

¹¹⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 388, p. 301-309, 1997.

¹¹⁸ DIDIER JÚNIOR, op. cit., passim.

¹¹⁹ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 23-36, ago. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243>. Acesso em: 30 jul. 2013.

¹²⁰ TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 74-75, out./dez. 1982.

de ofício, sobre as quais crê necessário dever pronunciar-se (por exemplo, as questões relativas a competência, a jurisdição, e outras das quais se falou acima), atuando dessa forma, a “tutela das partes contra o perigo das surpresas” que parece ser a essência num processo efetivamente dominado pelo princípio que agora se está examinando.

O processo deverá orientar-se pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais, privilegiando tais aspectos em detrimento de um enfoque estratégico ou duelístico. O processo deve estar sintonizado com a ideia de um Estado Democrático de Direito. Deve-se evitar a supervalorização de regras técnicas em detrimento da dimensão humana do processo. Perceba que em um processo colaborativo, temos por escopo evitar decisões-surpresa uma vez que as partes atuam efetivamente na condução da demanda evitando frustração das expectativas e proporcionando maior segurança processual (não engessamento) para que firmem acordos.

Notamos, portanto, a necessidade de fortalecimento dos poderes das partes por meio da participação de forma ativa e leal no processo de formação da decisão. Para isso, o próprio contraditório passa a ser núcleo essencial à participação, ou seja, as partes não podem figurar como meros coadjuvantes, razão pela qual se à parte cabe o direito de pronunciar-se em juízo, de outro lado, teremos um dever correspondente ao juiz em escutá-la. No mesmo sentido, observamos que a boa-fé objetiva processual atua como forma de contribuir para a colaboração processual, isto é, na medida em que impõe comportamentos éticos a todos envolvidos no processo.

Concluindo, em um Estado democrático de direito onde o Estado-jurisdição assume um novo papel, comprometido eticamente com a transformação social, diminuição das desigualdades, efetividade do direito e, conseqüentemente garantidor de uma sociedade verdadeiramente democrática e, sendo o processo civil instrumento hábil a promoção material dessas previsões na mesma medida em que essas previsões norteiam a sua própria condução; não mais podemos pensar em uma ciência processual que não seja comprometida com esses valores. Dessa maneira, pensar o processo civil sob a ótica colaborativa é a via de materialização a fim de que essas previsões não sejam meros anúncios, promessas vazias.

CAPÍTULO 2 ACESSO À JUSTIÇA E JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Los dioses habian condenado a Sísifo a rodar sin cesar una roca hasta la cima de una montaña desde donde la piedra volvia a caer por su propio peso. Habian pensado con algun fundamento que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza.

(Albert Camus. El mito de Sísifo)

Albert Camus¹ utiliza as palavras acima, originariamente, para narrar a obra “O Mito de Sísifo”, ensaio filosófico publicado em 1942. Se obra inaugura a parábola do “herói absurdo” ou “consciente”, neste momento sua utilização como anúncio do segundo capítulo desta pesquisa tem por escopo introduzir a inquietude do estudo do acesso à justiça no âmbito do direito processual inserido no contexto do Estado Democrático de Direito.

Na mitologia, a personagem Sísifo é retratada como mestre da malícia e dos truques que, após ter enganado os deus e a Morte por duas vezes, recebe sua condenação: rolar, por toda eternidade e com suas próprias mãos, uma grande pedra de mármore até o cume de uma montanha, de onde presenciava, logo em seguida, o seu rolamento ladeira abaixo, retornando ao ponto de partida e, assim, revelando que todo o esforço, até então despendido fora em vão.² Durante todo o trajeto da subida, Sísifo, sujeito congnovente, tem a ciência de que inevitavelmente a pedra rolaria para abaixo. Não se sabe ao certo a razão de sua pena, mas ainda assim Sísifo persiste no cumprimento de sua pena. Nos dizeres de Caio Graduque³: “O fato é que seu desprezo pelos deuses, seu ódio à morte e sua paixão pela vida lhe valeram esse suplício indizível, friamente orquestrado pelos deuses, que pensaram, com certa razão, que não há castigo mais terrível que o trabalho inútil e sem esperança.”

Após contemplar a pedra despencando por alguns instantes, Sísifo muito embora revelando um semblante cansado, dominado pelo suor e fadiga do trajeto percorrido, deverá de regressar à planície. É durante esse regresso, que se repete constantemente de forma tão

¹ CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007a. p. 133.

² Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011. p. 32-33.

³ JOSÉ, Caio Jesus Graduque. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo**: Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo, Franca, v. 1, n. 1, p. 14, 2011. Disponível em: < <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

certa quanto a sua desgraça e na qual lhe sobrevém a consciência de sua condição, que o herói absurdo interessa a Camus:

Este mito só é trágico porque o seu herói é consciente. O que seria a sua pena se a esperança de triunfar o sustentasse a cada passo? O operário trabalha todos os dias de sua vida nas mesmas tarefas, e este destino não é menos absurdo. Mas só é trágico nos raros momentos em que se torna consciente. Sísifo, proletário dos deuses, impotente e revoltado, conhece toda a extensão de sua miserável condição: pensa nela durante a descida. A clarividência que deveria ser o seu tormento consuma, ao mesmo tempo, sua vitória. Não há destino que não possa ser superado com o desprezo.⁴

Outrossim, é possível notar, por conseguinte, que a lassidão provoca o próprio movimento de consciência. É na descida da montanha o momento trágico em que Sísifo toma consciência de sua absurda condição. No entanto, a possibilidade de sua vitória reside paradoxalmente na sua lucidez. A consciência de Sísifo faz com que ele seja superior ao seu destino e, por conseguinte, mais forte que a própria rocha. Portador de uma alegria silenciosa, ele sabe que seu destino, criado por si, lhe pertence, que a rocha é sua casa, que é dono de seus dias. Ao perceber que sua vida aparece não sob a forma do rochedo, mas como tudo aquilo que faz o homem superior ao mundo que o cerca, Sísifo sente-se bem e constata que a felicidade reside na luta contra o absurdo.⁵ E aqui reside o seu legado: “A lição de Sísifo é a de que ele no seu trabalho inútil nega os deuses e o seu rochedo.”⁶

A parábola coincide com nossas inquietações ao abordar a temática que segue neste capítulo: acesso à justiça e jurisdição. Assuntos corriqueiros, palavras chaves, soluções aparentemente prontas, essas expressões sejam usadas juntas ou separadamente são recorrentes quando estudamos ou discutimos qualquer questão do processo civil. Tal qual a pena imputada a Sísifo, nós enquanto construtores da ciência jurídica carregamos o desafio de ampliar o acesso à justiça promovendo uma justiça mais justa, eficiente e acessível a todos os cidadãos. Entretanto, constantemente doutrinadores, pesquisadores, usuários do sistema judiciário denunciam que os problemas da prestação jurisdicional ainda perpassam por essas questões. É uma volta secular, um perseguir constante, um fazer inútil ou absurdo tal qual denuncia Albert Camus. Entretanto, ainda assim persistimos, sujeitos cognoscentes que somos na árdua e feliz tarefa de nos debruçar sobre essas questões a fim de transpassar este celeuma.

⁴ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 139.

⁵ BARRETO, 1991 apud GRANDUQUE JOSÉ, Caio Jesus. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. *O Direito Alternativo*. **Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo**. v.1. n. 1. 2011. p. 15. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

⁶ CAMUS, 2007, op. cit., p. 139.

Mar por que essa insistência? Por que perseguir uma causa que, aparentemente, somente se faz repetir nas mesmas problemáticas e discussões apontadas? As respostas às indagações feitas podem ser realizadas de duas formas: a primeira delas se relaciona intimamente com a postura da pesquisadora em relação a esta pesquisa. Para auxiliar na resposta, nos valemos de um conto popular reproduzido por David Sançhèz Rubio⁷, havia um homem que precisava de um terno para uma festa e pediu para um alfaiate costurá-lo. O homem perguntou se o alfaiate poderia costurar o terno mais bonito o que, prontamente foi aceito pelo alfaiate que sem ao menos tirar quaisquer medidas do freguês, prometera em duas semanas entregar o terno pronto. O homem foi embora muito contente e surpreso com tamanha destreza e capacidade do alfaiate em confeccionar a roupa e em duas semanas retornou. Qual não foi a surpresa do homem ao provar o terno e notar que o mesmo não lhe servia. Questionando o alfaiate quanto à roupa, este respondeu ao homem para que não se preocupasse, mas apenas para vestir a roupa e essa se adequaria a ele. O homem vestiu o terno como pode e enquanto o andava na rua, dois amigos o observavam e um comentou com o outro para que observasse aquele homem todo disforme, com problemas físicos; posto que o outro amigo retrucou “certamente, mas que lindo o terno que ele usa”.

A analogia que nos propomos com este relato e que figuradamente releva nossas preocupações, é que quando falamos em acesso à justiça ou em fazer uso da jurisdição enquanto *locus* de efetivação do processo civil, nos parece haver uma fórmula pronta, quase mágica como se o simples pronunciamento dessas palavras já possuísse, por si só, o poder de salvar todos os males e obstacularidades que identificamos. Filiamos-nos ao posicionamento contrário, ou seja, o acesso à justiça e a efetivação de direitos a partir do judiciário não são fórmulas prontas e acabadas, mas construções e, sendo compreendidas enquanto construções estão em constantes mudanças que dependem diretamente dos sujeitos (pesquisadores,

⁷ SÁNCHEZ RUBIO, David. Sobre El concepto de “historización” y una crítica a La visión sobre lãs (de) generaciones de derechos humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH, Cultura Acadêmica, 2011. p. 9-21. Transcrevemos a história na versão original: “Existe una historia popular que, creo viene como anillo AL dedo para expresar mejor esta intuición. Es un relato o cuento sobre un sastre y un traje de La que se puede sacar una moraleja sobre lo que estoy afirmando. Dice así: resulta que un hombre necesitaba que Le hicieran un traje para una boda y acudió a un sastre. Le preguntó si podía hacerle El traje más hermoso y el saastre Le contesto que em dos semanas lo tendría preparado. El hombre se fue muy contento y semanas regresó a La sastrería para comprobar si ya estaba preparado su traje. Efeticvamente estaba presto y dispuesto. El sastre lo saco y El hombre se extrañó porque vio qe La obra têxtil era muy grande y algo amorfa. Tímidamente expresó so contrarietàad porque esperaba algo mejor. El sastre le contesto que no se preocupara, que se lo probara porque ahí iba a comprobar lo bien que Le iba a sentar El traje. El hombre metió una mano, luego outra y al final se enjó el traje como pudo. Salió de la tienda con la ropa nueva puesta. Al rato de ir caminando de manera rara y atípica com la vestimenta recién comprada, dos hombres lo vieron y uno de ellos dijo a su compañero: “mira esse pobre hombre tan deforme y com esos problemas físicos que tiene. Apenas puede andar bien.” El amigo Le constestó: “si es cierto, pero qué Bueno es el sastre quelLe hizo el traje.”

acadêmicos, operadores do direito) que se debruçam constantemente nessa temática. Nesse sentido, retomando as indagações feitas e fornecendo neste momento uma resposta que corresponde aos nossos anseios pessoais, nossa insistência neste estudo está relacionada ao fato de que as temáticas por óbvios não são recentes, porém, é reinventado, reconstruído constantemente, cabendo a nós pesquisadores insistentemente persegui-las para que não deitem em terreno comum.

De outro lado, buscando agora responder às mesmas indagações fundamentadas em dogmas e preceitos jurídicos, nos valem das observações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸, na obra “Acesso à Justiça”, que se dedicam ao estudo do significado de um direito ao acesso efetivo à justiça, a partir da problematização dos seus obstáculos:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, *o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago*. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, agem afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. *A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo*. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe⁹ aponta que os óbices ao acesso à ordem jurídica justa se concentrariam: a) na necessidade do conhecimento exato da realidade social, política e econômica do país com o fim de refletir acerca da “correta estruturação dos Poderes e adequada organização da Justiça” para que se defina uma efetiva “estratégia de canalização e resolução dos conflitos e se organizem convenientemente os instrumentos processuais preordenados à realização efetiva de direitos”; b) a Justiça deverá ser estruturada de maneira a corresponder as exigências dos conflitos; c) a comunidade deverá participar da administração da Justiça e meios alternativos para a solução dos conflitos deverão ser adotados; d) *o aperfeiçoamento do magistrado deve ser constante devendo também eventuais posturas desatualizadas ou desinteressadas por parte dos mesmos serem corrigida afim de que os juízes estejam inseridos na realidade social*; e) eliminação de obstáculos que eventualmente

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 15. (grifo nosso).

⁹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988. p. 128.

possam aparecer de ordem econômica, social ou cultural através da Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação; f) o direito a essa ordem jurídica justa deve ser realizado por meio de instrumentos processuais aptos a promover a realização efetiva do direito.

Para Ada Pellegrini Grinover¹⁰, os elementos destacados como entraves ao acesso à justiça, apresentam-se da seguinte forma:

a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.

Luiz Guilherme Marinoni,¹¹ debruçado sobre a mesma problemática aponta que a dificuldade para o efetivo acesso à justiça reside nos seguintes obstáculos: a) o custo do processo; b) a duração do processo; c) *o problema cultural de reconhecimento dos direitos*; d) questões psicológicas – pessoas desprovidas de recursos financeiros são descrentes em relação à Justiça; e) os litigantes eventuais diante dos litigantes habituais; f) necessidade de reestruturação das categorias do processo civil individual para efetividade dos conflitos coletivos.

Nota-se que de todo o exposto, embora distintos em alguns pontos, os autores mencionados tangenciam seu posicionamento em um mesmo sentido: existem barreiras a serem transpostas para que se possa promover o acesso à ordem jurídica justa. Destacamos¹² no grifo do texto alguns óbices. Nosso intuito neste momento é fazer análise de dois casos práticos que permitirão ilustrar de que forma as barreiras ao acesso à justiça podem ser transpassadas ou dificultadas em situações distintas.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223/69833>> Acesso em: 03 mar 2014.

¹¹ MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 25-27.

¹² Nosso destaque na listagem de Kazuo Watanabe foi *o aperfeiçoamento dos magistrado deve ser constante devendo também eventuais posturas desatualizadas ou desinteressadas por parte dos mesmos serem corrigidas afim de que os juízes estejam inseridos na realidade social*; na listagem de Ada Pellegrini Grinover grifamos *o direito à informação* e, por fim, na enumeração feita por Luiz Guilherme Marinoni chamamos atenção para *o problema cultural de reconhecimento dos direitos*. Nossa escolha não se efetiva de maneira desinteressada com argumento trabalhado neste ponto, os exemplos que desenvolvemos demonstram claramente o rompimento com esses entraves (no primeiro caso) e a edificação dessas barreiras como forma de dificultar o acesso à justiça (no segundo caso).

Aos 21 de Setembro de 2005, o juiz de direito Gerivaldo Alves Neiva, da Comarca de Conceição do Coité, no Estado da Bahia, então atuante no Juizado de Defesa do Consumidor, prolatou sentença nos autos do processo n. 0737/05. O caso tratava de um consumidor que pleiteava o ressarcimento do valor de R\$174,00 (cento e setenta e quatro reais), valor este pago na compra de um telefone celular que, após dois meses de uso não mais funcionou. A assistência técnica autorizada na marca do fabricante atestou que não haveria conserto para o vício apresentado no aparelho. Seria mais uma sentença do juizado especial, não fosse o abandono da linguagem corriqueira dos tribunais, rebuscada por excelência para adotar um diálogo “popular” a fim de que o destinatário da sentença a compreendesse de forma completa. Transcreveremos parte da sentença abaixo. É curioso perceber que, além da particular linguagem utilizada, é possível notar uma preocupação do magistrado em efetivar o direito em questão e driblar as ciladas processuais e procedimentais utilizadas por vezes pelos advogados das empresas a fim de criar obstáculos na solução do conflito:

Diz a Lei que no Juizado não precisa advogado para causas como esta. Não entende seu Gregório porque tanta confusão e tanto palavreado difícil por causa de um celular de cento e setenta e quatro reais [...] Não se importou muito seu Gregório com a situação: um marceneiro não dá valor ao que não entende! Se não teve solução na amizade, Justiça é para isso mesmo!

Está certo Seu Gregório: o Juizado Especial Cível serve exatamente para resolver problemas como o seu. Não é o caso de prova técnica: o telefone foi apresentado ainda na caixa, sem um pequeno arranhão e não funciona. Isto é bastante! Também não pode dizer que Seu Gregório não tomou a providência correta, pois procurou a loja e encaminhou o telefone à assistência técnica. Alegou e provou!

Além de tudo, não fizeram prova de que o telefone funciona ou de que o Seu Gregório tivesse usado o aparelho como ferramenta de sua mercenaria. Se é feito para falar, tem que falar!

Pois é Seu Gregório, o senhor tem razão e a Justiça aí mandar, como de fato está mandando, a Loja Insinuante lhe devolver o dinheiro com juros legais e correção monetária, pois não cumpriu com sua obrigação de bom vendedor. Também, Seu Gregório, para que o senhor não se desanime com as facilidades dos tempos modernos, continue falando com seus clientes e porque sofreu tantos dissabores com seu celular, a Justiça vai mandar como de fato está mandando, que a fábrica Siemens lhe entregue, no prazo de 10 dias, outro aparelho igualzinho ao seu. Novo e funcionando!¹³

Ao nos depararmos com a leitura de parte da sentença, talvez pelo costume a uma linguagem prolixa, pode nos causar espanto tamanha simplicidade com a qual o texto é redigido. Se nos debruçarmos sobre a íntegra da sentença é possível notar a facilidade e

¹³ Disponibilizamos a sentença no ANEXO A – Sentença do processo n.737 de 2005. Cf. NEIVA, Gerivaldo Alves. **Sentença “o celular do carpinteiro”**. 5 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2007/08/processo-nmero-073705-quem-pede-jos-de.html>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

singeleza com as quais o juiz supera cada uma das preliminares de mérito argüidas pelos advogados.

Notamos um exemplo de atuação do jurista que se preocupa não somente com o rigor da técnica, mas, sobretudo, com a concretização da justiça social. Não fosse a capacidade do magistrado em realizar uma leitura do processo sob o prisma da efetividade do direito, dificilmente o mérito da ação teria sido enfrentado.¹⁴

De outro lado, como forma de demonstrar os indícios de uma cultura ou prática jurídica atrelada ao formalismo judicial, citamos julgado¹⁵ realizado também por um Juizado Especial Cível, da Comarca de Rio Negro, Estado do Paraná. Trata-se de Ação de Cobrança cuja sentença é prolatada nos autos do processo n.513/2008, por meio da qual o requerente postulou ressarcimento pecuniário no montante de R\$300,00 (trezentos reais), a título de indenização por danos materiais, referente a estragos provocados em sua propriedade por animais do reclamado. Em sua defesa, o reclamado alegou como preliminar a incompetência do juízo para processar e julgar a causa em razão de sua complexidade; igualmente alegou que o local constituiria território tradicionalmente ocupado e cultivado em regime de faxinal¹⁶, fato este que impediria a existência da propriedade privada do requerente naquele local. A despeito das alegações feitas, a juíza da ação não vislumbrou a complexidade da causa e deu prosseguimento ao feito tendo reconhecido a procedência do pedido da requerente.

É notório que, em ambos os casos, a postura do magistrado foi vital para cada uma das soluções apresentadas: primeiramente observamos uma flexibilização do formalismo jurídico em prol do consumidor enquanto no segundo é possível constatar um engessamento na concretização do direito em razão de uma descontextualização da juíza. Notamos, portanto, a necessidade do aperfeiçoamento constante dos juízes se torna necessária a fim de evitar eventuais posturas desatualizadas, desinteressadas e desconexas da realidade social (como observamos no segundo exemplo).

Incrustado na Constituição da República Federativa do Brasil, o preceito democrático imanta todos os elementos constituintes deste Estado que então se instaura. Dessa forma, não

¹⁴ RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011. p. 38.

¹⁵ **ANEXO B – Sentença do processo n. 513 de 2008.**

¹⁶ Sobre as comunidades tradicionais faxinaenses, conferir: SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel. **A luta por direitos étnicos e coletivos frente à expansão do agronegócio: a experiência das comunidades tradicionais faxinalenses**. 2010. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2010.

podemos idealizar refletir, pensar sobre acesso à justiça que não seja atrelado ao processo civil neste marco temporal erigido pelo Estado democrático de direito. No nosso sentir, muitas vezes a ânsia de depurar o saber científico se distanciou de tal forma a teoria da realidade transformando-as em duas estranhas. Não por outra razão que, ao longo deste trabalho, buscamos sempre contextualizar nossas análises.

Assim, a inquietude despertada por essas questões, alinhada a necessidade de avançar no desafio da promoção do acesso à justiça, nos motiva a analisar em um primeiro momento o acesso à justiça *per si* para posteriormente analisá-lo de forma contextualizada ao processo civil e a própria ordem constitucional de 1988. Posteriormente, nosso enfoque passará a ser a própria jurisdição, arena de prestação da tutela processual e efetivação de direitos.

2.1 O Direito na perspectiva social: premissas para uma justiça efetiva

Os debates acerca da ciência jurídica e do próprio Direito são portadores de uma perspectiva sociológica deste último, ou seja, de uma perspectiva que explicitamente tematiza as articulações do direito com as condições e as estruturas sociais em que opera. O debate sem dúvida mais polarizador é o que opõe aqueles que defendem uma compreensão do direito enquanto variável dependente, nos termos do qual o direito deve limitar a acompanhar e incorporar os valores sociais e os padrões de conduta espontânea e paulatinamente constituídos na sociedade, e os que defendem uma concepção do direito enquanto variável independente, nos termos da qual o direito deve ser um ativo promotor de mudança social tanto do domínio material como no da cultura e das mentalidades.

Para Boaventura de Souza Santos¹⁷:

O mesmo se pode dizer quanto ao debate oitocentista sobre o direito no âmbito da sociologia emergente. Se é certo que se acorda em que o direito reflete as condições sociais prevalecente e ao mesmo tempo atua conformadoramente sobre elas, o debate polariza-se entre os que concebem o direito como o indicador privilegiado dos padrões de solidariedade social, garante da composição harmoniosa dos conflitos por via da qual se maximiza a integração social e realiza o bem comum, e os que concebem o direito como expressão última de interesse de classe, um instrumento de cominação econômica e política que por via da sua forma enunciativa (geral e abstrata) operar a transformação ideológica dos interesses particularísticos da classe dominante em interesse coletivo universal [...].

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 124.

No que respeita ao primeiro, o direito vivo¹⁸, é central a contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais pela qual se regem os comportamentos e se previne e resolve a esmagadora maioria dos conflitos. No que se respeita ao segundo, a criação judiciária do direito, é ainda a mesma visão fundante que dá sentido à distinção entre normatividade abstrata e a normatividade concreta e conformadora da decisão do juiz¹⁹.

A análise desenvolvida tem sua razão de ser na medida em que este trabalho se desenvolve pautado na concepção do Direito enquanto instrumento promotor da justiça social. Nesse sentido, o estudo do processo civil, do acesso à justiça e da própria jurisdição que passam a serem realizados nos itens seguintes, igualmente são imantados por esse preceito. Não nos faz sentido falar na construção na construção de um processo civil que não seja pautado pelo maior envolvimento e participação dos cidadãos, seja individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; sem que haja simplificação dos atos processuais e incentivo à conciliação das partes etc., adiantando nossa análise, é possível perceber que as mudanças propostas no novo Código de Processo Civil igualmente são influenciadas por esse entendimento assim como pela própria democratização do acesso à justiça.

