

JURISPRUDENCIALIZAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luiz Fernando Baracho¹

Resumo

O presente trabalho tem como enfoque o instituto da jurisprudencialização do direito como forma adotada pelo legislador brasileiro de efetivar o direito fundamental à razoável duração do processo. Para tanto, vale-se o Estado de medida que visa à alta produtividade decisória e a uniformização superficial dos entendimentos adotados pelos tribunais com a finalidade de aumentar a estatística de casos solucionados, mesmo que ocorra antes de um profundo debate em torno da matéria. Neste contexto analisar-se-á a dicotomia existente entre o *common law* e o *civil law*; o fenômeno da jurisprudencialização no direito brasileiro; a razão jurisprudencial e o direito fundamental ao processo e a padronização decisória no processo civil brasileiro, tudo isso a fim de constatar se os provimentos jurisdicionais que tem como gênese os precedentes judiciais são considerados legítimos dentro de uma processualidade democrática.

Palavras-chave: Jurisprudencialização do direito. Direito fundamental ao processo. Dialogicidade. Processo Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Diante do dilema da morosidade e inefetividade que há tempos assolam a função jurisdicional brasileira, o legislador, cotidianamente, vem se deparando com árduas críticas relativas ao descrédito decorrente da prestação jurisdicional na instituição jurídica do

¹ Especialista em Direito Processual pelo IEC da PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

processo, instituto este que deveria ser visto sob a ótica de garantia de implementação de direitos fundamentais ao cidadão e não como simples instrumento de resolução dos conflitos.

Assim, visando promover a tão aclamada reforma do judiciário e efetivar o direito fundamental à razoável duração do processo, foi inserido no ordenamento jurídico pátrio a Emenda Constitucional n° 45 e diversas outras leis infraconstitucionais, definidas, em termos de presteza dos procedimentos, em uma busca de alta produtividade decisória e de uniformização superficial dos entendimentos adotados pelos tribunais, tudo isso com a finalidade de aumentar a estatística de casos solucionados, mesmo que ocorra antes de um profundo debate em torno da matéria.

Ocorre que, todas estas mutações legais, mais do que desconfigurar o sistema jurídico da *civil law* adotado pelo Brasil, e que o acompanha desde a sua colonização por Portugal, têm mitigado o recinto dialógico inerente ao *locus* do processo constitucional, importando verdadeira renúncia aos avanços colhidos no contexto da pós-modernidade científica.

Neste enfoque, questiona-se tanto se a celeridade pode ser aplicada de forma indiscriminada ao processo, sem compatibilizá-la com as demais garantias fundamentais que consubstanciam o princípio do devido processo legal, quanto se os provimentos jurisdicionais que tem como gênese os precedentes judiciais são considerados legítimos dentro de uma processualidade democrática.

2 BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS JURÍDICOS DA COMMON LAW E DO CIVIL LAW

A fim de que se possa ter um conhecimento mais abrangente sobre o fenômeno da jurisprudencialização que vem se impregnando cada vez mais no Direito brasileiro, em contrassenso com o Estado Democrático de Direito que aqui impera, necessário se faz uma breve análise da raiz dos sistemas jurídicos.

Conhecidos por todos como os dois grandes sistemas de direito, o *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente diversas, o que, conseqüentemente, levou à formação de costumes jurídicos diferentes, definidos por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.

Entende-se por *Common law* o sistema jurídico que tem por base essencialmente a análise de precedentes judiciais a fim de se extrair uma regra de direito. Sua origem advém da Inglaterra, após o ano de 1606, quando o ordenamento jurídico Britânico deixa de ser algo definido por cada “tribo” a fim de se tornar um único poder para toda a Inglaterra².

Em síntese elucidativa, nos ensina Gustavo de Castro Faria (2012, p.86) que o sistema *common law* tem como sustentáculo o respeito aos precedentes, que nada mais é do que a jurisprudência consubstanciadora da vontade dos tribunais no julgamento dos casos concretos.

Neste sistema, conforme se percebe, o magistrado possuiu importância primordial na consolidação da jurisdição – daí se falar em *judge make law* - visto que não só interpreta a lei, como extrai direitos e deveres a partir dos precedentes³.

