

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUA INFLUÊNCIA NA JURISDIÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE A TÉCNICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

THE NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS INFLUENCE ON JURISDICTION: NOTES ON THE TECHNIQUE OF JUDICIAL PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Débora Caldeira Monteiro de Lima¹
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (orientador)²

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar as principais transformações sofridas pelo Direito com o advento do neoconstitucionalismo no Brasil. Demonstrar-se-á que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito se inseriu numa nova perspectiva que o fez incorporar novos princípios, concepções, interpretações, que refletiram diretamente no exercício da jurisdição brasileira. Nesse ambiente neoconstitucional, a decisão jurídica passou a se valer da argumentação jurídica, ao se comprometer com os princípios constitucionais e elementos externos ao sistema normativo para solucionar problemas jurídicos e, ao mesmo tempo, criar e realizar o Direito. Nessa perspectiva, a justiça passou a viver um período de crise na efetividade do processo, que foi enfrentado por meio de reformas normativas, as quais agregaram a técnica dos precedentes judiciais como instrumento apto a gerar efetividade ao processo judicial. Diante disso, analisar-se-á o papel, a influência e a legitimidade dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro à luz das recentes reformas constitucionais (Emendas Constitucionais) e infraconstitucionais (novo Código de Processo Civil). Observar-se-á, ainda, como os países tradicionalmente vinculados aos precedentes se valem deste mecanismo na prática judiciária, buscando analisar se a aplicação de seus posicionamentos se dá de modo semelhante ao do Brasil.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Direito; Efetividade; Processo; Precedentes judiciais

ABSTRACT

This study aims to analyze the major transformations undergone by the law with the advent of neoconstitutionalism in Brazil. Demonstrating that, from the 1988 Federal Constitution, the law was inserted in a new perspective that did incorporate new principles, concepts, interpretations, which directly reflected in the performance of the Brazilian jurisdiction. In this Neoconstitutional environment, the legal decision started to use of legal arguments to be bound by the constitutional principles and elements external to the legal system resolving legal problems and, at the same time, create and realize the law. By this constitutional perspective, justice started experiencing a period of crisis in the process effectiveness, which was addressed through regulatory reforms, aggregating the judicial precedents of the technique as a tool able to generate effectiveness in the judicial process. Thus, analyzing shall be the role, influence and legitimacy of judicial precedents in the Brazilian procedural system in light of recent constitutional and infra-constitutional reforms. It will also observe how countries traditionally linked to previous avail themselves of this mechanism in judicial

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Endereço eletrônico: dcmdelima@yahoo.com.br

² Doutor em Direito pela Universidade do Paraná. Pesquisador e professor do Programa de Pós Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Endereço Eletrônico: ehlfigueiredo@yahoo.com.br

practice, trying to analyze whether the application of their positions occurs in a similar manner to Brazil.

Keywords: Neoconstitutionalism - Right- Effectiveness - Process - Judicial precedents.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propor-se-á analisar as principais transformações sofridas pela jurisdição e pela percepção e compreensão do Direito, após a inauguração do neoconstitucionalismo no Brasil.

Sabe-se que, após a promulgação da Constituição Federal, o Direito sofreu uma ruptura paradigmática, ao ser inserido em uma nova perspectiva constitucional, que o fez incorporar novos princípios, concepções e interpretações, que refletiram positivamente no exercício da jurisdição no Brasil.

Observou-se que, a partir desse novo direito constitucional, os preceitos constitucionais adquiriram força normativa e se deslocaram para o centro do sistema jurídico, tornando-se parâmetro para aplicação, interpretação e integração de todo o sistema jurídico³. O Direito Processual Civil se aproximou da Constituição Federal e se inseriu em uma nova fase intitulada neoprocessualismo. Tem-se, assim, que, a partir dessa nova perspectiva constitucional, os princípios constitucionais passaram a condicionar a validade e o sentido do Direito Processual Civil, de modo que este deve ser criado, interpretado e aplicado a partir dos preceitos que emanam da Constituição⁴.

Por meio desse novo horizonte constitucional, a jurisdição e o Direito Processual Civil tornaram-se, juntos, importantes instrumentos para a realização das garantias constitucionais, primeiro porque o judiciário, a partir de 1988, passou a assumir importante papel como garantidor de políticas públicas, voltadas para a concretização dos direitos fundamentais, segundo porque é por meio da jurisdição que é possível visualizar se a prática processual (direito processual) se amolda às perspectivas constitucionais. Assim também as técnicas ou instrumentos processuais, que incorporam o ordenamento jurídico, passaram a se tornar importantes mecanismos para a concretização da Constituição, no âmbito jurisdicional.

³ HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição: Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012, p. 30.

⁴ Idem.

É diante desse contexto que a presente investigação se propõe a analisar o papel e a influência dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro, a partir das mais recentes reformas legislativas, constitucionais e infraconstitucionais, as quais foram criadas sob a justificativa de efetivar o processo jurisdicional⁵, logo, também, constitucionalizar o processo. Sabe-se que o Direito processual constitucional tem como objetivo a análise dos mecanismos processuais que entronizam as garantias constitucionais, já que estes se constituem em instrumentos eficazes para as normas constitucionais tornarem-se exequíveis⁶.