Propugnando por uma justiça social, podemos afirmar que, no âmbito do processo civil, a temática do acesso à justiça é aquele que mais equaciona uma igualdade jurídico-formal com a desigualdade socioeconômica constata no plano da concretude. Daí a constatação de que a tramitação processual não pode ser reduzida tão somente a sua dimensão técnica, socialmente neutra, devendo investigar as funções sociais por ela desempenhadas. Isso porque a discriminação do acesso à justiça é fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer. Para além das condicionantes econômicas, é corriqueiro deparar com condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar.

Neste momento, depois de estabelecido o paradigma do Direito pautado na solidariedade social, nosso estudo se restringe para adentrar na análise normativa do Estado democrático de direito.

¹⁸ Sobre direito vivo Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. passim.

2.2 Estado democrático, processo civil e acesso à justiça: uma convergência necessária

A fim de potencializar o estudo do acesso à justiça e de analisá-lo enquanto contexto apto a proporcionar as mudanças propostas pelo projeto de novo Código de Processo Civil especificamente no que se refere à análise dos precedentes judiciais, identificaremos neste momento a convergência necessária entre Estado democrático de direito e processo civil para promoção do acesso à justiça.

Eduardo Galeano²⁰, em sua obra “*Ser como ello y otros artículos*”, utiliza a fábula dos cegos e do elefante para tratar do tema da fragmentação ou setorização do estudo enquanto conhecimento universal, único e hegemônico. O autor conta história de três cegos que estavam diante de um elefante e cada um apalpou uma determinada e diferente parte do animal, diante da experiência individual cada qual obteve conclusões distintas: o primeiro, ao apalpar o rabo, afirmou tratar-se de uma corda; o segundo, apalpando a pata, afirmou estar diante de uma coluna; o terceiro, tocando o corpo, julgou estar diante de uma parede. Diante desta metáfora, é possível perceber que o sujeito ante um mesmo objeto, mas analisando-o sob diferentes enfoques isoladamente perceberá diferentes conclusões, conclusões esta que nem sempre irão refletir a totalidade do objeto observado. Dessa forma, nossa análise do acesso à justiça não será feita isoladamente, enquanto mera descrição de conceitos e identificação da problemática. Desejamos, para além de uma análise objetiva, propor uma reflexão contextualizada.

É preciso ter em mente que as transformações observadas anteriormente no Estado democrático de direito não são resultados isolados tal quais aqueles que podemos observar diante de um compartimento estático e isolado ao realizar uma experiência científica, de coleta de dados, por exemplo. Antes, toda evolução e transformações sentidas na sociedade são refletidas na forma de construção, organização e composição estatal. Nesse contexto, igualmente como já exposto, o próprio processo passa por uma transformação. Transformação esta que é claramente identificada nas suas mais diversas fases processuais: inicialmente, para se firmar como ciência impar (fase autonomista), e, posteriormente (fase instrumental), sob a perspectiva publicista do processo, ponderar sua serventia para além da técnica, instrumentalizando a atuação do próprio Estado no intuito de promover a pacificação social.

O processo civil, compreendido enquanto um valor cultural, não pode escapar – e nem deve – a compreensão do desenvolver histórico. Os valores se expressam por meio de formas,

²⁰ GALEANO, Eduardo. *Ser como ello y otros artículos*. Buenos Aires: Sigilo Veintiuno, 2010b. p. 12.

que por sua vez se encontram inseridas dentro de marcos temporais, conformando a própria consciência predominante em cada época. Por esse raciocínio, podemos afirmar que a própria teoria do processo é reflexo de uma ideia predominante em uma determinada época.²¹

O presente trabalho estabelece como uma de suas premissas metodológicas a compreensão do processo na sua vertente constitucional, é dizer de maneira simplificada, que são as próprias normas constitucionais que irão delinear as linhas mestras da Teoria do Processo. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni²²: “[...] trata-se de uma ‘tutela constitucional do processo’, que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais dos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais.” A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição. Em suma, não se pode pensar no processo na ausência da luz constitucional. Dessa maneira, é possível observar que a teoria do Estado e o direito constitucional passam a compor a moderna processualística.

Nesse sentido, a temática do acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. É que o tema do acesso à justiça trabalha a teoria do processo a partir da ideia de Democracia Social. O acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta pela Democracia Social.

2.2.1 Ondas renovatórias do acesso à justiça²³

A busca pelo acesso à justiça rápida e imparcial é ideal perseguido há muito pelo homem, podendo, inclusive, remontar à Antiguidade, época em que a preocupação sobre a aplicação da Justiça consistia em objeto especulativo da Moral e da Ética. Também encontramos registros na *Magna Carta*, de João Sem Terra (1215), quando então se reivindicava a garantia de direitos individuais frente ao Estado absoluto. No entanto, o conceito de direito de acesso só pode ser compreendido efetivamente a partir da criação do

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. passim.

²² Ibid.

²³ Originalmente publicado: GROSSI, Naiara Souza; CORONA, Roberto Brocanelli. Valore della causa minor vs complessità: scontri per l'accesso alla giustizia in particolare giudice civile. **Diritto & Diritti**, Ragusa, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/31879-valor-da-causa-versus-menor-complexidade-embate-pelo-acesso-justi-a-nos-juizados-especiais-c-veis>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Estado de Direito, ocorrida no contexto da Revolução Francesa (1789), e mais especificamente a partir da inserção de direitos humanos fundamentais dentro dos sistemas jurídicos e, notadamente, a partir de sua previsão constitucional.

Iniciando com o direito romano e perdurando até o final do século XIX, o Direito viveu um período que encarou o processo como mero procedimento ou sucessão de atos, enquanto a ação consistia em extensão do direito material lesado. Confundia-se os planos material e substancial, em fase processual denominada *sincretica ou civilista processual*. Posteriormente, na Alemanha de 1868, Oskar Von Bülow inaugurou o *processualismo científico*, que propugnou pela autonomia do processo em relação ao direito material, seguindo tendência francesa que, sob inspirações napoleônicas, já havia promulgado sua legislação processual autônoma no início do século. Trata-se da fase autonomista, que se fundamenta na separação das relações jurídico- material e processual.

A partir da metade do século XX, surge na Itália uma nova etapa dessa evolução, como reação ao excesso de autonomia atribuída ao processo. É o *instrumentalismo processual*²⁴ que atribui funcionalidade ao processo, determinando uma meta específica a ser cumprida, qual seja: a efetividade do direito material envolvido, não podendo suas formas solenes prevalecer em detrimento do direito substancial da parte, sob pena de inviabilizar o acesso à justiça.

O acesso à justiça como direito fundamental é fenômeno de reconhecimento recente, surgido na década de 60 na Europa. Em 1978, Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁵ concluíram o relatório do *Florence Project*, financiado pela *Ford Foundation*, no qual questionam o significado do direito de acesso a partir dos obstáculos que podem e devem se atacados para possibilitar a efetivação da Justiça. Os estudiosos identificaram que tais obstáculos do direito de acesso são interrelacionados, e repousam em fatores de natureza econômica (pobreza,

²⁴ A noção de processo como instrumento de efetiva atuação do direito material, instrumento que visa a produção de resultados concretos e legítimos no plano social, é uma noção que transcende as construções meramente formais do pensamento jurídico, cuja tradição idealista é um poderoso obstáculo à efetiva inserção do processo na realidade sócio-histórica. O saber e o fazer processuais, tradicionalmente forjados no formalismo burocrático, se desvincularam das bases concretas da realidade e nunca tiveram muita clareza sobre as finalidades do processo nem grande preocupação com a efetividade de seus resultados. A ciência processual do período formalista sempre se satisfaz com o conhecimento e a aplicação meramente abstrata e formal do direito, jamais se colocou o problema da efetividade do processo ou de seus aspectos ético-políticos, como se faz agora no estágio da instrumentalidade. (MACHADO. Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007. p. 45).

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11-15. “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

acesso à informação e representação adequada), organizacional (interesses de grupo de titularidade difusa) e procedimental (instituição de meios alternativos de resolução de conflitos). Uma vez identificados os problemas, os estudiosos indicam as soluções práticas que seriam proposições básicas aplicáveis nos países ocidentais.

Será ainda por meio do estudo balizado do italiano Mauro Cappelletti em conjunto com Bryant Garth.²⁶, que classificará em “ondas” o despertar para o acesso à justiça, que poderá se observar a denúncia de que mais importante do que a classificação dos direitos massificados é a sua concretização. Dessa forma, a primeira contribuição ou primeira onda, consistiria na criação de meios de assistência judiciária gratuita para os necessitados. No Brasil, este processo é inaugurado pela Lei n. 1.050/65, passando posteriormente para as iniciativas com convênios firmados entre o Estado e as faculdades de ensino jurídico, a Ordem dos Advogados do Brasil culminando na criação da Defensoria Pública.

A segunda onda renovatória representou as criações legislativas que disciplinam e tutelam a defesa dos interesses transindividuais. Tradicionalmente, o processo foi concebido como meio hábil a solucionar conflito binário, ou seja, conflito que dizia respeito somente entre duas partes interessadas. Será somente com a previsão de direitos que extrapolam a esfera da individualidade que passaremos a falar em segunda onda. Assim, são os direitos metaindividuais, juntamente com a possibilidade de, mediante normas de legitimidade e procedimentabilidade próprias, que se torna possível demandas processualmente e conseguir alcançar tutela coletiva.

Por fim, a denominada terceira onda é denominada por Cappelletti e Gath como “enfoque de acesso à justiça”. Aqui estariam incluídos a advocacia judicial e extrajudicial, construídas com o auxílio da comunidade, instituições e de mecanismos destinados a buscar conciliações em etapas preventivas à judicialização. Independentemente da conquista ou não de resolução desta etapa conciliatória, mesmo a competência para processar e mais rapidamente julgar os litígios e conflitos ficariam resididos nestas esferas de atuação,

²⁶ Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘*enfoque de acesso à justiça*’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 31. grifo do autor).

complementadoras das duas primeiras anteriores, na construção do acesso ao judiciário e a própria justiça.²⁷

No entender de Paulo César Bezerra²⁸, o acesso à justiça representa um problema ético-social. Para o autor, sua concepção não estaria restrita unicamente ao acesso ao judiciário, representando verdadeiramente um direito social em conexão com a questão ética do preceito. Assim o acesso à justiça não deveria ser compreendido apenas enquanto “[...] um direito dos pobres, dos excluídos e dos desvalidos [...]”, mas sim enquanto um direito de todos; dispensando-se e garantindo aos mais abastados a mesma garantia que os ricos possuem. Defende ainda, a idéia de que o acesso à justiça se apresenta enquanto um direito ao mesmo tempo ético e social cujo problema reside na própria concretização deste direito. Notamos que para o autor há uma nítida descrença na via judicial enquanto meio hábil a promover mudança.

Adotamos posicionamento diametralmente oposto. Compreendemos que a via judicial é sim meio apto a proporcionar melhoria para os problemas da sociedade e para as necessidades das pessoas. Por óbvio que não acreditamos ser o judiciário único meio disposto a solucionar as mazelas humanas, tal qual uma panacéia para todos os males da sociedade. Entretanto, será por meio do processo judicial que a possibilidade de alcançar a realização dos fins e objetivos do Estado, anunciados nos preceitos jurídicos e constitucionais, torna-se possível.

2.2.2 O desafio do acesso à justiça

A necessidade de tornar a justiça acessível a todos é uma importante faceta de uma tendência que marcou os sistemas jurídicos mais modernos deste século. A relevância é tamanha que, quando observamos as constituições ocidentais mais progressistas do século XX, é possível evidenciar determinadas características que revelam o esforço em integrar as liberdades individuais tradicionais – incluindo aquelas de natureza processual – com as garantias e direitos sociais, essencialmente destinados a tornar as primeiras a todos acessíveis e, por conseguinte, a assegurar uma real, e não meramente formal igualdade perante a lei.²⁹

²⁷ VIEIRA, André Luiz Valim. **Direito social à alimentação: tutela jurisdicional e efetividade do direito fundamental**. 2012. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012. p. 244-245.

²⁸ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 242.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

Muito embora a problemática do acesso a uma *ordem jurídica justa*³⁰ já se fizesse sentir no início deste século, a exigência de um aprofundamento reflexivo sobre a questão somente se faz perceber no pós-guerra. Isso porque será nesse contexto histórico que os chamados “novos direitos” irão eclodir, sendo consagrados constitucionalmente e, com isso, o direito de acesso à justiça passa a ser um verdadeiro instrumento de sua garantia. Para Boaventura de Souza Santos, uma vez ausentes os mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os direitos sociais e econômicos se tornariam meras declarações políticas com conteúdo e função mistificadores.

Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar se as funções sociais por ela desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou, mesmo, antagônicos.³¹

A temática do acesso à justiça, sem dúvida, está intimamente ligada à noção de justiça social. Podemos até dizer que “o acesso à justiça” é o “tema-ponte” a interligar o processo civil com a justiça social. Tal perspectiva, porém traz à tona, ainda, a desmistificação da neutralidade ideológica do juiz³² e do processualista. O juiz e o processualista, se um dia realmente se pensaram ideologicamente neutros, mentiram a si próprios, pois a afirmação de neutralidade já é opção ideológica do mais denso valor, a aceitar e a reproduzir o *status quo*. Por isso é necessário deixar esclarecido que o tema do acesso à justiça, a permear o processo civil, é opção ideológica desmistificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática.³³

Dessa forma, é preciso ter em mente que estudar o direito processual civil por meio da perspectiva do acesso à justiça faz aflorar toda uma problemática que se encontra inserida em um contexto social e econômico. Outrossim, justifica-se a necessidade do processualista socorrer-se de outras ciências e de dados estatísticos, a fim de compreender as causas de expansão da litigiosidade e os modos de solução e acomodação.

³⁰ A expressão é cunhada por Kazuo Watanabe que afirma ser o acesso à justiça um direito do consumidor uma vez que uma se trata de uma justiça inserida e comprometida com a realidade social do seu país. Para o autor a expressão “acesso à justiça” pode dar a falsa ideia de restrição ao acesso aos órgãos judiciais, preferindo a terminologia *acesso à ordem jurídica justa*, pois se trata de proporcionar mais do que simplesmente o acesso à Justiça enquanto órgão estatal. (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988. p. 134.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 54.

³² Cf. GROSSI, Naiara Souza. A flexibilização do papel do magistrado nas sociedades de massa a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2799, 1 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18599>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

³³ MARINONI, 1996, op. cit.

Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni³⁴:

O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social; de convencer-se, ainda, de que não somente os órgãos judiciais tradicionais têm condições para solucionar os conflitos de interesses.

O construtor jurídico³⁵, por sua vez, tem o dever de imbuir-se da mentalidade instrumentalista, já que falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa como diz Cândido Rangel Dinamarco³⁶, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Melhor é falarmos, então, em acesso à ordem jurídica justa, acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa ainda acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável; responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado. É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que têm vários fins.³⁷

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22.

³⁵ No presente trabalho adotamos uma visão constitucional do processo. Ao longo do trabalho permeamos esta visão e buscamos deixar claro, por respeito ao leitor, que a adoção deste paradigma e dos seus conseqüentes cortes temáticos são uma opção metodológica nossa a fim de observar o avanço proposto pelo projeto de novo Código de Processo Civil no que se refere a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais (objeto desta pesquisa). Dessa forma, acreditamos que para além do apoio em doutrinadores que compartilham deste posicionamento, a nomenclatura na redação da Dissertação se faz igualmente importante em alguns momentos a fim de ressignificar estruturas. Este é um caso. Comumente encontramos a referência “operadores jurídicos”, preferimos a redação “construtores” por acreditar que o Direito não é estático e manuseável tal qual uma máquina, mas sim produto de uma construção constante.

³⁶ “Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 434).

³⁷ MARINONI, 1996, op. cit, p. 22-23.

Dessa forma, percebemos que a questão do acesso à justiça exige, antes de tudo, uma mudança de mentalidade, ou seja, a justiça deve ser pensada na perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional. Na atualidade, a perspectiva que prevalece ainda é a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois, “[...] como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos, predominando a ética da eficiência técnica, e não a da equidade e do bem-estar da coletividade.”³⁸

Nesse diapasão, torna-se necessário que a jurisdição e o tema do acesso à justiça passem a ser focalizados com base nas linhas do próprio Estado democrático de direito. Isto é, a jurisdição deve visar à realização dos próprios fins do Estado; fins que tomam a liberdade e a igualdade em termos que diferem amplamente daqueles que influenciaram as mais prestigiadas teorias sobre a jurisdição. O acesso à justiça, por sua vez, deverá objetivar a superação das desigualdades que impedem o seu acesso, bem como a participação através do processo mediante paridade de armas, inclusive a participação do cidadão na gestão do bem comum, ponto, esse último, que também está entre os escopos da jurisdição.³⁹

2.3 A Jurisdição no Estado Democrático de Direito

Dessa maneira cantavam belíssima. Mui desejoso de as escutar, fiz sinal com os olhos aos sócios que as cordas me relaxassem; mas eles remaram bem mais ardorosos. Alçam-se, então, Perimedes e Eurícolo e deitam-me logo novos calabres, e os laços e as voltas mais firmes apertam. Mas, quando essa ilha, na viagem, deixamos ficar bem distante, sem mais ouvirmos a voz das Sereias e o canto mavioso, meus companheiros queridos tiraram depressa do ouvido cera ali por mim posta e dos laços, por fim, me livraram.

Odisséia. Homero.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a construção de um modelo normativo que prevê um extenso rol de direitos e garantias fundamentais – que urgem por efetivação – além de uma série de objetivos que deverão pautar a própria concretização do

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22-23.

³⁹ Ibid. passim.

chamado Estado democrático de direito brasileiro.⁴⁰ Esses enunciados, somados a um superlativo mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, consagrou a nova carta política como uma verdadeira fonte de esperança por novos dias de justiça social à nossa população.

Assim, se é possível observar anteriormente previsões constitucionais conquanto meros enunciados formais e dependentes de prestações positivas por parte do poder público, a partir deste novo modelo estatal torna-se crescente o socorro à tutela jurisdicional⁴¹ como meio para efetivação de direitos. Denota-se ser esta a principal característica do Estado Constitucional, e que, a partir do Estado democrático de direito, torna-se ponto fulcral, na medida em que a própria Constituição passa a ser a forma privilegiada de se instrumentalizar a ação do poder público na consecução do desiderato do texto constitucional, compreendido na sua totalidade dirigente-principiológica. Em outras palavras, o Judiciário passa a fazer parte da arena política – uma alternativa na conquista das promessas da modernidade.

José Eduardo Faria⁴², ao trabalhar com o conceito de mito irá esclarecer que se trata de um processo de compreensão do mundo que reflete um cenário imaginário, quando não utópico, em que há a reprodução de falas, atos, personagens potencialmente exacerbados provocando o aparecimento de uma falsa ideia, ilusória, delirante, irreal. Para o autor ainda, será graças aos mitos que a aparente conciliação entre as contradições sociais serão possíveis, isso porque essas intempéries serão projetadas em uma “[...] dimensão harmoniosa de essências puras, relações necessárias e esquemas ideais, aos quais se deve forçosamente aderir.”

⁴⁰ Esses objetivos a caracterizam como uma “Constituição Dirigente” enquanto dispõe sobre elementos normativos que vinculam o legislador ordinário à efetuação de políticas públicas que caminham na linha da transformação social, indo muito além da mera organização do Estado e da Administração Pública. Diferentemente de uma “Constituição Garantia”, que nas palavras de Gilberto Bercovici “[...] não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo, não com o procedimento das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável.” (BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 36, n. 142, p. 55, abr./jun. 1999).

⁴¹ O modelo de jurisdição constitucional de tipo concentrado, segundo o qual a tutela jurisdicional é acionada para guarda da Constituição, foi consagrado na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoando-se em 1929, quando se atribuiu ao Tribunal Constitucional o controle especializado e concentrado dos atos de governo e das leis. Este protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição foi obra de Hans Kelsen, quando de seu embate teórico com Carl Schmitt durante a República de Weimar, em 1931. (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32).

⁴² FARIA, José Eduardo. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. In: _____. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988b. (Roberto Lyra Filho. Pensamento crítico no direito). p. 51.

No desenvolvimento deste tópico, interessa-nos trabalhar a partir do ponto de vista político do mito. A clarificação do conceito é realizada por Faria⁴³ ao esboçar que:

[...] têm uma função eminentemente socializadora: seu papel é o de pacificar as consciências e neutralizar sua reflexividade mediante o esvaziamento e a cristalização do real, levando os homens a aceitar passiva e conformadamente uma situação que lhes foi imposta socialmente.

No cenário latinoamericano, especificamente no Brasil, é latente a compreensão e, cada vez mais fortalecida, a ideia do judiciário enquanto palco para solução de litígios e efetivação de direitos. Não obstante ser objeto do desenvolvimento deste trabalho a análise do judiciário enquanto arena propícia a concretização de direitos fundamentais, é imperioso tecer a crítica de que muito embora seja crescente a ideia de “judicialização dos conflitos sociais” este palco (qual seja, o poder judiciário) não é o único propício e, até mesmo em alguns casos, o meio ideal⁴⁴, à resolução e consolidação de direitos, é dizer de outro modo, que o poder judiciário constitui “um” dos meios de assegurar direitos, porém, não “o” único.

Ainda analisando *a conflituosidade social e os meios de resolução de conflitos*, Boaventura de Souza Santos⁴⁵ irá descrever um estudo por ele realizado na década de 70 nas favelas do Rio de Janeiro, por meio do qual foi possível asseverar a existência de um direito informal, não oficial, não profissionalizado, desenvolvido no interior destes mesmos bairros urbanos centralizado na Associação de moradores que funcionava como instância para resolução de conflitos (os litígios versavam, preponderantemente, sobre lides entre vizinhos e disputas de terra). Outrossim, o desejo é evidenciar sob o ponto de vista da sociologia jurídica, que “[...] o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito” e que “[...] embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos”.

⁴³ FARIA, José Eduardo. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. In. _____. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988b. (Roberto Lyra Filho. Pensamento crítico no direito), p. 51.

⁴⁴ Em palestra proferida no evento “Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil”, Franca, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 3 mai. 2012, na mesa de debates “Constitucionalidade e interesses políticos e sociais envolvidos nos programas normativos do NCPC”, o mestre Antônio Escrivão Filho e a professora da USP-RP Fabiana Severi citaram como exemplo o caso Pinheirinho onde no dia 22 de janeiro de 2012 houve uma ordem de reintegração de posse da área onde viviam mais de 8 mil pessoas (cerca de 1500 famílias). Esta ordem foi expedida pela justiça estadual e foi cumprida com enorme violência pela polícia militar. Este é um clássico exemplo de conflituosidade social que deságua no judiciário, porém, que não tem sua solução findada neste poder mas sim, iniciada.

⁴⁵ Acerca do estudo realizado pelo autor: Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Este conjunto de articulações e interrelações entre vários modos de produção do direito constitui o que designo por formação jurídica. Em segundo lugar, o relativo declínio da litigiosidade civil, longe de ser indício de diminuição da conflituosidade social e jurídica, é antes o resultado do desvio dessa conflituosidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade.⁴⁶

Neste sentido, é justificada nossa escolha na descrição literária trazida originariamente por Homero, no poema épico grego *Ilíada*⁴⁷, no início deste tópico, que retrata ao acontecimentos ocorridos durante o fim da Guerra de Tróia. O excerto diz respeito ao retorno de um dos personagens da obra, *Odisseu*, e sua tripulação da ilha de *Cirne*, quando então é alertado pela deusa sobre os perigos que enfrentará ao passar pelas sereias – descritas como criaturas com cabeças e vozes de mulher e corpo de pássaros. Desta forma, e para que não fosse atraído pelo cântico das sereias ao fundo do mar onde morreriam afogados, Odisseu instrui os seus homens tripulantes a tamparem os ouvidos com cera e, ao mesmo tempo, pede para ser amarrado no lastro da nau com laços fortes para não se soltar. Somente Odisseu poderia ouvir os cantos das sereias sem, todavia, se render a eles.