Toda esta abertura interpretativa aos magistrados ingleses advém da própria história dos britânicos, que acabou por tornar dispensável a necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei.

Neste contexto, assevera Luiz Guilherme Marinoni (2009, p.30) que:

“(…) Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em botar freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Na Inglaterra, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras paralelas. E os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado”.

Dessa forma, pode-se perceber que o *common law* é um sistema de direito em que os juízes criam o direito (*judge made law*) por possuírem autoridade para tanto (*law-making authority*), fazendo dos casos já julgados fonte primária do direito com a finalidade de criar estabilidade e previsibilidade (segurança jurídica), na medida em que o cidadão possa conduzir-se com base naquilo que já tenha sido decidido em situações semelhantes.

Noutro giro, entende-se por *Civil law* o sistema jurídico de origem romano-germânico que privilegia como fonte primária do direito a Lei, em prejuízo da jurisprudência e dos costumes que figuram como fontes secundárias do direito.

² ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa; SANTOS, Ramon Alberto dos; ARAÚJO, Renê José Cilião de. Common law e civil law: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas. In: Programa de Iniciação Científica do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Maringá. p. 10.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.,p. 18.

Andréia Costa Vieira (2007, p. 270) assim define o termo *Civil Law*:

“[...] o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico”.

Como também é de se perceber, tal sistema jurídico, que se caracteriza pelo primado do processo legislativo, também é fruto de sua história, em especial se destacando após a revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação.

Contextualizando a família do *Civil Law*, afirma Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 31) que:

“A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do Inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Note-se, assim, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento”.

Veja que neste sistema o valor “segurança jurídica” também é almejado, sendo aqui obtido por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por não haver dúvida de que os juízes interpretam a lei, viu-se a força vinculante dos precedentes como um instrumento capaz de garantir a segurança jurídica.

Em que pese notadamente ambos os sistemas se diferenciarem, merece apontamento o fato de que se em um primeiro momento no direito inglês primitivo (*common law*) havia baixa produção de leis, tendo como sua fonte primária os costumes, daí ter sido denominado de “direito comum”, isso não ocorre no *common law* moderno, que também possui intensa produção legislativa.

Perceba-se que, na modernidade, o que realmente distingue o *civil law* do *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e a função que o juiz exerce ao considerá-los, eis que, no direito costumeiro, os códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz reflexionar, portanto, não se importam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos concretos postos em litígio. Isto porque, no *common law*, ante a sua história, jamais se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei.

Ocorre que, não obstante às peculiaridades acima elencadas de cada sistema, atento pertencer o direito brasileiro à família do *civil law*, percebe-se pelo seu delineamento atual que as linhas do direito comum vêm ganhando enorme prestígio nunca antes percebido, como, por exemplo, pela adoção das súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), pelo julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A, CPC), entre outros vários mecanismos de padronização decisória, tornando-se nosso sistema uma figura híbrida.

Assim, pode-se adiantar dizendo que, ante as inegáveis diferenças existentes entre as famílias do *common law* e do *civil law*, a irrefletida importação e aplicação de institutos jurídicos alheios à realidade brasileira, ao contrário de surtir o efeito desejado, qual seja, garantir um direito à estabilidade e à previsibilidade, poderá promover a mitigação do espaço de argumentação e da própria segurança jurídica, o que será visto mais adiante.

2 O FENÔMENO DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Apresentadas as matrizes dos ordenamentos jurídicos modernos e feita à necessária distinção entre o *civil* e o *common Law*, passemos a analisar a interferência deste último sistema jurídico no Direito brasileiro.

A influência da jurisprudência no Direito brasileiro nos reporta ao Direito português. De fato, desde as Ordenações Filipinas, os magistrados eram orientados, no caso de ausência de lei, a julgar os casos de acordo com os costumes⁴.

Para ser mais preciso quanto à importância reservada à jurisprudência em nossa legislação, pode-se dizer que, naquele Ordenamento, o Órgão Judiciário efetivamente se sobrepunha ao Legislativo. É o que podemos concluir da observação feita por Lênio Luiz

⁴ KIETZMANN. Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro.