O título do trabalho “O neoconstitucionalismo e a sua influência na jurisdição: apontamentos sobre a técnica dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro” é capaz de fornecer de antemão uma delimitação do tema, que se prestará a analisar como os precedentes judiciais são compreendidos nessa dimensão neoconstitucional. Em vista disso, esta pesquisa abrangerá as transformações e superações paradigmáticas do Direito com a inauguração dessa nova fase e, em seguida, analisará a legitimidade (ou não) da aplicação prática da técnica dos precedentes judiciais na jurisdição brasileira.

A partir do que foi exposto, defender-se-á no presente trabalho que o Direito deve ser criado, interpretado e aplicado a partir dos princípios que emanam da Constituição, eis que as garantias constitucionais servem de supedâneo para as transformações da legislação infraconstitucional e das reformas constitucionais (Emendas Constitucionais), bem como para a expansão da interpretação jurídica e da criatividade judicial.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: NOVAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS

É importante tecer algumas considerações sobre essa nova perspectiva constitucional denominada neoconstitucionalismo, por englobar a compreensão do tema proposto e abarcar o momento histórico, teórico e filosófico em que a técnica dos precedentes judiciais foi introduzida no sistema processual vigente.

O neoconstitucionalismo pode ser compreendido, genericamente, como um conjunto de transformações “no modo como se pensa e se pratica o direito constitucional⁷” que reflete diretamente na percepção da Constituição e na interpretação jurídica geral⁸. Esta mudança paradigmática se

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARACHO, J. A. O.; SAMPAIO, J. A. L. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. 01ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v. 01, p. 410.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.53.

⁸Idem.

estabeleceu após a Constituição Federal de 1988, quando o Brasil se inseriu em um processo de redemocratização, no qual houve a transição do Estado brasileiro de um regime autoritário e intolerante para o Estado Democrático de Direito⁹.

Em suma, o neoconstitucionalismo trouxe importantes transformações para o conteúdo ideológico do Direito Constitucional, por englobar o surgimento de novos direitos, valores, interpretações, concepções e o nascimento de novas matérias de índoles econômicas e sociais que refletiram positivamente na construção do direito contemporâneo à luz da Constituição.

Em outros lugares do mundo, como na Europa, especialmente na Alemanha e Itália, esse processo de reconstitucionalização veio à tona durante o séc. XX, sobretudo após a revolução industrial, onde se travou uma tensão entre o capital e o trabalho, e a segunda guerra mundial, quando a população experimentou os horrores causados pelo conflito¹⁰. Durante este período, a nova realidade constitucional tornou-se foco de atenção na Europa, que passou a incorporar, com mais apego, questões relativas à limitação dos poderes estatais, direitos de natureza liberal e econômica, além de um rol mais amplo de direitos sociais¹¹. Assim, as constituições incorporaram, em seus textos, princípios até então não previstos, iniciando-se uma nova fase no constitucionalismo.

Nesse horizonte constitucional, o Direito e a ética se aproximaram, de modo que a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental, passou a adquirir maior importância no mundo ocidental, assumindo *status* de princípio jurídico constitucional, corporificando-se em diversos documentos, como em declaração de direitos, convenções internacionais, dentre outros¹². Foi nesse ambiente que a dignidade da pessoa humana se constituiu em base normativa para os direitos fundamentais no mundo.

Não é demais acrescentar que a dignidade, como fundamento jurídico, passou a determinar a própria compreensão do Estado Democrático de Direito, ao dar unidade de sentido à Constituição e oferecer alicerce ao Estado de Direito Contemporâneo. Cattoni compartilha do mesmo entendimento, ao afirmar que

[...] uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é o eixo legitimador basilar do ordenamento jurídico, bem como confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, somente assim se pode realizar no Brasil o Estado Democrático de Direito. Trata-se, enfim, do derradeiro valor

⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 01.

¹⁰ HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição: Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012, p. 51

¹¹ FIGUEIREDO, Eduardo H.L. *Crítica os princípios do direito moderno: História, sociedade e Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014, p. 176.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 42.

supremo e absoluto, que se constitui no cerne do Estado de Direito Contemporâneo¹³.

Seguindo essa linha de raciocínio, Barroso identifica o neoconstitucionalismo como um conjunto de transformações que se sucederam no Estado e que ensejaram mudanças de paradigmas na percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral¹⁴. Sob esta ótica, o autor compreende o neoconstitucionalismo levando-se em consideração três marcos fundamentais: a) o marco histórico, o qual se estabeleceu no momento em que se consolidou o Estado Democrático de Direito, questão já detalhada; b) o marco filosófico, que se inseriu na perspectiva pós-positivista, ao eleger uma aproximação entre o Direito e a ética; e, por fim, c) o marco teórico, o qual representou a construção de uma nova dogmática constitucional e o reconhecimento de força normativa aos preceitos constitucionais, “que passaram a ter aplicabilidade direta e imediata”¹⁵.