Da mesma forma que as sereias por meio do seu canto encantador atraía os navegadores para o mar desconhecido, o judiciário, por vezes, nos atrai demonstrando ser aparentemente a única arena salvatória e resguardora de toda prestação jurisdicional. É preciso ser cauteloso, entretanto, isso porque além de não ignorarmos outras arenas – sejam elas informais ou não – na resolução de conflitos, não colocamos o judiciário como intocável, ou seja, como meio institucional perfeito e imutável apto a solucionar todas as mazelas da sociedade. Temos plena convicção que o jurista de hoje não é o mesmo de ontem, o homem dos tempos atuais não é o mesmo de outrora tão menos a sociedade que o circunda. É como a ideia filosófica de Parmênides de Elia “[...] quanto ao homem e ao rio onde aquele se banha serve muito fielmente a representar, metaforicamente, a sucessividade da vida humana e mais especificamente as perspectivas de modificação [...]”⁴⁸ sejam elas relacionadas aos seres animais, reinos, espécies quanto às instituições.

Nossa análise permeará neste sentido, ou seja, a medida que presenciamos em nossos dias cada vez mais, nítidas e sensíveis formas de comunicação, de relacionamentos, trabalho

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. 1989. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. p. 123.

⁴⁷ HOMERO. **Ilíada**. Tradução de Manoel Odorico Mendes. Rev. Atual. Sálvio Nienkötter. Disponível em: <iliadadeodorico.wordpress.com>. Acesso em: 13 fev. 2014.

⁴⁸ VIEIRA, André Luiz Valim. **Direito social à alimentação: tutela jurisdicional e efetividade do direito fundamental**. 2012. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012. p. 44.

etc., compreendemos novas fórmulas de compreender o mundo, a própria sociedade. Da mesma forma, não podemos ignorar essas mudanças diante do Direito, do processo e da própria justiça. Demonstraremos neste momento como essas alterações ressignificam verdades anteriores, conceitos pré-formulados, paradigmas dominantes a fim de atender os anseios dos próprios componentes.

2.3.1 As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais⁴⁹

O qualitativo “democrático” atribuído ao Estado de Direito brasileiro a partir do marco constitucional de 1988 traz, como principal consequência, a superação das exigências percebidas nos modelos estatais anteriores. Direitos e liberdades fundamentais historicamente conquistados, passam a integrar a práxis política dos poderes públicos no sentido de que suas garantias sejam efetivamente asseguradas com fulcro em uma modificação profunda na estrutura econômica e social. Destarte, a noção de Estado Democrático de Direito está, indissociavelmente, atrelada à realização concreta dos direitos fundamentais.⁵⁰

Por outro prisma, como analisado anteriormente, se as previsões constitucionais antes eram anunciadas apenas em caráter meramente formal, dependendo da prestação positiva do poder público, agora passam a ser objeto de tutela jurisdicional. Apresenta-se então, a principal característica do Estado Constitucional, e que, a partir da erigição do Estado Democrático de Direito brasileiro, torna-se objetivo primordial, na medida em que a própria Constituição Federal de 1988 revela-se ser uma forma privilegiada de se instrumentalizar a ação do poder público para consecução de seus próprios fins. Em outros dizeres, o poder judiciário passa a compor a arena política configurando uma alternativa na conquista das promessas da modernidade.

Nesse sentido, é necessário neste momento investigar o poder judiciário frente às mudanças operadas pelo novo modelo estatal brasileiro, qual seja o Estado Democrático de Direito, erigido a partir da Constituição Federal de 1988. Destacaremos ainda os contornos que a utilização da via judiciária para efetivação dos direitos fundamentais (e para a própria

⁴⁹ Originariamente publicado. Cf. GROSSI, Naiara Souza; MANIGLIA, Elisabete. As transformações do poder judiciário em face de suas responsabilidades sociais. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 137, v. 12, p. 30-36, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/16323/9875>>. Acesso em: 26 mar 2014.

⁵⁰ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 37.

concretização da democracia), tudo como forma de comprovar qual o contexto que fomentou a proposta do projeto para um novo Código de Processo Civil.

Conforme vimos, é possível identificar historicamente uma paulatina mutação na estrutura organizacional jurídico-política dos modelos estatais⁵¹. Inicialmente concebido na forma Liberal de Direito, passando pelo Estado Social de Direito até atingir o formato que hoje conhecemos pelo Estado Democrático de Direito. Primeiramente, o Estado Liberal de Direito (construído a partir das Revoluções Francesa e Americana do século XVIII), institucionalizou o triunfo da burguesia e suas práticas comerciais sob as elites aristocratas, momento em que o Estado adquire feições abstencionistas (de prestação negativa), ou seja, a auto-regulação do mercado e economia imantam a regulação do próprio Estado que assume posição garantidora exclusivamente das liberdades individuais, traduzidos nos direitos humanos fundamentais de primeira geração.⁵² Assim surge o normativismo positivista de Hans Kelsen⁵³, que ao tentar acalmar os ânimos da ciência com sua Teoria Pura do Direito, restringindo epistemologicamente seu objeto de estudo na norma e da lei, acaba por ter sua teoria desvirtuada, havendo grande equívoco que sobrevive até os dias de hoje quando não raro equipara-se por vezes Direito e norma ou Direito e lei.

Outrossim, o Estado Social de Direito irá formalizar o capitalismo maduro, superando a postura inerte e abstencionista, inaugurando um período de intervenção nas relações econômicas da sociedade civil de modo que suas prestações positivas converteram-se em elemento crucial na produção e distribuição dos bens do capital.⁵⁴ Surgem assim, os chamados direitos humanos fundamentais de segunda geração, traduzidos pelos direitos sociais. As atrocidades da segunda grande guerra trazem um imperativo ético negativo, ou seja, passa-se a vivenciar um sentimento que segundo Theodoro Adorno⁵⁵, é traduzido por uma ética negativa: muito embora não se soubessem o que era desejável era necessário utilizar-se de todas as armas para que os horrores de Auschwitz não se repetissem. Eleva-se assim, como

⁵¹ No Capítulo 1 analisamos os reflexos da concepção do processo civil a partir de cada modelo estatal contemporâneo. A análise foi feita pautada na concepção de que o direito processual civil é fruto das mudanças sócio-culturais e históricas ocorridas na sociedade em determinadas épocas. Trata-se de verdadeira reação em cadeia, ou seja, os aspectos sócio-culturais da sociedade se alteram em momentos históricos distintos, o que por sua vez justifica o modo de compreensão, formação e organização estatal; sendo o direito processual civil ramo da própria estrutura do Estado (compreendido enquanto processo constitucional), as mesmas influências perpassaram por ele. Pois bem. Este raciocínio também se estende à própria jurisdição. Não nos interessa neste momento a análise detalhada posto que já realizada anteriormente, por esta razão apenas retomamos as principais características neste item.

⁵² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 36.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 97.

⁵⁴ STRECK, 1999, op. cit., p. 37.

⁵⁵ ADORNO, Theodor W. **Dialectica negativa**. Tradução de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005. p. 334.

máxima categoria, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilitando a todos, indistintamente, condições de desenvolver suas potencialidades em sociedade, de (res) significação do homem (sujeito) em comunidade, que não será mais visto enquanto coisa, mas sim pessoa, não podendo nunca ser utilizado como meio porquanto se traduz em um fim em si mesmo, vedando, portanto, sua instrumentalização.

Este movimento teórico ficou conhecido como nova hermenêutica constitucional ou neoconstitucionalismo. O Direito passa a ser concebido antes de ser norma e lei, como valor. Segundo Cademartori, citando Pérez Luño⁵⁶, o que difere o Estado Liberal Clássico do que ele denomina de Estado Constitucional é um tríptico deslocamento do papel das normas constitucionais e infraconstitucionais, a saber: a) deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; b) deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional; c) deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade.

Esse processo de constitucionalização do Direito cede espaço a embates teóricos e filosóficos de grande relevância. O primeiro deles é desencadeado por Ferdinand de Lassale⁵⁷ e Konrad Hesse⁵⁸ sobre a força normativa da Constituição. A tese sobrevivente é aquela segundo o texto normativo constitucional possui uma força que lhe é inerente, preponderando no confronto com a realidade fática da sociedade sendo, ao mesmo tempo fator e produtor destas relações. Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição emergiria dessa disputa, seria capaz igualmente de conformá-la.

Complementando, Friedrich Muller⁵⁹ irá preceituar, através de sua *Teoria Estruturante do Direito*, que a força normativa de uma norma não estaria restrita à mera emissão do texto legal, mas se processa e concretiza durante sua interpretação e aplicação. Peter Häberle⁶⁰, na seqüência, cria a sociedade aberta dos livres intérpretes da Constituição. Para o autor, no processo de formação da força normativa da Constituição estariam potencialmente envolvidos todos os indivíduos de uma sociedade, demonstrando que a concretização normativa dos

⁵⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 96.

⁵⁷ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. passim.

⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 244 et seq.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. passim.

preceitos constitucionais não dependeria exclusivamente de um grupo privilegiado de juristas – juízes, promotores e advogados.

De outro lado, Ronald Dworkin⁶¹, será o responsável por estabelecer os conceitos de princípio e regra como espécies do gênero norma, atrelando o valor ao Direito como imperativo ético (além da possibilidade de utilização dos princípios no que ele denominou de *hard cases*). Posteriormente, ao duelar em um debate com Hart⁶², que asseverou a discricionariedade do juiz ao criar o Direito, Dworkin estipula o conceito de direito como integridade, momento construtor da dignidade humana a partir da integração de processos e fatores diversos. Robert Alexy irá construir sua teoria da argumentação jurídica enquanto um limite à discricionariedade do aplicador do direito, aspirando pela correção e atrelando a moral ao Direito.

Assim emerge um novo modelo estatal, o Estado Democrático de Direito sua validade passa a depender da concretização dos direitos humanos fundamentais. Em face das mudanças operacionalizadas no campo econômico traduzidas pelas próprias demandas sociais coletivas, difusas e transindividuais (direitos humanos fundamentais de terceira geração), o qualificativo “democrático” irá impulsionar as exigências dos modelos anteriores para além, exigindo a práxis política dos poderes públicos no sentido de garantir, efetivamente, os direitos e liberdades fundamentais historicamente conquistados, visando uma modificação profunda da estrutura econômica e social. Em razão disto, a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização concreta dos direitos fundamentais.⁶³

Neste contexto, as previsões constitucionais, antes enunciadas apenas em caráter formal e dependentes da prestação positiva do poder público, passaram a ser objeto de tutela jurisdicional. Em outras palavras, o Judiciário (sobretudo os Tribunais Constitucionais) passa a fazer parte da arena política – uma alternativa na conquista das promessas da modernidade. Observamos é que, parte desta alteração está relacionada com a própria afirmação histórica dos direitos humanos. Desde que grupos sociais tradicionalmente colocados à margem do acesso à justiça, desbravaram o caminho dos tribunais, é crescente o número de conflitos sociais que deságuam perante o Poder Judiciário e, nesse sentido, não há mais como negar ser

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23 et seq.

⁶² Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: WMF : Martins Fontes, 2009.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 57.

esta uma das importantes ferramentas para efetivação dos direitos humanos fundamentais (sejam eles individuais, sociais ou coletivos) e, conseqüentemente, da própria transformação social.

O judiciário passa a ser simpático à abertura dessas demandas para subsidiar a defesa e aquisição de direitos, bem como, a construção do direito, “ampliando a esfera pública para além das instituições que gravitam em torno do voto.” Essa abertura acaba por permitir o alargamento da cognição de direitos, mas principalmente modifica a concepção do modelo tripartido das funções estatais, que de ingerência e incomunicabilidade traduzidas em uma “zona de conforto” dão lugar a uma intolerância com relação à omissão na efetivação de direitos.

2.3.2 Juiz, judiciário e decisões: análise de algumas problemáticas

Uma vez que o constituinte elencou os princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988⁶⁴, as instituições que o compõem também passarão a serem modificadas por esses preceitos. Dentre as “instituições”, encontramos a jurisdição, que somente atenderá aos mandamentos constitucionais (fundamentos: dignidade e cidadania bem como seus objetivos: sociedade livre, justa e solidária e princípios) se o seu exercício for engajado, prospectivo. Esses “escopos” somente serão alcançados a partir de uma racionalidade jurídica fundada na ética de responsabilidade social, nos princípios da razão dialógica e da complexidade e, em consequência, da aceitação da do diálogo e da concertação social como instrumentos da jurisdição.

O professor Marcos de Azevedo⁶⁵ designa os princípios como “normas jurídicas de eficácia plena e imediata, a dispensar a intermediação de regras concretizadas”. Com relação a aplicação desses princípios completa ainda o mesmo autor “provocado ou não pelas partes, o juiz está sempre autorizado a aplicar diretamente um princípio ao caso trazido ao seu julgamento, por forma do disposto no § 1º do Artigo 5º da Constituição”.

Torna-se vital, portanto, que o processo civil não só ofereça instrumentos/ferramentas necessárias para dar efetividade a esses comandos, como também seja interpretado à luz

⁶⁴ Em seu artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, o constituinte consagra o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

⁶⁵ AZEVEDO, Marcos de. **Direitos humanos fundamentais**: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais. São Paulo: Meio Jurídico, 2006. p. 106.

desses mesmos princípios, direitos e garantias consagradas.⁶⁶ Assim, na ausência de instrumentos específicos e/ou interpretação lógica do próprio Estado democrático de direito, compete ao magistrado privilegiando o acesso à justiça, preencher os vazios da legislação e conferir a tutela, exercendo plenamente seu ofício, porque o ato de julgar não significa apenas dar respostas às partes, mas, sobretudo, ajudar a construir a jurisprudência, que, consolidada, contribui para a edição de leis e a suprir as carências do ordenamento, contribuindo para sedimentar a democracia.⁶⁷

Diante deste contexto, torna-se fato consumado que o juiz, atualmente, não decide com base exclusivamente na lei. Além do dever da existência de conformidade da lei processual com os princípios e garantias anunciadas pelo modelo estatal democrático e de direito vigente, o próprio sistema está repleto de conceitos abertos, vagos, cláusulas gerais o que exige do magistrado fundamentação analítica sempre que a aplicação da lei ao caso concreto não seja evidente. Um bom exemplo da amplitude de poder do magistrado no CPC vigente é o artigo 461, § 5º que prevê, expressamente, que a fim de *promover a satisfação da tutela específica, pode o juiz a requerimento ou de ofício, determinar as medidas executivas necessárias*. Note que não se trata de analisar ou averiguar uma previsão legal, mas sim de uma faculdade dada ao magistrado, ou seja, é ele e não a lei quem definirá as medidas executivas bem como o modo de sua realização.

Uma das críticas mais contundentes quanto ao novo CPC se relaciona justamente com o raciocínio desenvolvido acima. Isso porque há previsão no sentido de autorizar a concessão de tutela antecipada e cautelar liminarmente, além de permitir a execução de decisões proferidas pelo juiz de primeiro grau, sem que coubesse recurso. Para parcela da doutrina essas disposições seriam inaceitáveis uma vez que confeririam uma espécie de

⁶⁶ “Os princípios constitucionais processuais devem ser interpretados como direitos fundamentais processuais, sendo que os mesmos possuem dupla dimensão: subjetiva e objetiva, e, vistos sob a dimensão objetiva, consistem em valores que devem nortear a interpretação e a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico. Por fim, a combinação de ambos, ou seja, a visão dos “*direitos fundamentais processuais*” sob a ótica da dimensão objetiva, gera como consequência: i) o dever do magistrado em dar o máximo de eficácia a esses direitos fundamentais; e ii) o dever de considerar eventuais restrições que lhe sejam impostas em razão da incidência de outro direito fundamental (conflito de normas).” DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1. p. 26.

⁶⁷ Completa a autora: “Decisões judiciais pioneiras e de vanguarda, que conferem direitos que não tem previsão na lei, mas nos princípios constitucionais são de enorme repercussão por garantirem o exercício da cidadania. Forjam mudanças, estabelecem novos paradigmas que servem de pautas de conduta à sociedade e acabam por provocar avanços de ordem cultural. [...]” e diz ainda: “Deste modo, mister reconhecer que a sociedade avança na medida em que o Judiciário assegura eficácia à Constituição.” (Cf. DIAS, Maria Berenice. Além de cega, muda! **Migalhas**, [São Paulo], 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77889,81042-Alem+de+cega+muda>>. Acesso em: 10 jan. 2014).

“superpoderes”⁶⁸ ao juiz de primeira instância. Entretanto, essa afirmação já se revela falaciosa quando o diploma processual civil vigente é analisado. O CPC atual é repleto de normas abertas, vagas, abstratas o que permite ao juiz um amplo espaço para exercer atividade interpretativa e criadora do Direito. Nesse sentido, não poderíamos afirmar que o novo CPC traz uma inovação em suas previsões.

Além disso, como veremos no próximo capítulo, as mudanças no projeto de novo CPC ocuparam-se tão somente em estabelecer contornos para a atuação jurisdicional à luz das disposições do próprio direito material. Nos dizeres de Tereza Arruda Alvim Wambier⁶⁹, as alterações propostas não significam que o Código novo tenha conferido maiores poderes ao juiz, quando muito a nova lei reconhece os problemas existentes no ordenamento jurídico e trabalha a partir deles a fim de oferecer respostas. Ou ainda:

Significa que a nova lei reconhece que decretar um despejo por falta de pagamento envolve um processo decisório muito mais simples do que se dizer, por exemplo, que não cumpre a função social a propriedade em que se plantam psicotrópicos, e, portanto, se desapropriada, indenização quanto a esta parte da gleba desapropriada não deve ser paga ao proprietário. Neste último caso, a juiz aplica a cláusula geral da função social da propriedade, e, por isso, a fundamentação de sua decisão deve corresponder à complexidade do processo decisório, não podendo ser frágil e superficial, resumindo-se a frases feias e a algumas citações em latim.

Para além de adequar as diretrizes do projeto a um cenário mais amplo, qual seja o cenário constitucional, é possível perceber a tentativa de simplificar as próprias regras processuais – existentes atualmente – que, muitas vezes tem a função prática de *estabelecer barreiras ao juiz* para o enfrentamento do mérito. É o caso das denominadas *jurisprudências defensivas* que, no entender de José Miguel Garcia Medina⁷⁰, consiste em

⁶⁸ “O projeto não cria um ‘superjuiz’ com ‘superpoderes’. Se a arbitrariedade e o subjetivismo são as marcas da atuação de um ‘superjuiz’, ele já está entre nós, e só o desconhecimento da realidade permite dizer que isso seria decorrência do projeto de novo CPC. O projeto não esconde, mas revela os problemas que hoje existem no direito processual civil, e se propõe a lutar contra eles.” (MEDINA, José Miguel Garcia. É um pássaro? Um avião? Não é o “superjuiz”! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>>. Acesso em: 22 mar. 2014).

⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 13.

⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 jul. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>> Acesso em: 22 mar. 2014.

criar entraves⁷¹ ou pretextos⁷² a fim de impedir o conhecimento de recursos pelos Tribunais Superiores. É cediço que deságua enorme volume de processos nos tribunais, todavia, não podemos transferir o encargo da constatação deste fato ao cidadão, obstaculizando⁷³ seu acesso à justiça.

A quantidade elevada de processos nos tribunais superiores, sem dúvida, é um grave problema. Mas tal problema não é resolvido com a criação de entraves, pretextos, desculpas ou algo que o valha, sem apoio legal, para que recursos não sejam admitidos. São vários os exemplos de exigências injustificáveis, até mesmo contrárias à Lei. Dentre outras, pode ser citada a orientação disposta na Súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “na instância especial é inexistente recurso interposto sem procuração nos autos”, não se admitindo a juntada posterior de procuração, o que contraria os artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil.⁷⁴

Dessa forma, se é certo que a função dos tribunais superiores é direcionar a interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal, nada mais sensato do que apresentar cautela com a maneira com a qual se interpreta a se aplica a norma jurídica. Ao criarem novos requisitos recursais à margem da lei para apreciação recursal, sob o ímpeto de diminuir a quantidade de recursos que chegam aos tribunais, o que está sendo produzido não é uma

⁷¹ Como exemplo, citamos a seguinte ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. *REGULARIDADE FORMAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO QUE OUTORGOU PODERES AO ADVOGADO SUBSCRITOR DO AGRADO INTERNO. RECURSO INEXISTENTE. SÚMULA 115 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR. NÃO CONHECIMENTO.* 1. - Na linha da jurisprudência desta Corte, a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso, considerando-se inexistente a irrisignação apresentada por advogado sem procuração (Súmula 115/STJ). 2. - *Cumprir observar que os artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil não se aplicam às instâncias extraordinárias.* Precedentes. 3. - Agravo Regimental não conhecido. (STJ. 3ª Turma. AgRg no RESp n. 1370523 – RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti). (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 abr 2014. grifo nosso).

⁷² Ibid. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. ADMISSIBILIDADE. PROTOCOLO DO RECURSO ESPECIAL ILEGÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE POR OUTROS MEIOS. 1. *É impossível verificar a tempestividade do Recurso Especial porque ilegível o carimbo de protocolo.* 2. Caberia à parte, por ocasião da interposição do Agravo em Recurso Especial no Tribunal a quo, fazer constar a prova da tempestividade de seu recurso, a qual se faz mediante o cotejo entre a certidão de publicação da decisão agravada e a data do protocolo constante da petição recursal. 3. *O STJ já pacificou o entendimento de que, na instância especial, revela-se inaplicável o disposto nos arts. 13 e 37 do Código de Processo Civil, o que obsta a juntada posterior de certidão que ateste sua tempestividade, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa.* 4. Agravo Regimental não provido. (STJ. 2ª Turma. AgRg no Resp. n. 239.167 – MG. Rel. Min. Herman Benjamin). (grifo nosso).

⁷³ “A ideia de que a Justiça deve ser acessível a todos é amplamente compreendida, embora nem sempre realizada concretamente. A demora na implementação das Defensorias Públicas em vários cantos do país é exemplo disso. Mas, além de acessível a todos, é necessário que a todos seja dado acesso a toda a Justiça.” (Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Concretizar o novo CPC impõe mudanças em nossas práticas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2014a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-06/processo-concretizar-cpc-impoe-mudancas-nossas-praticas>> Acesso em: 22 mar. 2014).

⁷⁴ Id. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 jul. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>> Acesso em: 22 mar. 2014.

justiça mais acessível, célere, eficaz ou justa, mas tão somente uma justiça que, numericamente, possui menos processos.

José Miguel Garcia Medina⁷⁵, ainda refletindo sobre a problemática, afirma:

Durante muito tempo, a atuação jurisdicional foi considerada pelos teóricos como o centro do processo, como se o processo servisse à jurisdição estatal. Paradoxalmente, esse discurso gerou um efeito curioso: o Estado vê-se a si mesmo como algo que está acima do processo, ou mesmo fora dele. Ver os resultados apenas como “números” é uma das consequências desse ponto de vista. Mas não é assim que deve ser. O Estado não existe para servir a si mesmo, assim como o processo não existe para servir ao Estado. A prestação jurisdicional deve passar a ser vista também como serviço público prestado pelo Estado ao cidadão. Evidentemente, isso não expurga todas as teorias que foram concebidas para explicar a jurisdição, mas exige que, ao se pensar na prestação jurisdicional, considere-se, sobretudo aquele a que o Estado deve servir. No processo velho, estudamos o processo como algo servil ao Estado. Assim considerado, o processo é superficial. No processo novo, o Estado é um dos elementos — importantíssimo, evidentemente —, mas não o principal ou único foco. O levar a sério os fins do processo impõe uma consideração profunda que tenha em vista os outros elementos que o compõem.