Streck (1998, p. 79), que afirma que, embora o Livro III, título 75, 51, *in fine*, das Ordenações Filipinas, legitimasse o rei a criar a lei, o poder legislativo passou a competir às Cortes.

Porém, em que pese à herança lusa, a partir da Constituição do Império de 1824 o direito passou a seguir à risca a tradição romanística de positivar a supremacia da lei sobre todas as demais fontes do Direito, eis que, dispunha seu artigo 179, I, que “*nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei*”⁵.

O dispositivo acima mencionado, recepcionado em nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II, indica que, a princípio, pela aplicação literal do Direito, não haveria qualquer espaço para a jurisprudência.

Ocorre que, pela percepção da vida cotidiana, percebe-se que a orientação jurisprudencial nunca foi totalmente deixada de lado, atuando efetivamente como referência do Julgador em casos análogos, sobremaneira quando os tribunais superiores já se pronunciaram uniformemente acerca de algum tema, representando a jurisprudência, na prática, um poder de ditar a aplicação da lei.

Como se não bastasse, o papel inicialmente persuasivo dos enunciados jurisprudenciais vem sofrendo sensível trajetória de mutação, agregando pouco a pouco eficácia expansiva diante de casos precedentes e futuros, atingindo em alguns casos força vinculante, e chegando, até mesmo, a saltar dos “autos processuais” para as “salas de aula”, transformando o saber científico do Direito em puramente dogmático.

Neste sentido, brilhantemente Lênio Luiz Streck (2010, p.79) destacou que “*a maior parte da produção doutrinária, com aspas e sem aspas, coloca-se como caudatária das decisões tribunalícias. Parcela considerável dos livros apenas reproduz o que o judiciário diz sobre a lei*”.

Após rápida abordagem sobre o espaço reservado aos precedentes pelo Ordenamento Jurídico brasileiro e a sua observância e aplicação cada vez mais acentuada pelos órgãos inferiores ao prolator da decisão paradigmática, passemos para o ponto central do trabalho, quando serão discutidas e analisadas as consequências de tal fenômeno sobre a atividade cognitiva do processo contemporâneo.

⁵ BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824.

4 A RAZÃO JURISPRUDENCIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

Como dito, nosso sistema jurídico-processual, em que pese à adoção do sistema codificado de direito, de raízes romanísticas, nunca relegou, sob a justificativa de superar o estigma da morosidade e atribuir maior efetividade ao processo, importância à jurisprudência, servindo a palavra reiterada dos tribunais como norteadora para os futuros litígios.

Assim, os juízes e os tribunais inferiores transformam-se em meros repetidores das decisões emanadas pelos tribunais superiores, mesmo que as reiteradas decisões não tenham como origem o devido processo legal, tudo isso com o simples fim de garantir a pacificação social pela eliminação da heterogeneidade interpretativa e de uma “prejudicial” diversidade decisória.

Inegável é que a vinculação decisória aos precedentes importa em renúncia aos avanços obtidos no contexto da pós-modernidade científica, contrária à pregação de verdades absolutas oriundas das “autoridades” decisórias.

Mais do que isso, com o respeito aos precedentes, o próprio conhecimento jurisprudencializado passa a ser visto como modelo de soluções aceitáveis, resultado da consciência privilegiada dos supostos detentores de um saber irrefutável.

Sobre este saber ideologizado, Gustavo de Castro Faria (2012, p. 10/11) assim se manifestou:

“O mito das verdades absolutas, fundadas no consenso acrítico da “opinião geral”, é de grande utilidade para a homogeneização do pensamento humano e ocultação de interesses particulares, servindo ao discurso de dominação que sensibiliza seus interlocutores com jargões de “justiça”, “felicidade humana”, “bem-estar comum”, “paz social”, dentre outros”.

Perceba que o discurso jurídico de revelação de dogmas de sabedoria faz com que os destinatários dos provimentos jurisdicionais vejam-se obrigados a aceitar a interpretação (*razão jurisprudencial*) dada pelos agentes decisores à controvérsia levada a juízo, haja vista que a jurisdição jurisprudencializada (*iuris diccio*) tem sua validação justificada em máximas de tradição e autoridade.