E completa:

Os problemas da jurisdição estatal acabam impelindo as partes a outros meios de solução de conflitos. Não deveria ser assim. A opção pela conciliação ou pela mediação, ou, ainda, pela arbitragem, deveria ser vista como alternativa posta à disposição do cidadão, que poderiam escolher um desses caminhos por vê-lo como mais adequado à solução do problema, e não para fugir das mazelas do processo judicial.⁷⁶

O projeto de novo CPC, ao preocupar-se com o modo de fundamentação das decisões judiciais, bem como com a necessidade de a jurisprudência ser uniforme e estável avança para o enfrentamento dessas problemáticas. Assim, o novo CPC assume a chamada “sociedade da informação”⁷⁷ na qual estamos inseridos, não ignorando que, embora estejamos mergulhados na era da tecnologia, das informações rápidas, do mundo globalizado, ainda lidamos

⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Concretizar o novo CPC impõe mudanças em nossas práticas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2014a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-06/processo-concretizar-cpc-impoe-mudancas-nossas-praticas>> Acesso em: 22 mar. 2014. .

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ “A chamada ‘sociedade de informação’, ‘sociedade de risco’, nossa sociedade emergente; envolve não somente a globalização dos meios de comunicação em massa, mas também a cultura global de vivências econômicas, culturais; e, por que não dizer o repensar de todas as ciências.” (Cf. VIEIRA, André Luiz Valim. **Direito social à alimentação**: tutela jurisdicional e efetividade do direito fundamental. 2012. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012. p.14).

diuturnamente com problemáticas do século passado como pobreza, a sensível desigualdade social, econômica, cultural etc., por óbvio que o processo civil não estaria ileso a essas dicotomias, muito menos a prestação jurisdicional.

CAPÍTULO 3 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

*Fomos treinados com sucesso
a fechar os olhos e tapar os ouvidos*

Zygmunt Bauman. Medo líquido

O terceiro capítulo da presente pesquisa tem por objetivo analisar de forma específica nosso objeto de estudo: o projeto de novo Código de Processo Civil¹ especificamente no que se refere à proposta de respeito e coerência dos precedentes judiciais. Um dos teóricos e filósofos mais importantes e lúcidos da modernidade, *Zygmunt Bauman*², em sua obra *Medo Líquido*, nos alerta para a facilidade que temos em, diante do novo, do desconhecido ou ainda da mera perspectiva de mudança, aceitar a condição em que já estamos inseridos permanecendo no *status quo*. Para ele, mais do que um estado de conformismo a adoção dessa postura de *fechar nossos olhos e tapar nossos ouvidos*, trata-se de um estado de indolência. Ou seja, vivemos (e aceitamos essa condição) como se nenhum dos problemas que nos saltam aos olhos guardasse qualquer relação com nós mesmos. Na medida em que não buscamos corrigir essa postura, nossa tendência é descambar para o cinismo³. Neste caso, não mais ignoramos o problema, mas passamos a argumentar que é correto e até mesmo justificável o modo como lidamos com ele. Seria como afirmar que eu, sujeito cognoscente, faço algo que sei que é errado, todavia, passo a legitimar meu erro por diversas circunstâncias: problemas sociais, ambiente em que me relaciono minha trajetória de vida etc.

Esse mesmo raciocínio nos serve ao analisar a tentativa de mudança do diploma processual civil. Era chegado o momento em que não mais poderíamos tapar nossos olhos e ouvidos no afã de ignorar que nossa sociedade atual já não é mais a mesma daquela vivida em 1973. O homem passou a relacionar de forma diferente entre seus semelhantes e com isso novas problemáticas eclodiram e, como conseqüência lógica, a sociedade se adaptou. O Direito muito avançou nesta adaptação. No mesmo sentido, não poderíamos deixar de refletir sobre novas formas de processualização desses preceitos. E assim foi feito. Há tempos que os operadores do direito vinham clamando novas formas de entendimento do processo civil.

¹ Nosso desenvolvimento está apoiado na última versão do Projeto de Lei n. 8.046/2010. Por esta razão, ao longo do texto utilizaremos as nomenclaturas “projeto” e “anteprojeto” como referência a PL mencionada.

² BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 22.

³ Cf. MEDINA, José Miguel García. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 jul. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

Justamente por isso se tornou imprescindível “[...] a construção de um novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual [...].”⁴

Era chegado o momento de admitir que mesmo após diversas reformas legislativas e reinterpretações feitas, o Código de Processo Civil de 1973 já não mais sustentava os anseios e transformações da sociedade e do próprio Direito. Era chegado o momento da travessia e ela nos cobrava coragem para fazê-la. O que, em um primeiro momento, possa soar espantoso como se a mudança de um diploma processual civil significasse uma ruptura abrupta com o passado, perde forças quando se é analisado a perspectiva e o contexto sob os quais o novo CPC é idealizado. Como bem ponderam os integrantes da comissão encarregada de elaborar o projeto, não se trata de lançar um novo paradigma à ciência processual, quando muito ressignificar o já existente buscando adequá-lo a esses novos anseios:

Todas as versões do projeto procuram estabelecer visível contextualização do Código num panorama mais amplo em que a CF/88 figura como lei fundamental, que deve dar o tom a todos os demais dispositivos que compõem o sistema positivo. Percebe-se, também, uma tentativa de simplificar as regras, hoje existentes, com o objetivo de que elas não se transformem em mais um problema que o juiz tem que resolver, além do mérito.⁵

Entretanto é preciso que sejamos realistas, em nenhum momento neste trabalho defendemos que a consagração de um novo Código seja a solução para as mazelas da prestação jurisdicional. Nem mesmo em nossas leituras, debates, palestras que, eventualmente, tenhamos presenciado acerca do tema houve tal defesa. Coadunamos com a relatora do projeto, Teresa Alvim Wambier⁶ ao afirmar que este não é o Código da panacéia dos problemas da prestação jurisdicional no Brasil, nem este é e nenhum outro será pela simples noção de que, a mudança da lei nada mais ocupa senão um papel coadjuvante nas mudanças sociais:

De fato, o excesso de litigiosidade, que é um problema social, é indiretamente responsável pela morosidade dos processos. Isto porque, estando muitos dos nossos tribunais abarrotados de processos e recursos para julgar, é natural que não consigam dar vazão a tudo num tempo que,

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 jul. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre o projeto para um novo CPC. **Migalhas**, 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195045,61044-Sobre+o+projeto+para+um+novo+CPC>>. Acesso em: 23 mar 2014.

⁶ Ibid.

socialmente, se considere razoável. *Mas não se consegue, com a mudança da lei, acabar com o excesso de litigiosidade, que é um fenômeno sociológico.* O máximo a que se pode chegar, com o novo CPC, é ao desestímulo ao ato de recorrer em face da jurisprudência pacificada.⁷

Eis a primeira justificativa na escolha do nosso objeto de pesquisa. Por certo que somente saberemos com segurança o que de fato o NCPC tem a oferecer quando passar a valer efetivamente. Todavia, nesse ínterim, o diploma processual já tem despertado a curiosidade e o interesse de considerável parcela da comunidade acadêmica seja para apontar seus avanços e pontos fortes ou refletir criticamente acerca de suas falhas. Nesse sentido, a atualidade do tema resta clara. Mas entre tantas alterações propostas, como identificar aquela que seria nossa escolha para ser desenvolvida ao longo do trabalho?

Ao analisar as propostas mais significativas de alteração propugnadas pelo NCPC, Teresa Arruda Alvim Wambier⁸ identifica problema recorrente nas sociedades latino americanas: a dispersão jurisprudencial. Dessa forma, o novo CPC passa a consagrar dispositivos que conferem relevância à jurisprudência reiterada dos Tribunais Superiores no mesmo sentido, além de outros que estimulam os ministros e desembargadores a construir uma jurisprudência uniforme e a mantê-la estável.

Neste capítulo analisaremos em um primeiro momento o contexto da proposta de um novo Código de Processo Civil, este item além de justificar a escolha metodológica de divisão do trabalho desenvolvida até o presente momento, relaciona toda a argumentação construída nos primeiros capítulos para demonstrar que a proposta de um novo diploma processual civil antes de tudo é uma resposta aos anseios sociais. Posteriormente, já analisando especificamente o objeto da pesquisa, o estudo se volta para o que chamamos de precedentes judiciais. Por meio da compreensão de seu conceito e sistemática, analisaremos as propostas do NCPC e em que medida configura avanço para ciência processual.

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre o projeto para um novo CPC. **Migalhas**, 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195045,61044-Sobre+o+projeto+para+um+novo+CPC>>. Acesso em: 23 mar 2014. (grifo nosso).

⁸ Ibid. A autora ainda adverte que faz o uso da expressão dispersão no lugar de divergência de forma proposital isso porque “[...] o que ocorre no Brasil e em tantos outros países não é haver duas teses jurídicas diferentes resolvendo o mesmo problema, mas, diversas às vezes quatro ou cinco maneiras diferentes de pôr fim controvérsias absolutamente idênticas.”

3.1 Precisamos de um novo Código de Processo Civil? Análise do contexto da proposta de um novo Código de Processo Civil

Um sistema processual civil que não seja apto a proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização⁹ de direitos estejam eles ameaçados ou violados, não está em harmonia com as garantias constitucionais enunciadas no Estado Democrático de Direito¹⁰. Uma vez declarada a insuficiência do sistema processual, todo ordenamento jurídico sucumbe à carência de concretização, sucumbe à própria realização material, ou seja, à falta de efetividade. Com isso as normas de direito material passam a meros enunciados, proclamas, ilusões sem qualquer aderência ao mundo fático, e pior, sem qualquer possibilidade de realização por meio do processo:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.¹¹

⁹ Na doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, falar em efetividade do processo é falar em um processo que “[...] desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico.” Assim “[...] será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15. Embora o autor não acredite que apenas por meio do processo – por mais efetivo que possa ser – se possa corrigir as deformidades sociais e as estruturas de desigualdade pelo fato de não se alcançar uma sociedade mais justa somente por meio do Judiciário a não ser também por meio de todas as instituições e pessoas, sua esperança quanto à possibilidade da identificação social quanto à efetividade processual ganham destaque: “Não se deve inferir daí, porém, que o processo, enquanto tal, não tenha o que fazer no trabalho de renovação. Há quem encare com qualquer cepticismo a possibilidade de qualquer contribuição processual nesse terreno e prefira aguardar as grandes mudanças no ordenamento desde raízes mais profundas [...] Seja como for, vale a advertência de que, nesta oportunidade, é mais o *caminho* em si, do que a *meta* que me atrai a mirada. Estarei de olhos postos antes na estrada que no ponto final do itinerário, sem que isso signifique, é claro, minimizar-lhe a importância. Não se há de entender, pois, a expressão ‘processo socialmente efetivo’ como se designasse processo apto a conduzir *por força*, mediante uma sentença ou o respectivo cumprimento, a resultado socialmente desejável, senão – com maior modéstia – processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial.” (Ibid., p. 16, grifo do autor).

¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 184, jan./ mar. 2002.

O Código de Processo Civil vigente, reconhecidamente como o Código *Buzaid*¹², é datado de 1973. É certo que, desde a sua vigência, o CPC afeiçãoou-se à regra processual, marcando um expressivo passo no caminho da instrumentalidade das formas, da simplificação dos ritos, da ampliação dos poderes do magistrado, da abreviação do procedimento – proporcionado pela possibilidade do julgamento antecipado de mérito, quando não existirem provas a serem produzidas em audiência e também no caso da revelia –, da lealdade das partes etc.¹³ Entretanto, não é menos correto asseverar que este mesmo diploma ficou enclausurado em posições tradicionais. O fato é: a sociedade mudou, tornou-se complexa, transformando-se de forma intensa e rapidamente. Naturalmente isso repercute no direito substancialmente e, inevitavelmente, no próprio direito processual civil.

Em grande medida, esses fenômenos – uma nova ordem constitucional bem como as transformações sociais – justificam as várias alterações legislativas¹⁴ pelas quais o diploma processual de 1973 passou. Entretanto, como bem pondera José Miguel Garcia Medina¹⁵ na exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil, na medida em que se incluíam, pouco a pouco, alterações no CPC, sua forma sistemática passou a ficar comprometida e, com isso, o enfraquecimento da coesão nas normas processuais tornou-se uma consequência natural. Nesse sentido, urge a preocupação em se preservar as normas processuais sistematicamente que, antes de ser uma necessidade eminentemente acadêmica

¹² O Código de Processo Civil em vigor foi elaborado em 1973, no auge do regime totalitário que então vigorava no Brasil. Chamado por muitos de “Código Buzaid” devido a elaboração de o diploma ter sido confeccionada pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. Neste breve relato histórico, já podemos notar a sutil diferença que repousa na proposta do projeto de novo Código de Processo Civil: “*Não se trata de obra autoral, e ninguém pode, diversamente do que ocorre com o CPC/1973, indicar uma pessoa que seja a “criadora” do projeto. O texto do projeto foi lido e relido por todos, sujeitou-se a e ultrapassou toda sorte de críticas e a obra a que se está prestes a concluir é fruto do trabalho de muitos. Evidentemente, não agrada a todos. Mas mesmo nisso revela tratar-se de um Código de seu tempo.*” Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Do golpe a democracia, ambiente influencia a concepção de novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-31/processo-golpe-democracia-ambiente-influencia-concepcao-cpc>>. Acesso em: 4 abr. 2014. (grifo nosso).

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 64-65, abr./jun. 1987.

¹⁴ Destacamos a Lei n. 8.952/1994 por meio da qual o “processo de execução” autônomo deixou de existir em relação às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, passando a execução a constituir uma fase de cumprimento a ser realizada depois da cognição; a Lei n. 10.444/2002 que reforçou a lei anteriormente mencionada ao trazer a antecipação de tutela como meio de dar maior celeridade ao exercício da função jurisdicional e, por fim, a Lei n. 11.232/2005 alterou o conceito de sentença e a forma de procedência da liquidação, na tentativa de alcançar a efetividade e celeridade do processo civil brasileiro. Sobre as alterações que o Código de Processo Civil de 1973 sofreu como forma de buscar uma prestação jurisdicional mais efetiva Cf. JUNQUEIRA, Carla Santos. As reformas processuais civis responsáveis pela busca do sincretismo e da instrumentalidade no CPC brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8726%3>. Acesso em: 22 mar. 2014.

¹⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

“[...] atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.”¹⁶

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo a frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.¹⁷

Neste diapasão, diversamente do que observamos no Código de 1973, o projeto de novo CPC nasce em uma conjuntura diversa, nova. Influenciado pela nítida modificação da sociedade assim como pela inquestionável necessidade de adequação legislativa, surge o Projeto de Lei n. 8.046/2010 que dispõe sobre o novo Código de Processo Civil agora condizente e adequado às premissas constitucionais que, na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero “[...] casa bem com a nova metodologia do processo civil [...] é a da essência do processo civil e do Estado Constitucional a sua compreensão na perspectiva dos direitos fundamentais.” Assim, de forma expressa é possível encontrar no diploma processual as garantias fundamentais de acesso à justiça, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade, eficiência, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo etc., reproduzindo algumas vezes o próprio texto constitucional.

Portanto, há uma evidente reformulação dos preceitos processuais antes anunciados no Código Civil de 1973. Enquanto os dispositivos deste último revelam-se obsoletos e em dissonância com o texto constitucional, o projeto de NCPC apresenta-se intimamente vinculado aos princípios constitucionais, visando um processo civil que seja menos burocrático e formalista, que garanta a segurança jurídica nas decisões, buscando tutelar e incentivar a coletivização das demandas, mostrando-se apto a superar a morosidade processual – um dos principais problemas existentes hodiernamente – e que se desdobram na dificuldade de acesso à justiça e até no descrédito do próprio Poder Judiciário.

Nas palavras do ministro Luiz Fux¹⁸:

A ideia de que 37 (trinta e sete) anos depois do Código de 1973, impunha-se a elaboração de um novo ordenamento, atento aos novos reclamos eclipsados

¹⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014

¹⁷ Ibid.

¹⁸ FUX, Luiz. (Coord.). **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa: reflexões acerca do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4.

na cláusula constitucional da “razoável duração dos processos”, a Comissão, à luz desse ideário maior, entendeu erigir novéis institutos e abolir outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, com o escopo final de atingir a meta daquilo que a genialidade do processualista denominou uma árdua tarefa para os juízes: ‘Fazer bem e depressa’.”

O próprio processo de elaboração do anteprojeto observou um processo democrático, já na sua formação foi criada uma página virtual para recebimento de sugestões, posteriormente já na fase de debates, diversas audiências públicas foram realizadas em vários lugares do país com a finalidade de compreender as especificidades regionais que a imensidão do território nacional apresenta e, dessa maneira, contribuir na ampliação do acesso à justiça. A página virtual do Senado Federal destinada a Comissão recebeu um total de 13.000 sugestões, as audiências públicas proporcionaram 240 sugestões além do recebimento de mais de 200 sugestões dos diversos segmentos da comunidade jurídica.

O projeto é pensado, discutido, organizado, estruturado e, finalmente, surge em um contexto democrático enquanto fruto de diversos debates seja em sua fase embrionária ou posteriormente, no processo de votação no Senado e na Câmara dos Deputados. Dessa maneira, no final do mês de setembro do ano de 2009 foi formada uma Comissão de Juristas¹⁹, presidida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux e tendo como relatora a jurista Teresa Arruda Alvim Wambier, cujo objetivo consistia em garantir a redação de um novo Código de Processo Civil. Diversas audiências públicas²⁰ foram realizadas nas cinco regiões do País como forma de proporcionar um dispositivo processual que fosse preparado com a maior transparência e participatividade possível²¹.

¹⁹ Igualmente compuseram a denominada Comissão os juristas: Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo César Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jasen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Eldípio Donizete Nunes. Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

²⁰ Tivemos oportunidade de participar como ouvintes de uma das audiências realizadas no ano de 2010, no Tribunal de Justiça da cidade de São Paulo. Na oportunidade, ainda discente da graduação, as discussões e sugestões produzidas em audiência contribuíram para o início da reflexão que culminou neste trabalho.

²¹ “No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de um sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem ter medo.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

A proposta de redação final²² do novo Código de Processo Civil deliberada pela Comissão Especial, estabelece na parte geral, Livro I “Das normas processuais civis” com título único “Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”, no Capítulo 1 “Das normas fundamentais do processo civil”, diretrizes que de pronto evidenciam a busca pela adoção de um processo constitucionalizado, primando pela duração razoável do processo, pela boa-fé, assegurando o contraditório, e norteado pela cooperação das partes²³:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

[...]

Art. 4º As partes têm direito de obter **em prazo razoável** a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art.6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento no curso do processo, **competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.**

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

[...]

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Nesse sentido, ainda observa Luiz Guilherme Marinoni²⁴:

Se é para pensar em nova codificação para o processo civil, é imprescindível que o Código apareça marcando pela nossa cultura – que é a cultura do Estado Constitucional – e possa servir à prática sem descuidar das imposições que são próprias da ciência jurídica, como necessidade de ordem e unicidade, sem as quais não há como falar em sistema nem tampouco cogitar de coerência que lhe é essencial. Isto quer dizer que o Código deve ser pensado a partir de eixos temáticos fundados em sólidas bases teóricas. [...]

²² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 8.046, de 22 de dezembro de 2010 para revogar o Código de Processo Civil vigente. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 22 dez 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p. 55.

²⁴ Ibid., p. 60.

Isto de modo nenhum quer dizer, todavia, que um Código de Processo Civil não deve servir à prática ou, muito menos, que não deve se preocupar com problemas concretos. É claro que não. Um Código de Processo Civil tem antes de qualquer coisa um compromisso inafastável com o foro. Deve servir-lo. Este compromisso, contudo, deve ser entendido e adimplido dentro de um quadro teórico coerente. A recíproca implicação entre teorias e prática deve ser constante a fim de que a legislação processual civil possa constituir meio efetivamente idôneo para resolver problemas concretos, cumprindo com o seu desiderato de outorgar adequada proteção ao direito fundamental ao devido processo legal.

O projeto do novo CPC insere-se no contexto do Estado democrático de direito, não por outra razão impõe observância aos princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica e confiança legítima. Nesse sentido, o projeto NCPC reclama obediência aos princípios da legalidade e da isonomia. E, para assegurar isonomia, o projeto preocupa-se com a segurança jurídica, prevendo normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência²⁵. Dessa forma, prevê de forma expressa que os Tribunais deverão observar a uniformidade e primar pela estabilidade da jurisprudência.

Ainda visando os princípios e garantias tutelados pela Constituição Federal de 1988, orientado pelo dever de participação o NCPC confere poder às partes para que transacionem sobre direito material objeto da lide, assim como o próprio processo, dispondo sobre os direitos, deveres, ônus e faculdades processuais. As partes, em conjunto com o juiz passam a orientar a condução do processo civil.

A ideia de boa-fé objetiva também é consagrada pelo novel diploma processual estabelecendo que todos deverão atuar com retidão colaborando para a decisão final. Na medida em que o processo se funda na boa-fé objetiva, o comportamento desleal, contraditório das partes diante do processo é rechaçado para proibir que o sujeito pratique um ato que seja contradizente a uma conduta anterior. A participação além de efetiva deve ser proba. Nesse sentido, é consagrada em conformidade com o princípio do contraditório a obrigação de discussão prévia da solução do litígio de modo a conferir “[...] às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, evitando, assim, a prolação de “decisões-surpresa.”²⁶

Concluimos, portanto, que os principais fundamentos que motivaram a alteração do novo Código de Processo Civil buscam efetivamente adequar a situações práticas oriundas das mudanças sociais. Neste momento nos interessa analisar os desdobramentos de um dos pontos mais relevantes nas alterações propostas, qual seja, a coerência jurisprudencial dos

²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 352, jul. 2012.

²⁶ *Ibid.*, p. 360.

Tribunais superiores. Para isso, em um primeiro momento é necessário observar algumas mudanças práticas que justificam a necessidade de se pensar em uma cultura de respeito aos precedentes judiciais.

3.2 Da lei como garantia única às cláusulas gerais: a superação do paradigma da completude

O direito civil romano²⁷, formalizado no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano e lecionado nas universidades mediáveis, a partir de Bolonha, entremeado a um direito canônico já romanizado²⁸, foi a base sob a qual os jurisconsultos foram formalizados que, após a formação do Estado Nacional francês, passou a defender a unificação do Direito a partir do direito romano escolástico. O racionalismo da Era Moderna era favorável a um sistema jurídico unitário, originário de uma fonte que fosse única e inteligível, formada por normas facilmente verificáveis²⁹. Os ideais iluministas buscavam “[...] um dogma de completude que elevasse o patamar do conhecimento jurídico (e o próprio valor do Direito, já que o conhecimento foi erigido a valor em si por estes pensadores.”³⁰

O estímulo à codificação, que vinha então surgindo lentamente desde o humanismo, firmou-se de vez com a Revolução Francesa após a qual se instalou no poder uma classe política voltada ao favorecimento de regras de conjunto amplas, não-fragmentárias e não-provisórias. Dessa maneira, a codificação passa a ser fortemente marcada pelo caráter de rigidez e de imutabilidade, com pretensão de plenitude lógica e completude legislativa³¹. Compreende-se essas características originárias do *civil law*, pois havia a necessidade de superação do feudalismo – onde havia um sistema judicial comprometido com o *status quo*³²

²⁷ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001. p. 260.

²⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1996. p. LXXI-LXXIV.

²⁹ SACCO, op. cit., p. 262.

³⁰ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre o direito civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

³¹ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. 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: JusPodvm, 2012. p. 252.

³² “Na luta contra o absolutismo, a lei foi vista como um baluarte em via abstrata e geral contra o exercício arbitrário e despótico do poder, inclusive o poder dos juízes, então comprometidos pela origem de sua própria extração social, com as classes privilegiadas.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e aptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 72, p. 121-174, jun. 2009.

– e implementação dos princípios revolucionários (igualdade e liberdade) e do Estado Liberal que nascia.

Dessa forma, o sistema do *civil law* buscando superar o sistema feudal e implantar um novo modo de produção, lastreou-se no mito de que o magistrado seria o “boca da lei”, ou seja, a atividade do juiz seria meramente mecânica, de mera subsunção do fato à regra, sem qualquer margem para interpretação. Não haveria, portanto, qualquer espaço para atividade interpretativa ou criativa.³³ Escaldados por séculos em que os cargos de juízes eram herdados ou comprados, ocupados por nobres prontos a defender apenas seus próprios interesses, e embebidos pela filosofia racionalista, os burgueses recém-alçados ao poder enxergaram na lei o porto-seguro para a consolidação das suas conquistas.³⁴

Nos termos abordados por Tereza Arruda Alvim Wambier³⁵:

Os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões, sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo com se fossem “a boca da lei. [...]”. Uma forte conexão foi estabelecida entre a lei escrita e a igualdade, pois passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera a é a vontade do homem, a arbitragem é favorecida.

Nesse contexto, a ampla formalidade era, sobretudo, destinada a diminuir a liberdade – daquele responsável pela aplicação da lei – pois os critérios de decisão estariam intrínsecos ao sistema de direito. A segurança jurídica no sistema do *civil law*, portanto, estava justamente baseada na aplicação da lei, nos termos em que colocada pelo parlamento. Com a firme e indistinta aplicação da lei, acreditava-se que todos seriam tratados de maneira igual. Entretanto, com a modificação da sociedade, torna-se cada vez mais notório que o sistema do *civil law* era inadequado. Torna-se evidente que o juiz, diante do caso concreto, não se limitava a exercer uma atividade mecânica, mas inevitavelmente exercia uma atividade interpretativa e integrativa, sobretudo diante de situações concretas que não haviam sido expressamente previstas pelos códigos concretos.

³³ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. 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: JusPodvm, 2012. p. 252-253.

³⁴ CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. 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: JusPodvm, 2012. p.235.

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 72, p. 126-127, jun. 2009.

Rapidamente, torna-se evidente que a subsunção dos fatos a norma não era tão fácil como poderia parecer em um primeiro momento. A norma, uma vez inserida no mundo da cultura e da linguagem³⁶, comporta interpretação, atribuição de mais de um significado à mesma palavra ou grupo de palavras. Há ainda casos que não são previstos pela norma, pois são decorrentes de inovações tecnológicas, ou mesmo situações que anteriormente seriam imprevisíveis. Enquanto o texto da norma é estanque a sociedade é dinâmica, e portanto, evolui. Novos problemas surgem, costumes em sentido contrário se sobrepõem aos até então dominantes, a moral social deixa de condenar o que até então era inaceitável. Uma vez vedado o *non liquet*, viu-se que o texto além de plurissignificativo, precisa ser elástico.

Ainda segundo Claus-Wilhelm Canaris³⁷, a grande controvérsia da aplicação da lei reside em dois motivos principais:

- a) Uma determinada ordem positiva não é uma *ratio scripta*, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação.
- b) A tendência individualizadora da justiça conflita com a tendência generalizadora do sistema.

Como consequência, inúmeras reformas que foram sendo introduzidas nos Códigos passaram a adotar uma forma de redação das leis que, não sendo conclusiva, permitia ao magistrado certa discricionariedade no momento de análise e aplicação no caso concreto. Como exemplos no sistema jurídico brasileiro, no campo do direito material, podem ser citados as inúmeras disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil³⁸ e, no campo do direito processual, o poder geral de cautela, as disposições do art. 273, que regulam

³⁶ “O Direito é, essencial e irredutivelmente, embora não exclusivamente, lingüístico. As leis são formuladas e promulgadas em palavras. Atos e decisões jurídicos envolvem pensamento articulado e enunciação pública – muitas vezes também argumentação pública. Uma complicada estrutura conceitual e, com efeito, um vocabulário vasto e particularmente especializado são essenciais à estruturação do amplo espectro de práticas e atividades que constituem uma ordem jurídica.” MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____. (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 579.

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 199.

³⁸ “Com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002, as cláusulas gerais passaram a ocupar papel de maior destaque ainda no ordenamento jurídico brasileiro, e em especial no direito privado. Dispositivos legais contendo cláusulas, como o art. 421 (função social do contrato) e art. 422 (boa-fé objetiva), foram consagrados, fazendo com que se faça necessário um exame dos métodos mais adequados para a interpretação dessa espécie normativa.” MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 13, v. 50, p. 10, abr./jun. 2004.

a antecipação dos efeitos da tutela e as disposições atinentes à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, dentre outras.

O Código de Processo Civil datado de 1973 (Código Buzaid) possui forte inspiração em valores liberais de natureza eminentemente individual como a tipicidade das formas processuais e a casuística³⁹. Essa técnica apresenta uma concepção instrumental calcada em um apego extremo a forma, voltada para implementação de um sistema de codificação exaustivo e pretensamente fechado. Em outras palavras: propugnou-se por um sistema que fosse auto-suficiente e isento de lacunas⁴⁰. Esse modelo gestado logo no início do Estado Liberal, marcado pela rigidez e imutabilidade, e pela mera subsunção, mostrou-se insuficiente com o passar do tempo.

No sistema jurídico brasileiro, sobretudo com o advento do Estado Constitucional e com o gradativo reconhecimento de novos direitos⁴¹, ficou visível a insuficiência dessa técnica legislativa⁴², já que os dispositivos legais mostravam-se débeis para a tutela da nova realidade histórico-social, apresentada no cotidiano forense. Houve, por assim dizer, um “reconhecimento da incompletude de código e da necessidade de integração até mesmo fora do código.”⁴³ Assim, de forma gradativa, dispositivos legais redigidos de forma a apontar expressamente as condutas que deveriam ou não serem adotadas no caso concreto,

³⁹ “A técnica casuística é utilizada quando, para a estruturação da norma, estabelecem-se, na medida do possível, critérios para a qualificação dos fatos normados. Norma de tal espécie não exigem maior esforço do juiz, permitindo a aplicação por meio de subsunção”. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____. (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 586.

⁴⁰ “Na época do Estado Liberal Clássico, vigorava no processo civil o princípio da tipicidade das formas processuais. Tratava-se, nas palavras de Giuseppe Chiovenda de uma garantia de liberdade das partes contra a possibilidade de arbítrio do juiz. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Deste modo, garantia-se ao litigante que o juiz não ultrapassaria os limites das formas processuais, inclusive dos meios executivos tipificados na lei. De maneira que havia nítida relação entre lei, a liberdade e a contenção do poder judicial.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011a. p. 17.

⁴¹ O Estado pressionado a reformular suas instituições jurídico-políticas, passou, então, a empreender reformas a fim de atender aos novos direitos e, conseqüentemente, os novos sujeitos de direitos, em duas demandas coletivas e difusas. Dentre suas preocupações mais legítimas encontram-se a prestação jurisdicional estatal e a ampliação do direito ao acesso das garantias processuais e dos mecanismos que tornem eficazes ao indivíduo, e a toda comunidade, a cessação da violação do direito e/ou a sua reparação.” ANNONI, Daniela. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 183.

⁴² “Hoje já não é admissível aquele estático modelo de positividade. O acelerar da história de um lado, e o conceito de positividade do direito que considera a dinâmica dialética do processo formativo e aplicativo das normas jurídicas, de outro, impõem a configuração de um diverso paradigma metodológico, tendo em vista não mais o modelo de sociedade hegemonicamente centrado na figura do indivíduo, no burguês empreendedor e confiante no progresso – o pai de família, o homem de negócios, o proprietário de que falara Thiabaut ao propor a codificação da Alemanha – , mas fulcrado na pluralidade e na complexa tessitura das suas relações sociais de base.” COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 284.

⁴³ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 255.

paulatinamente se revelam ultrapassados. Como consequência deste cenário, sucessivas reformas ocorreram com a finalidade de adequar o Código de Processo Civil à técnica legislativa, à realidade concreta:

[...] adotaram técnicas legislativas diferenciadas, menos formalistas e de caráter mais aberto às dinâmicas situações concretas, conferindo maiores poderes ao juiz e possibilitando uma melhor adequação do direito adjetivo, em cada caso concreto, à efetiva realização do direito material.⁴⁴

Entre as técnicas legislativas adotadas que mencionamos, podemos encontrar as *cláusulas gerais* bem como *conceitos jurídicos indeterminados* que conferem mobilidade e flexibilidade ao sistema. Dessa forma, em um sistema que está em constante construção, nada mais natural e lógico possibilitar ao julgador instrumentos aptos a buscar para além da lei o conteúdo necessário ao preenchimento das lacunas. Nesse sentido, ganha relevância o papel do magistrado uma vez que sua função de intervenção nos negócios privados é potencializada⁴⁵.

3.3 Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: compreendendo conceitos

A ideia de que vivenciamos a era da decodificação é cada vez mais difundida na doutrina jurídica. Os Códigos passam a abandonar sua pretensão totalizante, generalizadora e uniforme para ceder, cada vez mais, lugar a leis especiais destinadas a regular situações específicas. No direito processual também é possível constatar esse fenômeno. Se na doutrina processual liberal observamos um único procedimento com a finalidade de atender a todas as posições sociais e a todo e qualquer direito, atualmente os procedimentos especiais ganham notoriedade, assumindo a conotação de instrumentos aptos a atender às variadas situações jurídicas carentes de tutela.

Todavia, diante da variedade de procedimentos e de técnicas judiciais uma problemática surge: o aumento dos poderes do magistrado assim como o aumento da possibilidade de soluções variadas para situações litigiosas. Diante da percepção inevitável do

⁴⁴ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 255.

⁴⁵ “Numa palavra, as cláusulas gerais colocam em ainda maior relevância o trabalho dos julgadores [...]” que passam a ser como que “legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto.” MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 13, v. 50, p. 11-12, abr./jun. 2004.

esgotamento das disposições legislativas, surge a necessidade da lei contes espaços tendentes a possibilitar ao juiz adaptar a norma às novas realidades e aos novos valores insurgentes. Assim, surge a noção de cláusula geral.

Metaforicamente⁴⁶, poderíamos identificar as cláusulas gerais como verdadeiras *válvulas* do sistema, “[...] por onde penetram elementos dele ausentes, inclusive metajurídicos, permitindo sua permanente adaptação a realidade socioeconômica”, de tal modo que se dá “[...] a atualização imediata dos comandos, sem que se faça necessária qualquer mudança legislativa.” A própria lei “[...] deixa uma margem para a erupção de valores extralegais, e necessariamente mutáveis”⁴⁷, ou seja, “[...] *standarts*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de dever de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada). Há espaço para “recolher e regular mudanças e criações supervenientes.” O próprio sistema conforma a evolução do direito que, embora a princípio venha assistemática, logo pode organizar-se.

Ao contrário da pretensão totalizante dos Códigos de outrora⁴⁸, as cláusulas gerais não têm por objetivo enclausurar o pensamento do juiz. Utilizando em grau mínimo o princípio da tipicidade, as cláusulas gerais atuam como metanormas na medida em que enviam ao magistrado critérios determináveis em outros espaços do sistema ou mesmo fora dele. Nas palavras de Judith Martins Costa⁴⁹:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência para que, à vista dos casos concretos, crie, completamente ou desenvolva normas

⁴⁶ CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 109.

⁴⁷ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>> Acesso em: 3 abr. 2014.

⁴⁸ Antonio Menezes Cordeiro afirma que as codificações são essencialmente redutoras e simplificadoras, provocando, num primeiro momento, reclamos da exegese literal dos textos. CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13. Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, complementa ao dizer “Nota-se, desde logo, que a técnica das cláusulas gerais, peculiar aos códigos da contemporaneidade, funda-se na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do direito. Portanto, tal técnica não só faz ruir a idéia de completude dos compêndios legislativos, definidos exclusivamente a partir da técnica casuística, como demonstra a insuficiência da lei, aplicada à base de subsunção, para a solução dos variados casos litigiosos concretos. Com isso, inquestionavelmente confere maior subjetividade ao juiz, dando-lhe poder para construir a decisão a partir de elementos que não estão presentes no tecido normativo.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010c. p. 153.

⁴⁹ COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 298.

jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização, pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é possível apontar como traços característicos da cláusula geral uma norma que demanda precisão, construção por parte do interprete uma vez que ela não se apresenta de forma acabada. Fabiano Menke⁵⁰ ainda aponta que “[...] jamais haverá cláusula geral implícita, uma vez que se trata de uma técnica legislativa.” Dessa forma, o que a cláusula geral opera nada mais é do que o reenvio a outros espaços – seja do próprio ordenamento jurídico ou ainda outros valores existentes dentro ou fora do sistema – permitindo que o intérprete busque auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar sua linha argumentativa.

Já no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, corroboramos a classificação bipartida adotada por Fabiano Menke⁵¹. Por ela, os conceitos jurídicos estariam representados em duas espécies: os referentes a valores e os concernentes à realidade fática:

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também apresentam vagueza semântica e reenvio a standarts. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente à valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as conseqüências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo. Na cláusula geral isso não ocorre, a operação intelectual do juiz é a mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as conseqüências práticas.

Por outro lado, ao tentar distinguir os conceitos de cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados, Paulo Renato Gonzales Nardeli⁵² aponta que:

Comumente, a definição, alcance e aplicabilidade das expressões “cláusulas gerais” e “conceitos jurídicos indeterminados” são confundidas no meio jurídico. No entanto, tais institutos têm significado diverso e posição diversamente delimitada no estudo do Direito, principalmente se considerada a finalidade e aplicabilidade de ambos na hermenêutica jurídica. O texto que ora se desenvolve te, portanto, o condão de esclarecer as principais

⁵⁰ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 13, v. 50, p. 14, abr./jun. 2004.

⁵¹ *Ibid.*, p. 15.

⁵² NARDELI, Paulo Renato Gonzales. **Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados**. (análise comparativa breve). 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/clausulas-gerais-e-conceitos-juridicos-indeterminados-analise-comparativa-breve/5580/>> Acesso em: 3 abr. 2014.

diferenças entre as duas expressões. Primeiramente, as cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, com certa margem de liberdade, uma vez que são formulações de caráter significativamente genérico e abstrato, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo próprio julgador no processo de hermenêutica; autorizado que está, para assim agir, em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados, no que se refere à finalidade e à eficácia, pois os conceitos jurídicos indeterminados uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao julgador, tão somente, aplicar referida solução. Por outro lado, as cláusulas gerais, ao contrário do que se disse com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com valores para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

No mesmo sentido, complementa Teresa Arruda Alvim Wambier⁵³:

Um conceito vago, indeterminado ou aberto é considerado, em si mesmo uma técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tomar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto da lei. [...]. Cláusulas gerais, por sua vez, consistem num fenômeno mais complexo do que um mero conceito vago, embora ambos pertençam à mesma família [...]. Cláusulas gerais desempenham papel de vetor interpretativo de outras normas [...]. As cláusulas gerais como que criam uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça, que existe na comunidade.

Por todo o analisado, podemos concluir que os conceitos jurídicos indeterminados, uma vez previamente estabelecidos na lei, necessitarão de preenchimento. Nesse sentido, apresentam-se como molduras pré-estabelecidas, dentro das quais o juiz irá inserir, tal qual um artista ao compor sua arte, as peculiaridades fáticas do caso concreto. Como exemplo podemos citar o instituto da antecipação dos efeitos da tutela com base em abuso do direito de defesa. Ou seja, somente diante do caso concreto que o juiz verificará qual a conduta praticada pelo réu se enquadra como abuso do direito de defesa, uma vez constatada no contexto dos autos, suas consequências já estarão definidas pela lei.

As cláusulas gerais, por sua vez, são muito mais amplas e, portanto, possuem um grau de indeterminação muito maior de modo que “[...] *ao aplicar e concretizar os valores e princípios contidos nessas cláusulas, o intérprete deverá construir a própria moldura que*

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 72, p. 139-140, jun. 2009.

melhor de adéqüe à realidade.”⁵⁴ Como exemplo de cláusula geral podemos observar o art. 461 do CPC⁵⁵ que, buscando a efetiva proteção e realização da tutela específica, pauta sua redação de forma aberta. Dessa maneira, possibilita uma maior mobilidade e atuação do texto normativo, com a construção, caso a caso, do “remédio” processual mais adequado à efetiva tutela jurisdicional do direito.

Sintetizando, podemos afirmar que a adoção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador possibilita uma maior efetividade do processo como autêntico instrumento de realização de direitos. Essa técnica legislativa⁵⁶ também foi adotada pelo projeto de NCPC, conforme destacam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁵⁷:

O projeto fala no direito à obtenção de solução integral da lide, inclusive a atividade satisfativa, em “prazo razoável” (art. 4º). Fala na interpretação da legislação em conformidade com os “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, devendo ser interpretada com “razoabilidade” (art. 6º). Impõe a todos que participam do processo a atuação com “lealdade e boa-fé” (art. 66, III). Reputa litigante de má-fé aquele que “proceder de modo temerário” ou “provocar incidentes manifestamente infundados (art. 69, V e VI). Refere que o juiz poderá determinar “as medidas que considerar adequadas” quando houver fundado receio de que uma parte antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 278). Condiciona o direito à tutela de urgência à demonstração de “risco de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 283). Possibilita a utilização de todas as “medidas necessárias” para a efetivação da tutela específica ou da tutela que leve ao resultado prático equivalente envolvendo as situações substanciais que se especificam em fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 502 e 504, parágrafo único). Veda a alienação de bem penhorado por “preço vil” (art. 809), Possibilita o conhecimento de recurso especial ou de recurso extraordinário tempestivo inadmissível por defeito formal que não se repete “grave”, desde que a

⁵⁴ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm. 2012. p. 259. (grifo nosso).

⁵⁵ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁵⁶ A técnica legislativa da cláusula geral não é algo novo no nosso ordenamento jurídico, se observarmos a esfera do direito material encontramos um sensível avanço no que se refere a adoção de campos mais amplos para atuação do juiz: “O Código Civil de 2002, segundo Clóvis do Douro e Silva, insere-se nessa nova tradição de Códigos não totalizantes. Não contendo a pretensão de regular todo o direito civil, constantemente remete a leis ainda não editadas (principalmente em matéria de família e empresa), ou ao próprio juiz, que pode decidir conforme a boa-fé, os usos do lugar ou os costumes. Estes bolsões destinados às cláusulas gerais, ainda, permitem interligações sistemáticas com a Constituição Federal e com outras leis, reforçando seu caráter subsidiário e ao mesmo tempo central do sistema de direito privado.” CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm. 2012. p. 242.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

decisão da questão de mérito contribua para o “aperfeiçoamento do sistema jurídico” do ponto de vista individual ou de casos repetitivos” (art. 944, § 2º). Repete o requisito constitucional da admissibilidade do recurso extraordinário, asseverando-o cabível tão somente quando houver “repercussão geral” da questão constitucional nele versada (art. 950). São exemplos de normas principiológicas, de postulados normativos aplicativos, de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais empregados no Projeto.

A adoção de textos normativos a partir da técnica legislativa da cláusula geral e dos conceitos jurídicos indeterminados – onde se exige um raciocínio judicial mais complexo e sofisticado – em detrimento da técnica casuística possibilita uma maior aproximação do direito processual com o direito material, tornando mais viável uma tutela do direito de maneira adequada, tempestiva e efetiva⁵⁸. Todavia, se de um lado adoção de técnica legislativa própria de um Estado Constitucional possibilita maior flexibilidade ao sistema, de outro promove um desafio diante da necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais:

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão – essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem de contar com estabilidade.⁵⁹

Dessa forma, diante deste deslocamento de rixo, torna-se igualmente necessário repensar o significado externo da decisão. Ou seja, não basta afirmar que a decisão judicial não pode ser vista como *mera aplicação da lei*⁶⁰. Isso é óbvio e incontestável. Há a necessidade de ir além, conferindo à decisão do juiz contemporâneo outro valor, que lhe assegure respeito e previsibilidade. Se o juiz se vale da cláusula geral para chegar à regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral nada mais é do que uma norma

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 153.

⁶⁰ Na análise de Judith Martins Costa: “O alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só o sentido da cláusula geral mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a *boca da lei* --- não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese --- mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.” COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

legislativa incompleta que, com a decisão (plano da realidade), torna-se norma jurídica concreta:

Dessa forma, como é intuitivo, afigura-se previsível a possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. Acontece que, como é óbvio, a função das cláusulas gerais não é a de permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral.⁶¹

A despeito da necessidade da técnica legislativa da cláusula geral e do conceito jurídico indeterminado, não parece saudável ao sistema que cada juiz imponha, no caso concreto, suas próprias convicções pessoais, morais e políticas, pra tratar de forma diferente casos análogos. É o que passamos a analisar.

3.4 Razões para observar os precedentes judiciais: a questão da segurança jurídica e da igualdade no processo

3.4.1 Análise crítica da segurança jurídica

A sociedade contemporânea é caracterizada, em grande medida, por sua hipercomplexidade⁶², ou ainda, pelo seu dinamismo presente nas constantes alterações na forma de compreender a própria realidade. Esse fator passa a ser potencializado tanto pelo fenômeno da globalização quanto pela difusão da internet. Dessa forma, diante de um futuro incerto e de constantes modificações sociais, é natural que se questione em que medida o direito pode oferecer certo grau de certeza “[...] não sem também espezinhar a dificuldade de conciliar o respeito à forma da lei e a justiça no caso concreto.”⁶³

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 154.

⁶² “O surgimento dessas diferenças ampliou as possibilidades e alternativas no interior da sociedade. A sociedade moderna, ao contrário das organizações sociais anteriores, será caracterizada por um nível elevado de complexidade. A inexistência de um princípio unitário implica a reprodução contínua de diferenças. Não há mais certeza ou imutabilidade, não há mais determinação do ‘ser’ sobre o ‘dever ser’, mas unidades autônomas que geram, constantemente, diferenças: há a substituição dos sistemas externos por sistemas auto-referenciais. O sistema social, de forma inédita, tem de conviver com a incerteza e a contingência. Mais ainda: para funcionar, tem de diminuí-la ou tratá-la. Tamanha complexidade bloqueia a operacionalidade do agir. É preciso ordenar a coexistência das estruturas diferenciadas, ou seja, reduzir a complexidade a níveis compatíveis de operacionalização. Esta é a função dos subsistemas sociais parciais da sociedade moderna, dentre os quais o sistema jurídico.” GONÇALVES, Guilherme. Os paradoxos da certeza no direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 2, v. 2, n. 1, p. 215, jan./jun. 2006.

⁶³ *Ibid.*

O direito é especializado em generalizar congruentemente expectativas normativas. Em outras palavras, isto significa que o sistema jurídico constrói mecanismos abstratos e indiferentes aos fatos: mesmo diante da frustração fática de uma expectativa, o direito é capaz de mantê-la inalterada no tempo. Ele cria uma forma de imunização em relação às diferenças do seu ambiente que, ainda que existam e se reproduzam, são ocultadas pela criação de expectativas normativas. Esta é a fórmula que o sistema jurídico utiliza para reduzir complexidade e diminuir contingência. Esta é a certeza que o direito oferece para as operações sociais. É justamente neste momento que se observa o renascimento da certeza do direito no direito positivo.