Nesse sentido, mais uma vez Gustavo de Castro Faria (2012, p.3) alertou dizendo que:

“A partir do momento em que o direito e o processo passam a girar em torno de padrões apriorísticos de verdades, mitigando o ambiente dialógico-participativo em prol de ideais antidemocráticos de uma “jurisdição relâmpago” e previsível, a jurisprudência transforma-se em técnica de ideologização do discurso, condicionando a atividade decisória à reiteração de consensos imunes à falseabilidade continuada (crítica científica).

Dessa forma, prestigiam-se técnicas de argumentação que obscurecem os fundamentos da razão, revelando utilitarismos de engodo e dominação que enrijecem ainda mais um núcleo duro de saber indevassável, impedindo a discussão no marco de uma teoria crítica da norma, distinguindo-a de outras concepções de lei egressa da voluntariedade humana impregnada de poderes míticos juridicamente institucionalizados pela força da autoridade”.

Não se pode olvidar que, por força constitucional (inciso LIV do artigo 5º), o processo judicial deve-se desenvolver tendo como força legitimadora o contraditório e a ampla defesa, que nada mais é, acrescido do princípio da fundamentação das decisões e do princípio da isonomia, do que a garantia fundamental ao devido processo legal.

Veja, assim, que o direito fundamental ao acesso à jurisdição, mais do que assegurar àquele que tenha um direito lesado ou ameaçado o ingresso em juízo, deverá proporcionar, acima de tudo, um agir processualizado, segundo os vetores do *due process of law*.

Ora, sendo estes justamente os reflexos e arrimo de um Estado Democrático de Direito, o processo deve-se despontar como *médium* lingüístico que assegure a todos a igualdade de oportunidade de um estar discursivo em sua estrutura procedimental, construindo conjuntamente (e conseqüentemente legitimando) a norma a ser aplicada naquele caso concreto, e não como instrumento de aceitação de decisões construídas tendo como base juízos de sensibilidade oriundos de aplicadores (intérpretes) talentosos.

Perceba que apenas em um recinto em que seja concedido espaço a todos os participantes, fazendo com que os destinatários das normas sejam vistos como seus coautores e o ordenamento jurídico emane da soberania popular, o provimento jurisdicional será considerado legítimo.

Sabidamente, desde sempre o ilustre publicista José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 11) já afirmava que “*a lei instituidora de uma forma de processo não pode fazê-lo de forma ilusória, privando o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito*”.

Desta feita, o processo deve ser visto como um *lócus* de desenvolvimento de atividade crítica, sendo esta a chave mestra do progresso de qualquer atividade intelectual.

Neste ponto, merece destaque que, a pós-modernidade democrática, da mesma forma que se opõe à fria reiteração apriorística dos precedentes, também repudia a simples subsunção de uma lei geral e abstrata a um fato da vida, pois a legitimação das decisões

judiciais só se manifesta na medida em que as partes tenham igual direito de interpretação do ordenamento jurídico a fim de que, caso seja preciso, ocorra sua reinvenção, visto que o entendimento judicial do que venha a ser justo (certo) ou injusto (errado) deve ser compartilhado, e, não, imposto.

Frise-se que, a atitude crítico-científico racional deve ser tomada no sentido popperiano, haja vista que, conforme sustenta o próprio autor, *“uma das melhores acepções a atribuir a razão e razoabilidade é a abertura a crítica – disposição de ser criticado e empenho em criticar-se”*⁶.

Tal racionalidade, conforme elucida Rosemiro Pereira Lea (2010, p.33), dá-se através de uma crítica racional, compreendida como um universo de teorias *“susceptíveis de falibilidade por uma problematização e testabilidade de confrontação interdedutiva incessante”*.