Nesse sentido, é facilmente verificável como que, muitas vezes a segurança jurídica é contraposta a equidade. Um exemplo de fácil percepção pode ser extraído no âmbito do direito material civil quando se estuda os contratos. O conteúdo contratual compactuado pelas partes está assegurado pelo princípio do *pacta sunt servanda* que nada mais é do que uma garantia de estabilidade e cumprimento do acordo. Esta garantia que já foi compreendida de forma absoluta hoje é bastante mitigada tanto pela jurisprudência quanto pela lei a fim de permitir o reequilíbrio em prestações que sejam demasiadamente desproporcionais a uma das partes. Dessa forma, notamos clara influência do dever de informação e colaboração norteando a condução do pacto estabelecido, uma vez constatada cláusulas abusivas ou contrárias a boa-fé, estas serão anuladas.⁶⁴

O exemplo acima deixa claro que a imutabilidade do conteúdo pactuado (isto é, a certeza e a segurança jurídica elevadas à sua máxima potência), é por óbvio, favorável à parte em situação mais confortável no contrato. No caso dos contratos de adesão, o predisponente das cláusulas; nos de consumo, o fornecedor e assim por diante. No sentido oposto, a possível alteração das prestações, a criação de deveres anexos não previstos e a nulificação de cláusulas abusivas são desejadas pelo aderente e pelo consumidor, partes em desvantagem naquela mesma relação contratual.⁶⁵

Nossa crítica é no sentido de que a defesa da segurança jurídica é, por vezes, anunciada, sobretudo por aqueles cujos interesses conformam na manutenção do cenário tal como se encontra. A segurança jurídica em um Estado democrático de direito deve ser assegurada por meios legítimos, compreendida e analisada na perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. De outro lado, a constante alteração – seja no que concerne às leis ou as decisões dos Tribunais – não é algo saudável ao ordenamento jurídico. Daí porque se de

⁶⁴ “Pode-se dizer, pois, que a justiça contratual se sobreleva à estabilidade como valor preterido pelo ordenamento jurídico em dadas situações.” CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. São Paulo: JusPodvm. 2012. p. 231-232.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 232.

um lado a segurança jurídica não deva ser aceita como conceito estanque, apartada das vicissitudes que permeiam o Direito; igualmente não pode ser ignorada. O valor da segurança jurídica tem sua relevância no sistema, é por meio dele que as relações se desenvolvem normalmente que somente terão continuidade no tempo havendo um mínimo de estabilidade que as encampe.⁶⁶

3.4.2 Conteúdo do princípio da segurança jurídica

O estudo da certeza jurídica é tema que ganha grande relevância no *civil law* a partir do processo de codificação, expressão máxima da positivação do Direito⁶⁷. Em contraste a vertiginosa alteração do mundo, o direito continua a conservar um princípio geral de segurança jurídica, que, segundo Canotilho⁶⁸ traduz-se na exigência de fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência nos atos do poder. Isso é desejável na medida em que ao cidadão⁶⁹ é possibilitado garantir segurança de suas disposições e os efeitos jurídicos de seus próprios atos.

Em um Estado democrático de direito, a garantia da segurança jurídica passa a ser compreendida em uma amplitude maior, ela estaria atrelada ao chamado “direito de exigibilidade”⁷⁰, isto é, o direito que os indivíduos possuem para exigir que a norma que garante seus direitos seja aplicada. Com isso, “[...] a segurança jurídica compõe o valor

⁶⁶ “A segurança jurídica] não pode ser abandonada, sob pena de a própria ordem jurídica não parar em pé. Há que se conciliar a segurança jurídica com a justiça, e não aniquilar uma em favor da outra, pois embora muitas vezes conflitantes, são dois dos pilares essenciais do direito.” CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. São Paulo: JusPodvm. 2012. p. 231-232.

⁶⁷ GONÇALVES, Guilherme. Os paradoxos da certeza no direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 2, v. 2, n. 1, p. 214, jan./jun. 2006.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 252.

⁶⁹ “O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 122.

⁷⁰ Segundo Pérez Luño, há uma aproximação entre *segurança e justiça*: “O primeiro [segurança] deixa de identificar-se com a mera noção de legalidade ou de positividade do Direito, para conectar-se com aqueles bens jurídicos básicos cujo “asseguramento” se estima social e politicamente necessário. A justiça perde sua dimensão ideal e abstrata para incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam o seu conteúdo no Estado social de Direito.” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. **Doxa**, Alicante, n. 7, p. 327-349, 1990. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/cuaderno7/doxa7_12.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2014.

justiça, fundindo-se a partir da realização das garantias da realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.”⁷¹

Para Luiz Guilherme Marinoni⁷², a segurança jurídica é indispensável a conformação de um Estado que se pretenda ser “Estado de Direito”:

Embora as Constituições, em geral, e Cartas de direitos humanos fundamentais – como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica – não aludem a um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito dela é indissociável. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Dessa forma, a segurança jurídica assumiria o status de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental⁷³. A própria Constituição Federal de 1988 conecta o princípio da segurança jurídica à cidadania e à dignidade da pessoa humana ao inseri-lo no preâmbulo da CF/88 e, posteriormente, no caput do art. 5º como direito inviolável, ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade⁷⁴. O Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a neguem.

Para que a segurança jurídica não se perca em um conceito vago, diante da sua amplitude semântica, convém discriminar dois elementos imprescindíveis a sua caracterização. O primeiro deles é a *previsibilidade*, ou seja, para que o cidadão possa esperar um determinado comportamento ou ainda para que dele se exija determinada postura ante um

⁷¹ CASALI, Guilherme Machado. Sobre o conceito de segurança jurídica. In: CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais...** Manaus, 2006. p. 6271-6282. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2014.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 120-121.

⁷³ Ingo Sarlet atrela a noção de segurança jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas as aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. 12 jul. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em: 5 abr. 2014.

⁷⁴ “Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável do art. 5º.” MARINONI, 2010b, op. cit. p. 122.

fato, é necessário que haja confiabilidade na qualificação das situações jurídicas assim como deve haver previsibilidade quanto às conseqüências das suas ações:

Para que haja previsibilidade, igualmente são necessárias algumas condições. Se é certo que não há como prever uma conseqüência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que esta depende, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-la. Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta da circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, *na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis.*⁷⁵

De outro lado, em uma dimensão objetiva, a segurança jurídica também revela a necessidade da ordem jurídica – compreendida aqui tanto quanto às leis como às decisões judiciais – ser *estável*, possibilitando o mínimo de continuidade:

Não há como ter previsibilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. *A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões*, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.⁷⁶

Nesse sentido, a segurança jurídica deve ser compreendida como tanto como uma garantia de previsibilidade quanto estabilidade do ordenamento, seja por meio da vedação de mudanças bruscas da lei quanto na garantia de que ela deve ser aplicada. É justamente o repúdio a decisões contraditórias, que possibilitam interpretações distintas para casos essencialmente iguais, que traz à tona a necessidade de respeito aos precedentes e aos meios de dotar segurança jurídica a interpretação legislativa.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 123-124. (grifo nosso).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 130. (grifo nosso).

3.4.3 Análise do princípio da igualdade

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, *caput*, que: “[...] *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*.”, dessa forma aloca a igualdade enquanto elemento indissociável do Estado democrático de direito, iluminando a compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico. Como é cediço, o tratamento desigual é permitido quando necessário a realização da própria igualdade, isto é, quando existam fatores que justifiquem e imponham tratamento desigual sendo rechaçadas possíveis discriminações fundadas em critérios ou elementos incapazes de imporem tratamento desigual, seja de forma lógica ou substancial.

O princípio da igualdade é imperativo tanto a particulares quanto ao próprio Estado. Dessa forma, tanto o executivo, quanto o legislativo e o próprio judiciário sofrem a mesma incidência do princípio. Nesse sentido, se o administrador tem sua atividade regulada pela igualdade, está vedado de editar leis que fomentem desigualdades infundadas. Entretanto, o judiciário no ordenamento brasileiro não se submete à igualdade no momento da prestação jurisdicional, devendo observá-la apenas no que se refere ao tratamento igualitário das partes diante do processo:

É imprescindível sublinhar, nesta altura do desenvolvimento da presente tese, que o Judiciário de *civil law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. Jaz inocultável que esse poder deixar de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem que realizar o principal papel que lhe foi imposto. Raciocínio contrário, capaz de desculpar o Judiciário, apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais.⁷⁷

Quando analisamos a incidência do princípio da igualdade no processo civil, é possível perceber que a preocupação da doutrina brasileira se restringe basicamente a duas compreensões, de um lado há a preocupação quanto aos aspectos internos *no processo*, ou seja, a análise aqui é restrita à participação das partes – se estão em “igualdade de armas”, se o magistrado dispensa o mesmo tratamento aos litigantes etc. Tanto é verdade que a isonomia normalmente é vinculada ao princípio do contraditório, ou seja, analisa-se se as partes têm iguais condições de intervir no processo, agindo e reagindo de modo a influenciar a convicção

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____. (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm. 2012. p. 577-578.

judicial. De outro, observamos a igualdade quanto *ao processo*, trata-se da igualdade de acesso à jurisdição⁷⁸, aos procedimentos e a técnica processual:

Trata-se obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados.⁷⁹

A igualdade *no processo* e igualdade *ao processo* mencionado acima, nada mais significa do que pensar a igualdade diante da jurisdição, assim teríamos como espécies (a) a igualdade de tratamento no processo, (b) a igualdade de acesso à justiça e (c) a igualdade ao procedimento e à técnica processual. Observe que diante dessa tríade encontramos uma lacuna, onde encontraríamos a igualdade perante as decisões judiciais? Luiz Guilherme Marinoni⁸⁰ alerta que o acesso à justiça e a participação adequada no processo somente ganham sentido quando correlacionados com a decisão. “Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.”⁸¹

É preciso compreender a decisão enquanto fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída ao juiz singular. Adotando-se essa premissa é inevitável constatar que a

⁷⁸ A igualdade também exige a consideração de aspectos econômicos que podem obstacularizar a participação no processo. Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstacularizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo como também o direito de participar com paridade de armas. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 419-420.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____. (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 578.

⁸⁰ Id. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 140.

⁸¹ Ibid.

racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Nesse mesmo sentido, Paulo Miranda de Oliveira⁸² sustenta que:

Causa espanto a qualquer um (e, curiosamente, menos àquele que opera com o direito) a circunstancia de uma mesma questão jurídica receber do Judiciário mais de uma solução. Essa perplexidade apenas se multiplica e ganha contornos objetivamente nocivos quando o mesmo tema acaba sendo comum a um grande número de demandas. Com efeito, decisões divergentes geram insegurança jurídica nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. É, portanto, nefasto, do ponto de vista jurídico. São os efeitos deletérios da divergência.

Dessa forma, muito embora o tratamento desigual seja “tolerado” pelo ordenamento jurídico brasileiro isso não significa, de qualquer forma, que ele é aceitável ou até mesmo desejável. Em casos onde existir o *discrímen legislativo*⁸³ (o *distinguishing do common law*), o tratamento anti-isonômico será possível uma vez que estará configurada uma legítima diferença entre o processo em julgamento e o precedente paradigma. Como bem observa Celso Antonio Bandeira de Melo⁸⁴ “[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.”

No mesmo sentido, Leonardo José Carneiro Cunha⁸⁵ complementa:

A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos idênticos sejam solucionados da mesma maneira, privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior previsibilidade para os casos similares ou idênticos e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador.

Por todo o exposto até o presente momento, fica claro que as concepções de Direito e de jurisdição foram transformadas, sobretudo devido ao impacto da técnica das cláusulas

⁸² OLIVEIRA, Pedro Miranda. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 681.

⁸³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 573.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do princípio jurídico da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 38.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 15, n. 2, p. 235-268, jul./dez. 2009. Disponível em: < <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume252/10.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

gerais e do neoconstitucionalismo⁸⁶. Isso é mais do que suficiente para impor urgentemente a garantia de igualdade perante as decisões judiciais. O respeito aos precedentes deve ocorrer da necessidade de tratamento igualitário esculpido na lei e exigido pela própria Constituição Federal, como uma das faces do Estado democrático de direito.

3.5 O projeto de novo CPC e a valorização da jurisprudência: a guisa de uma teoria de respeito aos precedentes judiciais

A técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais foi adotada pelo legislador no projeto de novo Código de Processo Civil com o objetivo de conferir maior abertura ao sistema, permitindo uma melhor adequação dos dispositivos legais à dinâmica histórico-cultural, permitindo assim ao magistrado que se faça justiça no plano da concretude⁸⁷. Entretanto, a aplicação dessa técnica legislativa implica, invariavelmente, na possibilidade de cometimento de arbitrariedades por parte do aplicador da lei o que, por sua vez, coloca em risco a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade princípios insculpidos em um Estado que pretenda ser democrático de direito tal como o brasileiro.⁸⁸

O fato é: não havendo uma solução semelhante para casos semelhantes, ficando meramente a critério de o julgador realizar o trabalho de alfaiate, encontrando a solução que

⁸⁶ “É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neosconstitucionalismo(s). Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreto do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).” ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso em: 5 abr 2014.

⁸⁷ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 264.

⁸⁸ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier ao tratar da atuação do juiz ante o princípio da legalidade, no sistema da *civil law*, salienta que: “além disso, esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos de cláusulas gerais. [...] Vê-se, portanto, que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 72, p. 137, jun. 2009.

melhor se adapte ao caso concreto⁸⁹, abre-se espaço para possíveis violações do princípio da igualdade e crescente insegurança jurídica. Em outros termos: a despeito da ligação dessa nova forma de técnica legislativa com a tutela jurisdicional adequada e efetiva, surgem questionamentos quanto à possibilidade de desvios casuísticos – o que geraria inegável insegurança jurídica – com isso, ganha relevância a discussão quanto à adoção de técnicas de controle na aplicação desses dispositivos a serem previstas no Projeto.

Nesse sentido, é possível perceber o caráter híbrido que o sistema processual brasileiro revela, isto é, em maior ou menor grau, verificam-se traços característicos tanto do sistema *civil law* quanto da *commom law*. Hermes Zanete Júnior⁹⁰, corroborando a afirmação, leciona que:

A ligação entre um sistema de legalidade (L'État legal, francês, ou Rechtsaat, alemão modelos dos Códigos) e um sistema de precedentes-normativos (Rul eof Law – controle dos poderes vinculativos das decisões judiciais) sugere a particularidade híbrida do sistema brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade de jurisdição. Ocorre destarte e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição brasileira, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça ou lesão a direito.

Portanto, notamos que o direito pátrio utiliza-se dos precedentes judiciais, mas ao contrário do que ocorre no sistema da *commom law* onde os mesmos tem função eminentemente vinculativa, o direito brasileiro possuiria um modelo misto quanto a sua eficiência. Conforme ensina Cruz e Tucci⁹¹ isso compreenderia a existência de precedentes com eficácia meramente persuasiva, com relativa eficácia vinculante e precedentes com eficácia vinculante.

⁸⁹ “Porém, mais preocupante, para o Estado Democrático de Direito, são as decisões de juízes e tribunais que, sob a desculpa de aplicar os direitos fundamentais, afirmam valores morais particulares, impondo as suas opções pessoais sobre a vontade do governo majoritário. Isto coloca no lugar da democracia uma aristocracia em desacordo. Uma aristocracia composta por juízes que não se entendem. Note-se que a plurissignificação judicial do sentido da Constituição, própria a um sistema que não convive com a lógica dos precedentes, retira do controle da constitucionalidade a função de salvaguarda da Constituição, fazendo surgir, isto sim, a sobreposição de vontades morais sobre o produto do legislativo.” MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 1 abr. 2011b. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=62>. Acesso em: 5 mar. 2014.

⁹⁰ ZANETE JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 203.

⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 245.

De acordo com Fredie Didier Júnior⁹², em obra em co-autoria com Paula Sarna Braga e Rafael Oliveira:

O sistema da *commom law* é informado pela teoria do *stare decisis*, segundo a qual o precedente judicial – *rectius*: a sua *ratio decidendi* –, sobretudo aquele emanado da Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhes são hierarquicamente inferiores. [...] Por conta disso foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais, mas é relevante observar que o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à tradição da *civil law* [...], quer vinculado à tradição da *commom law* [...]. A diferença está, na verdade, no grau de autoridade (eficácia) que possui.

Atento a essa mudança, o NCPC, preocupado com a uniformidade e estabilidade da jurisprudência, em seu Livro IV (“*Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*”), Título I (“*Dos processos nos tribunais*”), Capítulo I que trata das disposições gerais, é possível observar disposição no sentido de prever que os tribunais busquem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente.

Art. 882 Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições ficadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, neste ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da 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.

§1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2011. v. 2. p. 331.

Na análise de Luiz Guilherme Marinoni⁹³:

[...] o Projeto perde enorme oportunidade de explicar a necessidade de vinculação aos precedentes no direito brasileiro. Se a outorga de sentido aos textos é dada mediante a reconstrução de elementos jurídicos à disposição do juiz no momento da aplicação do Direito, então é certo que a norma não preexiste no momento da sua interpretação/ aplicação. Logo, para promoção do império do Direito é preciso vinculação às normas concretas formuladas pela jurisdição. Em uma perspectiva geral, a nova teoria das normas (princípios, regras e postulados) e a nova técnica legislativa, com emprego de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, impõem para promoção da supremacia um sistema baseado em precedentes vinculantes. Em uma perspectiva particular, de reconstrução normativa para a solução do caso concreto, para que exista atendimento fiel ao dever de motivação das decisões judiciais, é preciso atentar para a necessidade de fundamentação específica quando há colisão de princípios, afastamento de regras, densificação de termos indeterminados e determinação de congruências jurídicas não previstas expressamente pelo legislador. Infelizmente, com a máxima vênia, o projeto peca nestas duas frentes: omite-se na instituição de um sistema de precedentes vinculantes e normatiza de maneira equivocada e incompleta o dever de motivar nas situações problemáticas antes apontadas.

Analisamos anteriormente a aplicação da técnica legislativa da cláusula geral no caso concreto cujas principais características são: trata-se de uma norma construída a partir de um processo jurisdicional, que nasce a partir de um caso concreto – diferentemente do que observamos na lei – e também é uma norma que pode ser aplicada a casos semelhantes futuros, ou seja, essa norma tem por objetivo servir de paradigma para solução de casos futuros e análogos ao primeiro.⁹⁴ Tecnicamente, a norma geral aplicada ao caso concreto é denominada precedente judicial. Portanto, quando falamos de precedente nada mais designamos que uma norma que é criada pelo judiciário (juiz) que poderá ter aplicabilidade em outro caso concreto futuro.⁹⁵ Quando um precedente passa a ser adotado por um Tribunal, estamos diante da *jurisprudência dominante*. Por sua vez, sendo a jurisprudência dominante, passamos a falar em *súmula*. Nesse sentido, a súmula nada mais é do que o enunciado (texto) da norma jurídica geral que foi reiteradamente aplicada. Dessa forma, somente é possível compreender uma súmula se conhecer sua origem, ou seja, conhecer os julgados que deram

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.p. 54.

⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2011. v. 2. passim.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 340-343.

origem aquela consolidação de texto Fredie Didier Júnior⁹⁶ chega até mesmo a afirmar que a súmula é um texto normativo indissociável da sua história, não havendo que falar em autonomia sumular.

Muito embora a terminologia *precedente* possa revelar uma polissemia semântica, no âmbito do Direito não há o que se confundir com a concepção ou o conceito de *jurisprudência*. Outrossim, o precedente enquanto uma “[...] decisão judicial tomada à luz de um caso concreto [...]”⁹⁷, nada mais expressa do que o valor de *uma decisão*, não dependendo portanto, de qualquer força vinculativa formal, tendo potencial para, por si só, influenciar na solução de casos futuros. Neste momento já é possível apresentar uma primeira distinção de cunho qualitativo: “[...] enquanto o termo jurisprudência designa um conjunto de decisões, o termo *precedente* espelha, por essência, a ideia de *uma* decisão pronunciada pelo Judiciário.”⁹⁸

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁹⁹, ao analisarem o projeto do novo Código de Processo Civil, complementam a noção retro explanada de que o precedente judicial conforma uma decisão. Afirmam que:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

Dessa forma, se é possível atestar que todo precedente é uma decisão judicial, o contrário não se reputa verdadeiro, ou seja, nem toda decisão judicial será um precedente. Para uma autêntica constituição de um precedente é necessário que a decisão judicial avance o ineditismo de interpretar a norma. Torna-se imprescindível que a decisão enfrente todos os argumentos principais relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Entretanto, tomando como premissa um caráter mais prático e didático, perfilhamos o entendimento de Fredie Didier Júnior, Paula S. Braga e Rafael Oliveira compreendendo os precedentes como “[...] a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo *núcleo*

⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2011. v. 2. p. 385.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 143. (grifo do autor).

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 165.

essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”¹⁰⁰ Nota-se, portanto, que a partir dessa definição é possível atribuir ao precedente uma noção mais extensiva¹⁰¹.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci¹⁰², todo precedente judicial é formado por duas partes distintas: a primeira delas é composta pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; já a segunda se forma a partir da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. Essa última trata-se da *ratio decidendi*, elemento vinculativo do precedente que pode ser compreendida como:

A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. [...] Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*) (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*).

Nesse sentido, é necessário frisar que não se confunde *ratio decidendi* com *obiter dictum*¹⁰³. Enquanto o primeiro se relaciona com a norma individualizada e, portanto, encontra respaldo na fundamentação jurídica do caso concreto; a *obiter dicta* (termo no plural) é um comentário lateral, paralelo, uma observação política. “O *obiter dictum* é desnecessário, no entanto não é inútil, pois às vezes pode apontar ou sinalizar uma possível orientação do tribunal em outro caso. O voto vencido, por exemplo, é um *obiter dictum*, pois não faz parte da

¹⁰⁰ Sobre precedente em sentido amplo e em sentido estrito Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p.144-154. (grifo do autor).

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 134-201.

¹⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 102.

¹⁰³ Luiz Guilherme Marinoni aponta ser muito difícil delinear um conceito sobre *obiter dictum* no *civil law*. Para o autor no sistema *common law* a distinção entre os conceitos da *ratio decidendi* e da *obiter dictum* encontram razão de existir na valorização dos fundamentos da decisão. Assim, como no common Law importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar, com cuidado, a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial. “No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b. p. 233-234.

ratio decidendi.”¹⁰⁴ O que foi posto como *obiter dictum* não é precedente nem pode ser sumulado¹⁰⁵.

A eficácia do precedente, como regra geral, é sempre *erga omnes*, posto ser uma norma jurídica geral aplicada ao caso concreto. O precedente possui ainda três efeitos: (a) *efeito mínimo do precedente*: trata-se do efeito persuasivo, ou seja, todo precedente poderá ser usado como reforço argumentativo. Nesse sentido, quanto mais alto o nível hierárquico do órgão prolator, maior sua força persuasiva; (b) *efeito impeditivo do meio de impugnação de decisão em que o precedente se baseia*: existem precedentes que, uma vez observados, impedem que sejam rediscutidos por meio de recurso; (c) *precedentes vinculantes ou vinculativos*: são aqueles que devem ser observados. No sistema *common law* trata-se da regra. As súmulas vinculantes, previstas na Constituição Federal de 1988 no art. 103-A, são

¹⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2011. v. 2. p. 335.