Ainda de acordo com Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 118), Popper, com sua teoria, consolida as bases de um discurso antidogmático *“como padrão dialógico designante de teorias e criticáveis que se distinguem dos juízos de razoabilidade determinística e enganosa da ideologia”*, por meio do qual as proposições teóricas se submetem à constante possibilidade de apontamento de erros pelas teorias rivais, em que, em face de um problema, propõe-se, tentativamente, por uma determinada solução teórica, que pode ser aceita provisoriamente, uma vez que o método científico tem como característica o fato de que os cientistas buscarão de todas as formas criticarem e testarem suas teorias. Assim:

“A crítica e os testes se complementam: a teoria é criticada de muitos ângulos diferentes para evidenciar seus aspectos vulneráveis. [...] O seu êxito vai depender principalmente de três condições – que um número suficiente de teorias (engenhosas) sejam propostas; que essas teorias sejam bastante variadas; e que testes rigorosos sejam aplicados. Deste modo poderemos, com sorte, assegurar a sobrevivência “darwiniana” das teorias mais aptas, pela eliminação das menos capazes (POPPER, 1977, p. 344)”.

Assim, percebe-se que o alcance de teorias mais eficientes apenas se dá na medida em que a atividade crítica se constitua de uma base multiteorizada, com um suficiente número de teorias rivais.

Neste ponto, merece destaque que o método de “tentativas e erros” apresentado por Popper não se confunde com as chamadas teorias dialéticas do conhecimento, eis que, enquanto nesta do confronto entre uma única teoria (tese) e sua oposição (antítese) nasce uma

⁶ POPPER, Karl Raymund. Autobiografia intelectual, p. 124.

conclusão (síntese), a qual preservará as melhores partes daqueles fatores, àquela preceitua que apenas o combate entre múltiplas idéias (teses e antíteses) possibilitará a produção de novas idéias (sínteses), mais corretas e não contraditórias. Veja:

“A dialética só trata com uma idéia e a crítica correspondente, ou seja, para usar a terminologia dos dialéticos, com a luta entre a tese e a antítese. [No método das tentativas] a luta entre uma idéia e a sua crítica – entre a tese e a respectiva antítese – levaria à eliminação da tese (ou talvez da antítese), caso essa não fosse satisfatória, e que a competição entre as teorias só nos levará à adoção de novas teorias se houver um número suficiente de teorias propostas e sujeitas à experimentação. Assim, a interpretação em termos das tentativas pode ser considerada ligeiramente mais ampla do que a que é feita em termos dialéticos: não se limita à situação em que uma única tese é proposta originalmente (POPPER, 2008, p. 345)”.

Por essas razões, percebe-se que qualquer teoria imune à prova (testificação incessante) não pertence ao jogo científico, pois, apenas enquanto a teoria resistir, ela manterá o seu lugar, até o momento em que um fato decisivo, que não possa ser contornado com uma hipótese, a refute.

Dessa forma, apenas assim a ciência caminhará em direção ao progresso, em uma atividade incansável de esclarecimento, desideologizando saberes irrefutáveis e estabelecendo teorias temporárias, cujos fundamentos de validade sejam permanentemente submetidos à atividade testificadora da crítica.

Porém, certo de que não é este o caminho que tem sido trilhado pelo legislador brasileiro, necessário se faz demonstrar a notória força que os mecanismos de padronização vêm adquirindo no sistema processual civil brasileiro, com a inserção de normas jurídicas encaminhadoras da resolução de conflitos pela via de interpretações formadas pela onisciência dos tribunais. É o que passamos a ver.

5 DA PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O fenômeno da padronização decisória no direito processual civil brasileiro tem sua manifestação mais aparente com o advento da Emenda à Constituição n° 45, de 30 de dezembro de 2004, que positivou o direito á razoável duração do processo no rol do artigo 5°.

Não obstante, devido ao fato de a observância aos precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro ser histórica, como já dito, o ordenamento jurídico pátrio já previa a

existência de legislações que pregavam (e ainda pregam, eis que vigentes) a tão aclamada obediência às decisões tribunalícias antes mesmo de entrar em vigor a Emenda Constitucional n° 45, motivo pelo qual merecem destaque a fim de contextualização do presente trabalho.

Datada de 28 de maio de 1990, a Lei n° 8.038, que trata das normas procedimentais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo n° 38 determina que, ao relator é dado poder para negar seguimento a pedido ou recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal⁷.

Posteriormente, datada de 17 de março de 1993, a Emenda Constitucional n° 3⁸ alterando substancialmente o artigo n° 102 da Constituição Federal, acrescentou o parágrafo segundo, nos termos do qual as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, demonstrando o interesse do constituinte em estabelecer uma uniformidade da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal às normas constitucionais.