¹⁰⁵ O voto vencido não sustenta o dispositivo, mas faz parte da fundamentação. O Superior Tribunal de Justiça já afirmou ser admissível mandado de segurança como substitutivo de ação rescisória nos juizados, diante da proibição do art. 59 da Lei 9.099/95, contudo o ponto central do acórdão era a competência do Juizado Especial Cível, ou seja, essa não é a posição do STJ, mas é uma sinalização: “O requerente pretende a antecipação de tutela em recurso ordinário em mandado de segurança impetrado no TJ, objetivando suspender a execução da sentença no Juizado Especial. Porém, a Turma indeferiu a liminar e julgou extinto o processo ao entendimento de que, tendo em vista que a ação principal discute acidente de veículo de via terrestre, hipótese prevista no art. 275, II, d, do CPC e, por conseguinte, abrangida pelo art. 3º, II, da Lei n. 9.099/1995, não há impedimento para que o Juizado Especial Cível condene o requerente ao pagamento de indenização em montante superior a 40 salários mínimos. E, ainda que o TJ devesse ter conhecido do mandado de segurança com vistas a analisar a competência do Juizado Especial, no mérito, o *writ* deve ser denegado, o que impede a concessão da liminar pleiteada. A competência do Juizado Especial, por si só, é suficiente para afastar a pretensão do requerente. Todavia, dada a relevância da matéria, a Min. Relatora teceu considerações acerca do fundamento subsidiário apresentado pelo TJ para não conhecer do mandado de segurança. Afirmou aquele Tribunal que, tendo a decisão reputada nula transitado em julgado, o conhecimento do mandado de segurança implicaria equipará-lo a uma ação rescisória, incabível no âmbito dos Juizados Especiais. Para a Min. Relatora, o raciocínio deve ser contrário àquele desenvolvido pelo TJ. Nosso sistema processual civil admite, como regra, o ajuizamento de ação rescisória contra sentença de mérito proferida por juiz ou tribunal absolutamente incompetente, nos termos do art. 485, II, do CPC. O art. 59 da Lei n. 9.099/1995, contudo, veda a propositura de ação rescisória contra decisões prolatadas no âmbito dos Juizados Especiais. Por outro lado, está pacificado neste STJ o entendimento de que incumbe aos Tribunais de Justiça exercer o controle da competência dos Juizados Especiais. Diante disso, a interpretação que melhor compatibiliza a vedação do art. 59 da Lei n. 9.099/1995 com o entendimento supra é a de que se deve admitir a impetração de mandado de segurança frente aos Tribunais de Justiça para controle da competência dos Juizados Especiais, ainda que a decisão a ser anulada já tenha transitado em julgado, sob pena de inviabilizar-se, ou ao menos limitar, tal controle, que, nos processos não submetidos ao Juizado Especial, faz-se possível por intermédio da ação rescisória. Ademais, a Lei n. 9.099/1995 não obsta a utilização da ação declaratória de inexistência de ato jurisdicional como meio de reconhecer a ausência de pressupostos de existência da relação processual – no particular, a competência do juízo – de sorte que a admissão do mandado de segurança não implica, necessariamente, sua equiparação à ação rescisória, podendo o *writ* ser igualado ao ajuizamento da *querella nullitatis*. Portanto, pelo menos em tese, com base no juízo perfunctório próprio da sede cautelar, o TJ deveria ter conhecido do mandado de segurança. Tal circunstância, porém, não se mostra suficiente à concessão da liminar, tendo em vista que, no que concerne ao próprio mérito do *writ*, os argumentos do requerente não são plausíveis de modo a caracterizar a presença do *fumus boni iuris*.” (MC 15.465-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/4/2009, Informativo n. 392). (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: informativo de jurisprudência. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 3 abr. 2014).

editadas pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. A partir sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Observe-se que a súmula vinculante determina não só a norma geral do caso concreto, como impedem também o recurso¹⁰⁶.

A fim de que o precedente não seja adotado, alguns fatores devem ser observados enquanto técnica de confrontação. Como já analisamos, o precedente tem sua origem em um caso concreto e para que possa ser utilizado em outro caso concreto há necessidade de demonstrar a semelhança existente entre ambos¹⁰⁷. Igualmente, após esse cotejo inicial, a norma jurídica firmada no precedente (*ratio decidendi*) deverá ser enfrentada. *Distinguishing* é o ato de se proceder à comparação do caso em discussão com aquele caso que gerou o precedente, para se verificar em que medida são semelhantes e, com isso, se pode ou não ser aplicado. Igualmente, o juiz também poderá restringir a aplicação do caso que gerou o precedente se constatar que há distinção no caso em análise que justifique a interpretação restritiva. Dessa forma, estará levado em conta as peculiaridades do caso concreto que obstam a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, teremos então o *restrictive distinguishing*.¹⁰⁸

Observe que quando se faz o *distinguishing* não se está dizendo que o precedente está errado, mas sim que aquele caso em específico contém peculiaridades que o distinguem dos demais e por esta razão não deve ser aplicado¹⁰⁹.

Isso serve para mostrar que a eficácia prospectiva (vinculante ou persuasiva) da jurisprudência não se estratifica em uma regra absoluta e estática. De um lado, ela nunca se desprende dos casos concretos que a originaram, sendo justamente as circunstâncias que os caracterizam como relevantes que servem para identificar os casos confrontados. Por isso, a pesquisa jurisprudencial deve sempre ir em busca de um caso exatamente sobre o mesmo ponto, para daí extrair a aplicação da mesma solução jurídica. Para esse fim, não basta a invocação de uma súmula formulada através de um enunciado genérico, sendo necessário comparar os casos concretos, porque

¹⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2011. v. 2. passim.

¹⁰⁷ Sobre a necessidade de cotejo no caso concreto: Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.171.

¹⁰⁸ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., passim.

¹⁰⁹ Ibid.

somente diante de situações fáticas basicamente idênticas é que se pode aplicar a mesma regra jurídica.¹¹⁰

Não há aplicação de precedente sem *distinguishing* inclusive para precedentes já consolidados em tribunais (súmulas). A não aplicação da súmula em um caso concreto não é desrespeito, mas sim uma aplicação do princípio da igualdade, ou seja, é preciso tratar casos semelhantes de forma igual e casos distintos de forma desigual. Dessa forma, a idéia de que o juiz diante de um sistema de precedentes judiciais se torna um robô, sem qualquer opção a não ser aplicar ao caso concreto a solução apresentada por outro órgão jurisdicional é afastada.

Os precedentes também são passíveis de superação para isso há a chamada técnica do *overruling*. É da essência de um sistema que reconhece a força dos precedentes judiciais permitir que sejam revogados. A modificação jurisprudencial nesse sentido é permitida, no entanto, para que isso ocorra é exigida argumentação jurídica que justifique a necessidade de alteração. Assim, estaremos diante da chamada *overruling* quando houver superação total do precedente. O *overruling* ainda poderá ser expresso (*express overruling*) ou tácito (*implied overruling*), nesse sentido a noção se assemelha a edição de uma lei que expressamente pode determinar a não aplicação da anterior ou, diante da incompatibilidade total, tacitamente confrontá-la tornando a norma não mais aplicável.¹¹¹

Por todo o exposto é forçoso reconhecer que o projeto de novo Código de Processo Civil caminha para uma verdadeira reformulação da processualística brasileira. Em que pese as críticas apontadas, no nosso sentir, o PL n. 8.046/2010 avança na adoção do sistema de precedentes judiciais, e mais, tem por escopo enfrentar as problemáticas advindas de um sistema que cada vez mais adota técnica legislativa das cláusulas gerais. Se for verdade que nosso sistema processual aceita decisões conflitantes, isso não quer dizer que elas sejam desejáveis ou mesmo saudáveis para a promoção do acesso à justiça, do processo razoável e da própria prestação jurisdicional efetiva. De outro lado, como bem apontado por Teresa Arruda Alvim sabemos que tão somente uma lei é incapaz de mudar toda uma cultura processual ainda muito arraigada na litigiosidade e na ética do confronto, entretanto, não podemos negar que se trata de um passo importante para mudança da cultura jurídica.

¹¹⁰ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 410. (cap. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança).

¹¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2011. v. 2. passim.

Nesse mesmo sentido, destacamos julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual o compromisso do Poder Judiciário com a justiça e a segurança jurídica são ressaltados:

PROCESSUAL – STJ- JURISPRUDÊNCIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extinguí-la. (ArRg nos EREsp 228432/RG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/02/2002, DJ 18/03/2012, p. 163).¹¹²

Todavia, é preciso pensar sobre os precedentes judiciais de forma crítica¹¹³. É perceptível que temos uma tentação quase que irresistível de transpormos para nossa realidade uma teoria do direito estrangeiro, de forma simples e muitas vezes reducionista¹¹⁴. Coadunamos com a noção de que temos razões justificáveis para seguir precedentes judiciais na tradição *civil law*, entretanto, todos os elementos que identificamos acima são tradicionalmente encontrados no sistema *common law* e é aqui que devemos ter cuidado. O precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade e para ela, isso apenas revela a imensa complexidade do tema. Nosso ambiente social somado aos nossos valores e interesses, devem ser os vetores para pensarmos o papel e a dinâmica do precedente social entre nós.

Outrossim, identificamos a necessidade de um esforço conjunto a fim de superação do paradigma individualista, conflituoso, negatório, privativo, liberalista, estratificador presentes no Código de Processo Civil de 1973. É dizer, se teremos um diploma normativo erigido em

¹¹² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 abr 2014.

¹¹³ Sobre o assunto vem se formando abundante literatura. No presente trabalho, buscamos guiar nossas formulações a partir de alguns deles: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010b; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹¹⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

um campo autenticamente democrático é preciso que nos comprometamos com ele enquanto *pesquisadores* – formulando perguntas quanto às mudanças propostas –, enquanto *professores* – estimulando pensar o processo civil sob outras perspectivas, perspectivas libertárias, inclusivas, guiadas pela cooperação, pelos meios alternativos de solução de conflitos, pela boa-fé processual etc., - enquanto *advogados, defensores públicos, membros do ministério público, juízes, associados* etc., enfim, enquanto membros da comunidade jurídica.

O correr da vida embrulha tudo,
a vida é assim: esquentada e esfria,
aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.

O que ela quer da gente é coragem.

O que Deus quer é ver a gente
aprendendo a ser capaz
de ficar alegre a mais,
no meio da alegria,
e ainda mais alegre
ainda no meio da tristeza!

A vida inventa!

A gente principia as coisas,
no não saber por que,
e desde aí perde o poder de continuação
**porque a vida é mutirão de todos,
por todos remexida e temperada.**

José Guimarães Rosa

CONCLUSÃO

*Há um tempo em que é preciso
abandonar as roupas usadas
Que já tem a forma do nosso corpo
E esquecer os nossos caminhos que
nos levam sempre aos mesmos lugares
É o tempo da travessia
E se não ousarmos fazê-la
Teremos ficado para sempre
À margem de nós mesmos*

Fernando Pessoa. Tempo de Travessia.

O presente trabalho buscou investigar o Projeto de Lei n. 8.046/2012, notadamente conhecido como projeto de novo Código de Processo Civil, no que se refere à adoção de um sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. A fim de que a pesquisa se desenvolvesse de forma satisfatória, foi preciso adotar algumas premissas que demonstrassem o porquê do diploma processual vigente (Código Buzaid de 1973) já não correspondia aos anseios de uma sociedade caracterizada por sua fluidez, dinamismo e complexidade. Dessa forma adotamos uma compreensão histórico-cultural do processo civil que nos permitiu contextualizar o cenário em que o novo Código de Processo Civil está inserido, demonstrando a um só momento a importância e a necessidade de adotar um sistema de precedentes judiciais.

Ao longo do desenvolvimento dos seus três capítulos, esta pesquisa nos permitiu alcançar algumas conclusões que dizem respeito tanto ao método empregado quanto aos resultados obtidos. Passamos a elencar as principais:

1. O Direito não é fenômeno estanque tão pouco pode ser compreendido de forma apartada da sociedade. Em outras palavras, à medida que a sociedade se altera, reformulando sua forma de organização, estabelecendo novos padrões éticos, atingindo maior desenvolvimento econômico, social, cultural de forma direta ou indireta será possível notar reflexos na ordem jurídica.

2. O processo civil compreendido enquanto técnica para efetivação de direitos igualmente também deve ser compreendido como fenômeno sócio-cultural.

3. Um dos elementos que apresenta maiores vasos comunicantes com o processo civil é o próprio Estado. Dessa forma, constatamos que à medida que o Estado altera sua forma de organização, o processo civil também tem sua compreensão alterada a fim de adequar seus instrumentos para que o próprio Estado possa realizar seus fins sociais assegurando assim o império do Direito.

4. A partir dessa premissa era preciso averiguar a relação entre as formas estatais contemporâneas e o processo civil. A análise do Estado Contemporâneo se revela como um dos temas mais complexos da atualidade. Dessa forma, a fim de não desvirtuar o enfoque do objeto por nós proposto nesta pesquisa, nossa análise se deu de forma objetiva, ou seja, buscamos apenas evidenciar características dos Estados Contemporâneos que justificaram a adoção desta ou aquela compreensão da ciência processual.

5. Aportados em Gregório Assagra de Almeida, tomamos como marcos histórico-temporal as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), e suas respectivas Constituições (1787 e 1791), assim analisamos as principais características dos modelos estatais Liberal, Social e, finalmente, Democrático de Direito.

6. Nesse sentido, nos valem do método histórico e da pesquisa bibliográfica o que nos permitiu apontar, quanto ao Estado Liberal sua principal característica, a contenção das arbitrariedades do modelo absolutista. De outro lado, é possível encontrar um processo civil pautado em um “não fazer”, ou seja, um processo calcado no abstencionismo, forte apego tecnicista, de cunho individualista a fim de assegurar ao povo um meio para que a tutela de suas garantias individuais fosse priorizada. Por esta mesma razão, é possível perceber a atuação do magistrado como mero árbitro, isto é, um mediador entre as vontades individuais e os anseios estatais.

7. Todavia, com a revolução industrial uma nova ordem jurídica é instaurada a fim de dar amparo às classes hipossuficientes que o próprio capitalismo faz emergir. O bem comum e a ordem social passam a ser priorizados surgindo assim o Estado Social de Direito. A lei deixa de ser comando geral e abstrato para significar um instrumento de atuação concreta (positiva) na realização dos fins sociais. Paulatinamente, o próprio processo civil vai se despidendo de suas feições de cunho individualista para dar lugar a demandas que visavam também a realização do interesse público na administração da justiça, nesse sentido já não faz mais sentido pensar em um juiz passivo enquanto mero expectador ou administrador da demanda.

8. Entretanto, novamente o modelo estatal Social de Direito é ineficiente no cumprimento de suas promessas. Direitos são declarados, todavia, faltavam instrumentos aptos a tutelá-los no plano da concretude, o magistrado de mero expectador da demanda adquire feições ativas e prospectivas se sobressaindo à própria atuação das partes.

9. Como forma de operacionalizar um verdadeiro rompimento com as concepções liberais burguesas do Estado Social de Direito, surge o Estado Democrático de Direito. A sua principal finalidade é a transformação da realidade social, com isso o Estado Democrático de

Direito se alinha com a idéia de efetivação dos direitos fundamentais e com a própria compreensão de democracia. A tônica da justiça social, da igualdade material e organização democrática da sociedade confluem a fim de punccionar os cidadãos a abandonares a posição de coadjuvantes na atuação estatal adquirindo feições de destaque e autonomia.

10. No Brasil o modelo estatal Democrático de Direito irá emergir a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Será a partir desse marco histórico-temporal que uma verdadeira ruptura com a ordem jurídica será equacionada na medida em que a CF/88 institui uma hipótese *sui generis* do Estado de direito, que se diferencia pela irradiação do preceito democrático para todos os elementos constituintes do Estado, inclusive, sobre a ordem jurídica estabelecida.

11. Apoiados em Gregório Assagra de Almeida e Luis Guilherme Marinoni, identificamos como principais princípios da ordem jurídica a *constitucionalidade*, evidenciada pela vinculação estatal ao modelo constitucional; a *organização democrática da sociedade*, que passa a ser representada pela participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergentes; *sistema garantista de direitos individuais e coletivos*; *justiça social*; *igualdade material*; *divisão entre os poderes e funções estatais*; *legalidade e a segurança e certeza jurídica*.

12. O processo civil, portanto, deverá ser guiado pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais devendo esse aspecto inclusive ser privilegiado em detrimento de um enfoque meramente estratégico ou duelístico. O processo deve se alinhar a concretização das previsões constitucionais e com a própria idéia de Estado Democrático de Direito. Deve-se evitar ainda a supervalorização de regras técnicas em detrimento da dimensão humana do processo. Em um processo colaborativo ou participativo, o objetivo primordial passa a ser evitar decisões-surpresa uma vez que as partes atuam na condução efetiva da demanda por meio do contraditório – tanto em sua dimensão formal quanto material. Note que pensar em um processo civil participativo passa a ser a via de materialização das previsões de transformação social do Estado.

13. De outro lado, obtemperar por uma via de materialização das previsões estatais anunciadas na Constituição, indubitavelmente nos inclina a pensar no judiciário. Todas as previsões e modificações até aqui anunciadas igualmente imantam o Estado-juíz que, no modelo Democrático de Direito, passa a ser a arena apta a concretizar a transformação social. Entretanto, se o judiciário por um lado se revela como uma promessa de transformação de outro se choca com algumas problemáticas como: acesso à justiça, efetividade, igualdade na prestação jurisdicional etc.

14. Nesse sentido, nossa investigação passa a ser o acesso à justiça e a própria jurisdição no Estado Democrático de Direito. Para além de apresentar fórmulas prontas e acabadas, nosso desenvolvimento pautou a necessidade de constantes (re) construção de espaços e conceitos que, por sua vez, dependem diretamente dos sujeitos (pesquisadores, acadêmicos, operadores do direito) que se debruçam sobre a temática.

15. O acesso à justiça no âmbito do processo civil que busca por justiça social tem por função primordial equacionar a igualdade jurídico-formal com a desigualdade socioeconômica da realidade das pessoas de carne e osso. Daí nossa constatação de que a dimensão processual meramente tecnicista, neutra e apartada da realidade é estéril, ou seja, não é apta a promoção dos fins do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, compreendemos que o acesso à justiça deve ser compreendido como fenômeno complexo, ou seja, para além das condicionantes econômicas é preciso também pensar nas condicionantes sócio-culturais resultantes dos processos de socialização e interiorização de valores dominantes e excludentes, fatores que definitivamente não são simples de modificar.

16. Nesse diapasão, é possível confluir a noção de acesso à justiça com a de processo cooperativo. O acesso à ordem jurídica justa passa a ser uma noção da própria cidadania do sujeito no processo. É por meio da participação na gestão do bem comum processual que o sujeito se alinha ao paradigma da cidadania responsável, que o sujeito se conscientiza da sua importância na condução e efetivação da prestação jurisdicional responsabilizando-se também pela sua própria história.

17. O judiciário, por seu turno, passa a ser simpático à abertura dessas demandas fazendo parte da arena política a fim de subsidiar a defesa e aquisição de direitos. Todavia, para que isso seja possível, igualmente é necessário que o processo civil não apenas ofereça instrumentos/ferramentas para efetivar esses comandos, como também esteja alinhado a esses princípios, direitos e garantias constitucionalmente consagradas.

18. Na ausência de ferramentas especificamente previstas que permitam ao juiz atuar na concretização de direitos, dever-se-á realizar uma interpretação contextualizada da demanda a fim de buscar outros meios que justifiquem a adoção desta ou daquela medida. Diante dessa afirmação, foi possível constatar que o juiz não atua somente com base na lei valendo-se também de outros meios, diante do caso concreto, para garantir a prestação jurisdicional.

19. Essa abertura na atuação do magistrado somente se torna possível com a adoção das chamadas cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Assim, se em um primeiro momento histórico havia um forte apego a lei sob a justificativa de conter a atuação do judiciário que era corrupto, aos poucos se percebeu que a técnica casuística, ou seja,

fortemente apegada à forma, voltada a implementação de um sistema exaustivo e pretensamente fechado posto que fosse capaz de oferecer todas as respostas, era insuficiente.

20. A explicação desta insuficiência é simples. A sociedade está em constante mutação, à lei é impossível atribuir constantemente modificações a fim de adequá-la no mesmo ritmo que as transformações sociais são observadas. Ainda que essa adequação hipotética fosse possível, uma vez que a norma está inserida no mundo automaticamente passa a influenciar e ser influenciada pela própria cultura e pela linguagem comportando interpretação ou mesmo atribuição de mais de um significado a uma palavra. Perceba que se torna impossível manter a norma estanque uma vez aplicada e, por outro lado, igualmente é impossível atribuir o mesmo dinamismo a ela tal qual possui a sociedade.

21. Entretanto, se a adoção de textos normativos a partir das técnicas legislativas da cláusula geral e dos conceitos jurídicos indeterminados em detrimento da técnica casuística possibilita maior aproximação do direito processual com o direito material, de outro promove um verdadeiro desafio ante a necessidade de igualdade perante as decisões judiciais e segurança sobre o que será decidido.

22. A segurança jurídica compreendida tanto no seu elemento de *previsibilidade*, ou seja, pelo qual se possa esperar determinado comportamento assim como exigir determinada postura diante de um fato; quanto no elemento *estabilidade*, que quer significar a continuidade do sistema, é inerente a um Estado que pretenda ser democrático de direito.

23. No mesmo sentido, o princípio da igualdade previsto na CF/88 no art. 5º, *caput* é elemento indissociável do Estado democrático de direito determinando a compreensão, aplicação e construção do ordenamento jurídico. O princípio da igualdade é imperativo tanto a particulares quanto ao próprio Estado e, dessa forma, tanto o executivo, quanto o legislativo e o judiciário se submetem a incidência desse princípio.

24. O administrador tendo sua atividade regulada pela igualdade está vedado de editar leis que fomentem desequilíbrios infundados. Entretanto, o judiciário no ordenamento brasileiro não se submete à igualdade no momento da prestação jurisdicional, devendo observá-la tão somente quanto ao tratamento igualitário das partes perante o processo.

25. O fato é: não havendo uma solução semelhante para casos semelhantes, ficando meramente a critério de o julgador realizar a aproximação ou não das decisões encontrando a situação que melhor se adéque ao caso concreto, abre espaço para possíveis violações ao princípio da igualdade na mesma medida em que fomenta a insegurança jurídica.

26. O NCPC preocupa-se com a uniformidade e estabilidade da jurisprudência e caminha para uma verdadeira reformulação da processualística brasileira. A adoção de um

sistema de precedentes judiciais pode ser apontada como o grande avanço proposto pela reforma uma vez que tem por escopo solucionar demandas advindas de um sistema que cada vez mais adota técnica legislativa das cláusulas gerais.

27. Nesse sentido, é preciso adquirir a consciência de que, muito embora nosso sistema processual aceite decisões conflitantes isso não quer dizer que elas sejam desejáveis ou mesmo saudáveis para a promoção do acesso à justiça, da duração razoável do processo ou mesmo da prestação jurisdicional efetiva.

28. O projeto de novo Código de Processo Civil em grande medida promove uma adequação à luz dos princípios e garantias insculpidos na Constituição Federal de 1988. Para parcela da comunidade jurídica, essa constatação é motivo de crítica uma vez que não identificam uma mudança paradigmática que justifica a edição de um *novel* diploma. Mas afinal, quem estaria legitimado a promover tal revolução? Sem dúvida alguma comissão de juristas alguma, por mais democrática que seja, poderia assim se intitular. A legitimação emana da própria sociedade que, ao longo da história sofreu alterações que indiretamente refletiram no Código de Processo Civil de 1973.

29. Adaptações foram feitas com o intuito de promover o dinamismo e abarcar as complexidades que surgiram, entretanto, era chegado o momento da travessia, da mudança, e era preciso coragem para que fosse realizada. Nesse sentido, o NCPC foi projetado para que “um passo a frente” fosse dado sem que, todavia, as conquistas do passado fossem desprezadas.

30. É cediço que tão somente uma alteração legislativa não tem o condão de alterar toda uma cultura processual fortemente atrelada em uma ética de litigiosidade. Todavia, as leis podem sim ser um componente de extrema importância na mudança cultural de um povo quando somada a atuação daqueles diretamente afetados por ela e da própria sociedade como um todo. E acreditamos, sim, que a mudança da lei é capaz de produzir alterações no mundo dos fatos. Claro que não de uma forma inocentemente otimista: é evidente que a mudança da lei não opera milagres. Mas nós, brasileiros, se quisermos, o faremos.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. **Dialectica negativa**. Tradução de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005.
- ALMEIDA, Gregorio Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANNONI, Daniela. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, v. 6).
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **REDE**: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso em: 5 abr 2014.
- AZEVEDO, Marcos de. **Direitos humanos fundamentais**: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais. São Paulo: Meio Jurídico, 2006.
- BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios. Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. 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: JusPodvm, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 36, n. 142, p. 55, abr./jun. 1999.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. 38. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 8.046, de 22 de dezembro de 2012 para revogar o Código de Processo Civil vigente. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça: jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça: informativo de jurisprudência**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Lisboa: Livros Brasil, 1988. p. 119-130. Apêndice: A esperança e o absurdo na obra de Franz Kafka.