No que pertence ao Código de Processo Civil, em 17 de dezembro de 1998 foi publicada a Lei n° 9.756⁹ que trouxe importantes inovações no que tange à padronização decisória como forma de encurtamento do espaço temporal.

Por meio do artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, foi possibilitado ao relator decidir de plano conflito de competência sempre que houver jurisprudência dominante no tribunal sobre a questão suscitada.

Pelo artigo 481, parágrafo único, foi dispensada a necessidade de os órgãos fracionários dos tribunais apresentarem ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Por fim, e de suma importância, foi à inovação trazida pelo artigo 557, que trata dos poderes do relator no julgamento de recursos, consignando que ao relator será permitido negar seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.

⁸ BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993.

⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei n° 9.756, de 17 de Dezembro de 1998.

Já no ano de 2001, com a publicação da Lei 10.352¹⁰ de 26 de dezembro, a disciplina do duplo grau de jurisdição obrigatório, previsto no art. 475 do Código de Processo Civil, sofreu significativa modificação com o acréscimo do parágrafo 3º, que dispõe que, não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Assim, em dezembro de 2004, com o “terreno fértil” ante a crescente política de valorização de precedentes, foi publicada a Emenda Constitucional nº45¹¹ que, dentre as inúmeras modificações na estrutura do Poder Judiciário, introduziu no texto da Constituição da República o artigo 103-A, instituidor da figura da súmula vinculante.

Frise-se que, a partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a poder, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Confirmando ser tal modificação constitucional a mais nova promessa constitucional de celeridade processual, e ápice de toda política instituidora da padronização decisória, o constituinte derivado consignou no parágrafo terceiro do artigo 103-A que, do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Não parando por aí, em 07 de Fevereiro de 2006 foram publicadas as Leis nº 11.276¹² e 11.277¹³, que trouxeram alterações substanciais no processo civil brasileiro, em especial as constantes nos artigos 518 e 285-A.

Em se tratando do artigo 518, foi instituído pelo advento da Lei 11.276 o parágrafo primeiro, que dispõe que o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Ora, mais do que violentar o devido processo legal, em especial o direito fundamental à ampla defesa, com o único fim de reduzir a sobrecarga de processos juntos aos tribunais, tal

¹⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.352, de 26 de Dezembro de 2001.

¹¹ BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

¹² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.

¹³ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006.

dispositivo trouxe, nas exatas palavras de Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, apud Gustavo de Castro Faria (2012, p. 75), “mais um pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso de apelação”.

Já o artigo 285-A, acrescido em nosso ordenamento processual civil pela Lei 11.277/06, instituiu o famigerado julgamento antecipadíssimo da lide, facultando ao juiz, ao receber a inicial e constatar que a matéria controvertida é unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, dispensar a citação e proferir sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Perceba, mais uma vez, que o presente instituto visa prestigiar o princípio da economia processual, especialmente nas causas de temas repetitivos.

Neste ponto, merece destaque a lição de Gustavo de Castro Faria (2012, p. 76):

“(…) O julgamento pelas sentenças clonadas vai ao encontro do ideal de padronização decisória, com a particularidade de, no caso, ter o legislador infraconstitucional valorizado o precedente jurisprudencial edificado no próprio juízo pelo qual a demanda tem curso por constatar o prévio enfrentamento de ações semelhantes, em momento anterior, desfechando-as por meio de sentenças de improcedência dos pedidos”.

Ainda seguindo a ordem cronológica da evolução da legislação processual, em 19 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei 11.418¹⁴ a qual acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, visando regulamentar o parágrafo terceiro do artigo 102 da Constituição Federal.

Pelo artigo 543-A, o Supremo Tribunal Federal não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral¹⁵. Veja que aqui novamente foi criado pelo legislador requisito específico de admissibilidade recursal a fim de dificultar novamente a subida de recursos à “suprema corte” e desafogar o judiciário à custa do direito alheio.