_____. **El mito de Sísifo**. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. 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: JusPodvm, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CASALI, Guilherme Machado. Sobre o conceito de segurança jurídica. In: CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais...** Manaus, 2006. p. 6271-6282. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2014.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1996. p. LXXI-LXXIV.

_____. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>> Acesso em: 3 abr. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 352, jul. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere**: analisi comparatistica del processo. Bologna: Il Mulino, 2002.

DEMO, Pedro. **Metodologia das ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DENTI, Vittorio. Diritto comparato e scienza del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 34, p. 335, 1979.

DIAS, Maria Berenice. Além de cega, muda! **Migalhas**, [São Paulo], 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77889,81042-Alem+de+cega+muda>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

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

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal**. 1982. 442 f. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

_____. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: _____. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988a. (Roberto Lyra Filho. Pensamento crítico no direito).

_____. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. In: _____. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988b. (Roberto Lyra Filho. Pensamento crítico no direito).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

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

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. Argentina: Siglo XXI, 1994.

_____. **Las venas abiertas de América Latina**. 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, 2010a.

_____. **Ser como ello y otros artículos**. Buenos Aires: Sigilo Veintiuno, 2010b.

GANDHI, Mahatman. **A única revolução possível é dentro de nós**. (e-book). Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/gandhi.html>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

GONÇALVES, Guilherme. Os paradoxos da certeza no direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 2, v. 2, n. 1, p. 215, jan./jun. 2006.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2002.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 21, p. 609, 1966.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 88, p. 273-298, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67223/69833>> Acesso em: 03 mar 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 64-65, abr./jun. 1987.

GROSSI, Naiara Souza; CORONA, Roberto Brocanelli. Mito e encantamento: os direitos humanos no contexto latino-americano. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 33-52, ene./jun., 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128004>>. Acesso em: 03 jan 2014.

_____.; _____. Valore della causa minor vs complessità: scontri per l'accesso alla giustizia in particolare giudice civile. **Diritto & Diritti**, Ragusa, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/31879-valor-da-causa-versus-menor-complexidade-embate-pelo-acesso-justi-a-nos-juizados-especiais-c-veis>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. **A atuação do magistrado no processo executivo coletivo para consecução da tutela específica**. 2010. 92 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2010.

_____. A flexibilização do papel do magistrado nas sociedades de massa a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2799, 1 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18599>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

_____.; MANIGLIA, Elisabete. As transformações do poder judiciário em face de suas responsabilidades sociais. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 137, v. 12, p. 30-36, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/16323/9875>>. Acesso em: 26 mar 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: WMF : Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOMERO. **Ilíada**. Tradução de Manoel Odorico Mendes. Rev. Atual. Sálvio Nienkötter. Disponível em: <iliadadeodorico.wordpress.com>. Acesso em: 13 fev. 2014.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo**: Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo, Franca, v. 1, n. 1, p. 14, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

JUNQUEIRA, Carla Santos. As reformas processuais civis responsáveis pela busca do sincretismo e da instrumentalidade no CPC brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8726%3>. Acesso em: 22 mar. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006 (Primeiros passos, v. 62).

MACHADO. Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.

_____. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. A teoria do direito e os paradigmas positivistas. In: BORGES, Paulo César Côrrea (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil**. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/LA%20EFECTIVIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20Y%20LA%20NECESIDAD%20DE%20UN%20NUEVO%20PROCESO%20CIVIL.doc>. Acesso em: 31 mar. 2012.

_____. Precedentes obrigatórios. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 1 abr. 2011b. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=62>. Acesso em: 5 mar. 2014.

MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____. (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2012.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008b.

_____. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

_____.; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. Concretizar o novo CPC impõe mudanças em nossas práticas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2014a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-06/processo-concretizar-cpc-impoe-mudancas-nossas-praticas>> Acesso em: 22 mar. 2014.

_____. Do golpe a democracia, ambiente influencia a concepção de novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-31/processo-golpe-democracia-ambiente-influencia-concepcao-cpc>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

_____. É um pássaro? Um avião? Não é o “superjuiz”! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/processo-passaro-aviao-nao-superjuiz>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

_____. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 jul. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>> Acesso em: 22 mar. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do princípio jurídico da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 13, v. 50, p. 11-12, abr./jun. 2004.

MILHOMENS, Jônatas de Mattos. **Da presunção de boa-fé no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 1. p. XIII. Prólogo.

MITIDIÉRO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.** 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: RT, 2009.

_____. Processo e cultura: praxicismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 33, p. 484, jul./set. 2004.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 184, jan./ mar. 2002.

_____. **Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NARDELI, Paulo Renato Gonzales. **Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.** (análise comparativa breve). 24 abr. 2008. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/artigos/clausulas-gerais-e-conceitos-juridicos-indeterminados-analise-comparativa-breve/5580/>> Acesso em: 3 abr. 2014.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Sentença “o celular do carpinteiro”.** 5 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2007/08/processo-nmero-073705-quem-pede-jos-de.html>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre o direito civil: construindo a racionalidade contemporânea.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo civile liberale, sociale e democratico. **Diritto & Diritti**, Ragusa, 14 mai 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27753-processo-civile-liberale-sociale-e-democratico>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **A garantia do contraditório.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. Seguridad jurídica y sistema cautelar. **Doxa**, Alicante, n. 7, p. 327-349, 1990.
Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/cuaderno7/doxa7_12.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2014.

RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18. n. 31. p. 23-36, ago. 2011.
Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/243>. Acesso em: 30 jul. 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro**. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**: elementos de metodologia de trabalho científico. 6. ed. Belo Horizonte: Interlibros, 1979.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilha: MAD, 2007.

_____. Sobre El concepto de “historización” y uma crítica a La visión sobre lãs (de) generaciones de derechos humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH, Cultura Acadêmica, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. 12 jul. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em: 5 abr. 2014.

SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel. **A luta por direitos étnicos e coletivos frente à expansão do agronegócio**: a experiência das comunidades tradicionais faxinalenses. 2010. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 388, p. 301-309, 1997.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 5ª Ed., 2010.

TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 74-75, out./dez. 1982.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, André Luiz Valim. **Direito social à alimentação**: tutela jurisdicional e efetividade do direito fundamental. 2012. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e aptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 72, p. 121-174, jun. 2009.

_____. O projeto para um novo código de processo civil: o código possível. **Migalhas**, 27 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136232,21048-O+projeto+para+um+novo+codigo+de+processo+civil+o+codigo+possivel>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

_____. Precedentes e a evolução do direito. In: _____. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012.

_____. Sobre o projeto para um novo CPC. **Migalhas**, 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195045,61044-Sobre+o+projeto+para+um+novo+CPC>>. Acesso em: 23 mar 2014.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999. v. 2.

ZANETE JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

ANEXOS

Anexo A - Sentença do processo n.737 de 2005

Processo Número: 0737/05

Quem pede: José de Gregório Pinto

Contra quem: Lojas Insinuante Ltda., Siemens Indústria Eletrônica S.A e Starcell

Ementa:

UTILIZAÇÃO ADEQUADA DE APARELHO CELULAR. DEFEITO.
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR.

Sentença:

Vou direto ao assunto. O marceneiro José de Gregório Pinto, certamente pensando em facilitar o contato com sua clientela, rendeu-se à propaganda da Loja Insinuante de Coité e comprou um telefone celular, em 19 de abril de 2005, por suados cento e setenta e quatro reais. Leigo no assunto, é certo que não fez opção por fabricante. Escolheu pelo mais barato ou, quem sabe até, pelo mais bonitinho: o tal Siemens A52. Uma beleza!

Com certeza foi difícil domar os dedos grossos e calejados de marceneiro com a sensibilidade e recursos do seu Siemens A52, mas o certo é que utilizou o aparelhinho até o mês de junho do corrente ano e, possivelmente, contratou muitos serviços. Uma maravilha! Para sua surpresa, diferente das boas ferramentas que utiliza em seu ofício, em 21 de junho, o aparelho deixou de funcionar. Que tristeza: seu novo instrumento de trabalho só durou dois meses. E olha que foi adquirido legalmente nas Lojas Insinuante e fabricado pela poderosa Siemens... Não é coisa de segunda-mão, não!

Consertado, dias depois não prestou mais... Não se faz mais conserto como antigamente! Primeiro tentou fazer um acordo, mas não quiseram os contrários, pedindo que o caso fosse ao Juiz de Direito. Caixinha de papelão na mão, indicando que se tratava de um telefone celular, entrou seu Gregório na sala de audiência e apresentou o aparelho ao Juiz: novinho, novinho e não funciona. De fato, o Juiz observou o aparelho e viu que não tinha um arranhão.

Seu José Gregório, marceneiro que é, fabrica e conserta de tudo que é móvel. A Starcell, assistência técnica especializada e indicada pela Insinuante, para surpresa sua,

respondeu que o caso não era com ela e que se tratava de "placa oxidada na região do teclado, próximo ao conector de carga e microprocessador".

Seu Gregório: o que é isto? Quem garante? O próprio que diz o defeito, diz que não tem conserto... Para aumentar sua angústia, a Siemens disse que seu caso não tinha solução neste Juizado por motivo da "incompetência material absoluta do Juizado Especial Cível - Necessidade de prova técnica." Seu Gregório: o que é isto? Ou o telefone funciona ou não funciona! Basta apertar o botão de ligar. Não acendeu, não funciona. Prá que prova técnica melhor?

Disse mais a Siemens: "o vício causado por oxidação decorre do mau uso do produto". Seu Gregório: ora, o telefone é novinho e foi usado apenas para falar. Para outros usos, tenho outras ferramentas. Como pode um telefone comprado na Insinuante apresentar defeito sem solução depois de dois meses de uso? Certamente não foi usado material de primeira.

Um artesão sabe bem disso. O que também não pode entender um marceneiro é como pode a Siemens contratar um escritório de advocacia de São Paulo, por pouco dinheiro não foi, para dizer ao Juiz do Juizado de Coité, no interior da Bahia, que não vai pagar um telefone que custou cento e setenta e quatro reais? É, quem pode, pode! O advogado gastou dez folhas de papel de boa qualidade para que o Juiz dissesse que o caso não era do Juizado ou que a culpa não era de seu cliente! Botando tudo na conta, com certeza gastou muito mais que cento e setenta e quatro para dizer que não pagava cento e setenta e quatro reais! Que absurdo!

A loja Insinuante, uma das maiores e mais famosas da Bahia, também apresentou escrito de advogado, gastando sete folhas de papel, dizendo que o caso não era com ela por motivo de "legitimatío ad causam", também por motivo do "vício redibitório e da ultrapassagem do lapso temporal de 30 dias" e que o pobre do seu Gregório não fez prova e então "allegatio et non probatio quasi non allegatio". E agora seu Gregório?

Doutor Juiz, disse Seu Gregório, a minha prova é o telefone que passo às suas mãos! Comprei, paguei, usei poucos dias, está novinho e não funciona mais! Pode ligar o aparelho que não acende nada! Aliás, Doutor, não quero mais saber de telefone celular, quero apenas meu dinheiro de volta e pronto!

Diz a Lei que no Juizado não precisa advogado para causas como esta. Não entende seu Gregório porque tanta confusão e tanto palavreado difícil por causa de um celular de cento e setenta e quatro reais, se às vezes a própria Insinuante faz propaganda do tipo: "leve dois e pague um!" Não se importou muito seu Gregório com a situação: um marceneiro não dá valor ao que não entende! Se não teve solução na amizade, Justiça é para isso mesmo!

Está certo Seu Gregório: O Juizado Especial Cível serve exatamente para resolver problemas como o seu. Não é o caso de prova técnica: o telefone foi apresentado ainda na caixa, sem um pequeno arranhão e não funciona. Isto é o bastante! Também não pode dizer que Seu Gregório não tomou a providência correta, pois procurou a loja e encaminhou o telefone à assistência técnica. Alegou e provou! Além de tudo, não fizeram prova de que o telefone funciona ou de que Seu Gregório tivesse usado o aparelho como ferramenta de sua marcenaria. Se é feito para falar, tem que falar!

Pois é Seu Gregório, o senhor tem razão e a Justiça vai mandar, como de fato está mandando, a Loja Insinuante lhe devolver o dinheiro com juros legais e correção monetária, pois não cumpriu com sua obrigação de bom vendedor. Também, Seu Gregório, para que o Senhor não se desanime com as facilidades dos tempos modernos, continue falando com seus clientes e porque sofreu tantos dissabores com seu celular, a Justiça vai mandar, como de fato está mandando, que a fábrica Siemens lhe entregue, no prazo de 10 dias, outro aparelho igualzinho ao seu. Novo e funcionando!

Se não cumprirem com a ordem do Juiz, vão pagar uma multa de cem reais por dia! Por fim, Seu Gregório, a Justiça vai dizer à assistência técnica, como de fato está dizendo, que seu papel é consertar com competência os aparelhos que apresentarem defeito e que, por enquanto, não lhe deve nada. À Justiça ninguém vai pagar nada. Sua obrigação é fazer Justiça! A Secretaria vai mandar uma cópia para todos.

Como não temos Jornal próprio para publicar, mande pelo correio ou por Oficial de Justiça. Se alguém não ficou satisfeito e quiser recorrer, fique ciente que agora a Justiça vai cobrar. Depois de tudo cumprido, pode a Secretaria guardar bem guardado o processo! Por último, Seu Gregório, os Doutores advogados vão dizer que o Juiz decidiu "extra petita", quer dizer, mais do que o Senhor pediu e também que a decisão não preenche os requisitos legais. Não se incomode. Na verdade, para ser mais justa, deveria também condenar na indenização pelo dano moral, quer dizer, a vergonha que o senhor sentiu, e no lucro cessante, quer dizer,

pagar o que o Senhor deixou de ganhar.

No mais, é uma sentença para ser lida e entendida por um marceneiro.

Conceição do Coité, 21 de setembro de 2005.

Gerivaldo Alves Neiva, Juiz de Direito

Anexo B - Sentença do processo n. 513 de 2008

Recurso Inominado nº 2012.0004467-8/0 oriundo do Juizado Especial Cível da Comarca de Rio Negro.

Recorrente: Honorato Taborda Ferreira

Recorrido: Luiz dos Anjos Colaço

Relatora: Juíza Fernanda de Quadros Jörgensen Geronasso

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ALEGAÇÃO QUE ANIMAL DO VIZINHO INVADIU SUA PROPRIEDADE E DESTRUIU PARTE DA LAVOURA. COMUNIDADE FAXINALENSE. TERRITORIALIDADE RECONHECIDA PELO ESTADO. ANIMAIS CRIADOS SOLTOS. CARACTERÍSTICA DO GRUPO QUE NÃO PERMITE VERIFICAR O COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO. PARTICULARIEDADE DO CASO EM CONCRETO. ART.5º DA LJE INVOCADO. COMPLEXIDADE DA CAUSA RECONHECIDA. INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS. FEITO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART.51, II DA LJE. SENTENÇA CASSADA.

Recurso conhecido e provido.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais ajuizada por Luiz dos Anjos Colaço em face de Honorato Taborda Ferreira, este morador da comunidade tradicional de Faxinal do Salso.

Narra a parte autora que os animais do requerido invadiram sua propriedade e danificaram sua plantação de feijão, causando-lhe prejuízos no valor de R\$300,00 (trezentos reais).

A sentença singular julgou procedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento da quantia supracitada, por entender que restou inconteste que os animais invadiram plantação alheia.

Inconformado, o requerido interpôs recurso inominado (fls.224/239) alegando, em síntese, que: a) cabia ao autor comprovar que os animais entraram em sua propriedade e a extensão dos danos causados; b) ainda, culpa exclusiva da vítima que não se desincumbiu de colocar cerca eficiente que impedisse que os animais adentrassem e causassem estragos, e que ainda assumiu o risco de construí-la dentro da área historicamente utilizada para uso comum da comunidade.

É o relatório.

Passo ao voto.

Satisfeitos estão os pressupostos processuais viabilizadores da admissibilidade deste recurso, tanto os objetivos quanto os subjetivos, razão pela qual deve ser ele conhecido.

No mérito, veja-se que ao recorrente guarda razão, frente a patente complexidade da causa, eis que o deslinde do feito não encontra guarida nos princípios ínsitos que norteiam os Juizados Especiais.

Cinge-se a questão sobre a responsabilidade de reparar dano causado em plantação de feijão por cabrito de propriedade de morador de comunidade faxinalense.

O Código Civil Brasileiro estabelece a definição de ato ilícito em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na lição de Fernando Noronha, para que surja a obrigação de indenizar são necessários os seguintes pressupostos:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências; 2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; 3. que tenham sido produzidos danos; 4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, 2010, p. 468/469).

No caso em comento, é impossível aferir a extensão do dano e a responsabilidade sem se voltar para as particularidades que envolvem a cultura dos faxinalenses.

Conforme se depreende da Lei nº 15.673/2007, o Estado do Paraná reconheceu os Faxinais, bem como sua territorialidade específica, que, conforme dispõe o art.1º: “ tem como traço marcante o uso comum da terra para a produção animal e a conservação de recursos naturais”.

Ainda, conforme se infere na linha “a” daquele dispositivo, possui como característica própria a produção de animal à solta, em terra de uso comum.

Assim, o primeiro questionamento que se pode fazer é se razoável imputar a responsabilidade por dano causado por cabrito solto, quando a ausência de delimitação do espaço é inerente - e imprescindível - para identificação cultural e étnica deste grupo.

Como esclarecido na contestação e narram os estudos, os faxinalenses estão presentes naquela região há mais de 180 anos. Contudo, com o passar do tempo, começou a área de Faxinal do Salso a ser povoada também por terceiros, não identificados ao estilo da comunidade, com outros interesses, principalmente mercantilistas, que vão de encontro com as práticas culturais daquela territorialidade, mediante a colocação de cercas e o fechamento de propriedades.

Ou seja, a criação de animais de maneira extensiva, sem delimitação, é característica fundamental daquele povo, de modo que parece um contrassenso penalizar as consequências que advêm diretamente de sua cultura, de modo que se questiona até que ponto o autor não concorreu para o dano ao se instalar próximo a esta comunidade, com virtudes tão próprias, e que foram, inclusive, reconhecidas pelo Estado.

E sob este contexto, cabe analisar importantes estudos sobre o tema, dentre eles o de Emanuel Menim (in Movimento Social dos Faxinalenses: identidade étnica e luta pelo território, em Quitandinha, Paraná. Trabalho monográfico apresentado como requisito para a graduação em Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná, 2010.) que, com a devida vênia, passo a transcrever:

Mencionamos no capítulo anterior o Decreto n. 6040, de 7 de fevereiro de 2007 que se refere a instituição da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), que no Art. 3º define algumas questões, dentre elas o que se entende por desenvolvimento sustentável. Para o Estado é “o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras”. (BRASIL, 2007).

Deste modo, é possível, sem uma análise mais profunda dos fatos, concluir que o Faxinal do Salso não tem atendido a esse quesito. É o que pensam os entrevistados que não são faxinalenses. Entretanto, apesar dessas críticas, os moradores da comunidade acreditam que seu modo de vida tem sido prejudicado pelo que discutimos nas linhas acima, ou seja, pelo encurtamento dos espaços de reprodução social que engendra o desequilíbrio ambiental. Foi-nos contado que antes da chegada dos chacareiros cada criador tinha espaço mais que suficiente para a criação de animais, e embora hoje vivam em um número maior de famílias num espaço muitíssimo menor, acreditam que o ideal é que cada família tivesse pelo menos 20 alqueires de terra para a criação para equiparar as condições que tiveram outrora, guardando ainda as devidas proporções do aumento populacional. A crítica e defesa dos faxinalenses podem ser resumidas na fala do Líder Comunitário. “Eles não conhecem a nossa realidade, não sabem nem mesmo o quanto de terra cada família precisa para se desenvolver dentro do território faxinalense, nem mesmo quanto de terra de planta cada faxinalense precisa, então, não sabem da realidade que nós temos, da pouca terra pra desenvolver uma vida sustentável dentro do território faxinalense e com as terras de planta também. (...) Eles fazem olhares pelo sistema dominante que nós vivemos hoje, de grandes empresas, de grandes quadros urbanos, e dizem pra nós que vivemos um sistema atrasado. Mas, o que é esse sistema atrasado pra eles? Quem causou esse atraso em nós? Foi a própria política que não

trouxe uma educação de qualidade, não construiu nenhuma escola técnica voltada a nós do campo. (...) Mas, nós não somos um povo atrasado. Nós somos um povo muito inteligente. (...) O que precisa pra nós é que funcione uma política específica de territórios, de modo de vida, pra nós desenvolvermos a nossa cultura. Não precisa destruir essa natureza linda, cheia de árvores, cheia de rios pra dizer que somos adiantados. (...) É só respeitar que somos cidadãos, seres humanos normais iguais a eles. O que precisa é de uma oportunidade, de uma política de fortalecimento, e uma educação de qualidade pro nosso povo. Educação profissional pro nosso povo. Nós também temos capacidades iguais às deles. (2010)”.

A PNPCT, no Art. 3º, define também territórios tradicionais como sendo “os espaços necessários (grifo meu) a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais” (BRASIL, 2007).

Sendo assim, a grande questão a ser observada e trabalhada no Faxinal do Salso não é apenas a da saúde ou da sustentabilidade, tão criticada pelos antagonistas dos faxinalenses, pois ela nunca será ideal enquanto a territorialidade não for ideal. A grande questão é a do território tradicional. Então, é necessário que as autoridades busquem providências cabíveis para que a lei federal seja cumprida. A situação no Faxinal do Salso tende a se agravar tanto em aspectos ambientais e de saúde pública quanto em relações sociais enquanto o poder público em Quitandinha ignorar a existência dessa comunidade, e ignorar um território tradicional, de um povo tradicional. Por outro lado, será a justa legislação municipal que impulsionará o projeto de estabelecimento das garantias territoriais asseguradas pela legislação federal.

Não basta aplicar a letra fria da lei. Para o deslinde do feito, antes de se imputar a responsabilidade civil, far-se-ia necessário um estudo não somente cartográfico da propriedade do autor, mas também de antropólogos, biólogos, historiadores e sociólogos que pudessem avaliar a inserção do autor aos limites da territorialidade e quais os impactos culturais e ambientais que a presença deste representa à preservação deste grupo, para aí sim poder afirmar se a conduta do requerido configura-se ato ilícito passível de indenização - o que, por evidente, não encontra guarida na dinâmica simplificada dos Juizados Especiais.

Desta forma, com fulcro no Art. 5º (“O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”), reconheço a ilegitimidade dos Juizados Especiais Cíveis para julgar extinto o presente feito, sem julgamento do mérito, nos termos art.51, II da LJE, reformando a sentença singular.

E ante o êxito recursal, deixo de condenar a recorrente em custas e honorários, nos termos do art.55 da LJE.

Dispositivo

Ante o exposto, esta Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos deste voto.

O julgamento foi presidido pela Senhora Juíza Ana Paula Kaled Accioly (com voto) e dele participaram as Senhoras Juízas Renata Ribeiro Bau e Fernanda de Quadros Jörgensen Geronasso (relatora).

Curitiba, 21 de março de 2013.

Fernanda de Quadros Jörgensen Geronasso Juíza Relatora