Já o artigo 543-B acrescido ao Código de Processo Civil, trata em seu parágrafo primeiro do recurso extraordinário representativo de controvérsia (igualmente o artigo 543-C criou esta figura para os recursos especiais), modalidade em que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao

¹⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

¹⁵ Art. 543-A, § 1º: Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Supremo Tribunal Federal para a análise da repercussão geral, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

Destaque-se que, negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos, repetindo sistematicamente a decisão proferida pela turma em todos os demais.

Por fim, já no âmbito da execução, em 22 de dezembro de 2005 foi publicada a Lei 11.232¹⁶, que introduziu no ordenamento brasileiro a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento.

Quanto à referida lei, merece destaque as inovações trazidas pelos artigos 475-L, §1º e 741, que tratam da defesa do executado e determinam que será considerado inexigível o título judicial fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Ante a flagrante inconstitucionalidade dos artigos supracitados, Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 16/17) assim se manifestou:

“Afigura-se inconstitucional, na teoria do Estado Democrático de Direito, o parágrafo único do art. 741 do CPC que, conferindo ao juiz condutor da normatividade executiva a possibilidade de exercer uma autotutela eximitória de acatamento de efeitos de sentença que lhe coube cumprir, estabelece a resolução do impasse (criado pela preclusão máxima) por uma via não democrática e pertinente ao Estado Liberal ou Social-Direito que, outorga ao juiz a presunção transcendental de um saber já, *a priori*, coincidente com o desejo do povo e preservação de seu acervo jurídico ou moral (republi-canismo acéfalo)”.

Frise, conforme acertadamente dito por Rosemiro Pereira Leal, que a sentença apta a ser cumprida é assegurada pela coisa julgada, preclusão máxima que impede a revisibilidade dos seus efeitos, senão apenas nos limites do devido processo legal (ação rescisória), e não pelo juiz condutor do feito.

Por todo este retrocesso legislativo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que a tão almejada estabilidade jurídica pela aplicação cega dos precedentes judiciais deságua inexoravelmente na mitigação do espaço de argumentação e, por conseguinte, de efetiva diminuição da segurança jurídica, que, ao contrário do que se prega, deve ser entendida como a garantia de um processo no qual as partes tenham a oportunidade tanto de esclarecer as questões controvertidas quanto de apresentar e provar teses que vá de encontro

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

ao entendimento dominante acerca de determinada matéria, e não mais acreditar que com as súmulas ou decisões vinculantes se consegue garantir o melhor resultado.

Definitivamente, não se pode almejar a universalização de casos supostamente idênticos (eis que se idênticos fossem estaríamos diante da litispendência ou coisa julgada), visto que ainda que existam situações semelhantes, cada processo possui as suas particularidades. Logo, inexistem, mesmo que com as melhores das intenções se busque uma prestação jurisdicional isonômica, respostas definitivas e perfeitas que possam determinar a solução de todos os outros casos, dado que a interpretação jurídica é sempre construtiva, inadmitindo a criação de modelos decisórios.

Dessa forma, pode-se concluir dizendo que, todos estes supostos avanços legislativos aplaudidos de pé por grande parte da doutrina brasileira têm causado a atrofia do processo de legitimação da atividade jurisdicional, conferindo-se à jurisprudência o papel de intérprete oficial do direito e ao Judiciário o de oráculo de uma sociedade órfã, enunciador de entendimentos imunizados formados à margem do processo constitucional democrático, em uma nítida relação entre violência e direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, pode-se dizer que, em que pese estabelecida a divergência inerente aos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, visto que, enquanto o primeiro preza pelo respeito aos precedentes judiciais, o segundo se apegua à lei escrita, o direito brasileiro, por motivos históricos, por mais que tenha suas bases romanísticas, sempre reservou espaço aos entendimentos jurisprudenciais.

Ocorre que, também não se pode negar, que todo este furor moderno pelo fortalecimento da vinculação decisória aos precedentes judiciais, fenômeno este nunca antes visto, tem como principal motivação o descrédito da atividade jurisdicional pautada no sistema da *civil law*, que, por razões estruturais, não se tem mostrado capaz de oferecer efetividade, tratamento isonômico e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Todavia, tal miscelânea, em uma busca incansável por uma pretensa celeridade processual que, comprovadamente, não se consegue alcançar, acaba promovendo a supressão de direitos e garantias fundamentais teoricamente conquistados.

Perceba que tanto a supressão de direitos e garantias fundamentais quanto à impossibilidade de alcance do objetivo formulado pelos adeptos à doutrina dos precedentes devem-se, respectivamente, ao fato de, mais uma vez, proceder-se nossos legisladores a uma importação “à brasileira” dos sistemas estrangeiros, e, a de que a demora na solução decisória sempre existirá em qualquer Estado que se intitule Democrático de Direito.

No caso do sistema dos precedentes, o legislador brasileiro não se atentou aos meandros relacionados ao processo de subsunção dos casos concretos aos precedentes do sistema da *common law*, visto que, nesse sistema, abre-se a possibilidade de demonstração das particularidades do caso concreto que o diferenciam dos paradigmas normativos, impedindo-se, assim, qualquer tentativa de se promover, dialogicamente, a superação ou reconstrução dos precedentes.

Some-se a isso à total insuficiência de desenvolvimento de teorias no Brasil que orientem o trabalho de edição e aplicação dos enunciados sumulares, resultando em produção de súmulas desconectadas com as questões, debates e teses que lhe deram origem.

Quanto à indiscutível existência de uma inerente e natural demora na prestação jurisdicional, deve-se a sociedade e o legislador entender que a solução dos casos levados a juízo somente poderá ser realizada por uma estrutura normativa e dialógica do processo, modo racional e democrático que se opõe à concepção esdrúxula de uma jurisdição sumária que atua em total desprezo ao direito posto em juízo.

Assim, conclui-se dizendo que, para um Estado que se auto intitula em sua Carta Maior como Democrático de Direito, o padrão de licitude a ser adotado pelo ordenamento jurídico, de modo algum, poderá se legitimar pela palavra de um onisciente círculo de intérpretes oficiais da norma, já que a construção dos provimentos jurisdicionais neste Estado só será constitucionalmente legítima se realizados na sede do devido processo legal, visto que, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos, não é juridicamente existente.

Abstract

This paper focuses on the Institute jurisprudencialização law as a form adopted by Brazilian legislators to effect the fundamental right to a reasonable length of proceedings. Therefore, it

is the state measure that aims at high productivity and standardization decisions superficial understandings adopted by the courts in order to increase the statistical case solved, even if it occurs before a thorough debate on the matter. In this context it will analyze the dichotomy between the common law and civil law, the phenomenon of jurisprudencialização in Brazilian law, reason and the fundamental right to judicial process and standardization decisions in Brazilian civil procedure, all this in order to determine if the provisionses courts whose genesis judicial precedents are considered legitimate within a democratic processuality.

Keywords: Jurisprudencialização law; Law fundamental to the process; dialogicity. Constitutional Process.

REFERÊNCIAS

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 29 mai. 1990.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993**. Altera os artigos 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 1993.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n° 9.756, de 17 de Dezembro de 1998**. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Diário Oficial de União, Brasília, 18 dez. 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n° 10.352, de 26 de Dezembro de 2001**. Altera dispositivos da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Diário Oficial da União, Brasília, 27 dez. 2001.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos artigos 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 2004.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006**. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Diário Oficial da União, Brasília, 08 fev. 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006**. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 08 fev. 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 20 dez. 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 2005.

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

KIETZMANN. Luís Felipe de Freitas. **Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro**. Jus Navigandi, 30 Jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8701/da-uniformizacao-de-jurisprudencia-no-direito-brasileiro/1>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

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

POPPER, Karl Raimund. **Autobiografia Intelectual**. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1977.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico**. Ed. da UNB, 2008

ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa; SANTOS, Ramon Alberto dos; ARAÚJO, Renê José Cilião de. **Common law e civil law: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas**. In: Programa de Iniciação Científica do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Maringá, 2010, Maringá.

Disponível em:

<http://www.academia.edu/441355/COMMON_LAW_E_CIVIL_LAW_UMA_ANALISE_DOS_SYSTEMAS_JURIDICOS_BRASILEIRO_E_NORTE-AMERICANO_E_SUAS_INFLUENCIAS_MUTUAS>. Acesso em: 11 ago. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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