Dentre as dimensões elucidadas, o marco filosófico se destaca por agregar o surgimento de novas concepções, razões e valores que passaram a compor o novo paradigma neoconstitucional em construção, o qual passou a englobar: a) a entronização de valores na interpretação jurídica, por meio da observância da normatividade dos princípios; b) a busca pela razão prática, que se consubstancia por meio da argumentação jurídica; c) a construção de uma nova hermenêutica; d) a elaboração de uma teoria sobre os direitos fundamentais que tenha como supedâneo a dignidade da pessoa humana¹⁶. Esse conjunto de ideias concebe o Direito em conexão com a moral (valores e concepções incorporados na sociedade), dando origem ao denominado pós-positivismo.

O neoconstitucionalismo sugere, assim, a superação do formalismo jurídico, concepção que trouxe grandes avanços para interpretação jurídica constitucional no final do séc. XX, eis que o pensamento jurídico clássico, que permeou durante o séc. XIX e início do séc. XX, compreendia o Direito como uma operação matemática, lógica e dedutiva, na qual o julgador produzia a decisão jurídica mediante a subsunção dos fatos à norma¹⁷.

Vale ressaltar que, ainda atualmente, vem se consolidando o entendimento de que a solução para os problemas jurídicos não está pré-estabelecida no ordenamento jurídico, mas é questão que certamente depende da argumentação jurídica do intérprete, que deve se valer dos elementos externos ao sistema normativo¹⁸.

¹³ MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 278.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*, p. 31.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte, 2013, p.35.

¹⁸ *Idem*.

Deste modo, há sentido dizer que, a partir do neoconstitucionalismo, o Direito se insere em uma nova perspectiva que reclama uma atitude interpretativa do juiz, que deve assumir uma concepção jurídica amparada nos princípios constitucionais e comprometida com os princípios e valores do mundo prático da comunidade¹⁹.

2.1 A Constitucionalização do Direito

2.1.1 a influência da Constituição Federal de 1988 sobre os ramos do Direito

A constitucionalização do Direito foi outro fenômeno que ganhou grande dimensão no mundo jurídico, após a Constituição ter se deslocado para o centro do sistema jurídico, inserindo-se nessa nova fase neoconstitucional. Sobre o tema, Barroso explica:

No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico.

Observa-se, assim, que, no Brasil, o neoconstitucionalismo agrega a concepção de que a Constituição engloba não só supremacia de Lei Maior, mas também uma supremacia material axiológica, originada da normatividade dos princípios constitucionais, que se irradia por todo o sistema jurídico, influenciando e regulando a criação e interpretação dos ramos do Direito²⁰.

Sabe-se que a estrutura da Constituição Brasileira de 1988, além de prever matérias tradicionalmente relacionadas a uma Lei Maior- forma, regime de governo, organização do Estado e dos poderes-, conta também com disposições atinentes aos ramos do Direito, como o Direito Civil, Processual Civil, Penal, Processual Penal, dentre outros. Em vista disto, os ramos do Direito agregaram contornos constitucionais, ao conceberem a Constituição como centro norteador de sua matéria.

À luz de tais premissas, a partir no neoconstitucionalismo, a Constituição passa a condicionar o sentido e o alcance das normas de direito infraconstitucional, de modo que toda interpretação jurídica deve estar em harmonia com a Constituição.

¹⁹SIMIONI, Rafael L. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, E. H.; MONACO, G. F.; MAGALHÃES, J.L.Q. (coord). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012, p.160.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 32.

É nesse ambiente que o Código de Processo Civil de 1973 e o Código Penal de 1940 se mantiveram vivos mesmo após as inovações de cunho axiológico trazidas pela Constituição Brasileira em 1988. Para se adaptarem às transformações constitucionais, esses Códigos incorporaram ao seu seio uma gama de reformas pontuais. Todavia, mesmo diante destas alterações legislativas, é possível afirmar que ainda permeiam no ordenamento jurídico questões que já não mais se coadunam com as transformações que emergem o direito.

Assim, a partir dessa nova fase, o intérprete deve observar se a norma infraconstitucional é compatível com a Constituição, bem como determinar o seu sentido e alcance por meio de uma interpretação que leve em consideração as disposições constitucionais.

2.1.2. Neoprocessualismo: influência da Constituição Federal de 1988 sobre o processo

A Constitucionalização do Direito deu origem a uma nova concepção de processo denominada *neoprocessualismo*, a qual é produto da aproximação e da influência do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil. Outros autores, como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, preferem denominar a aproximação entre estes institutos de “formalismo valorativo”²¹.

Eduardo Cambi elenca algumas características básicas do neoprocessualismo: a) a aplicação dos princípios constitucionais processuais independentemente da existência de previsão legal; b) democratização do processo (inserção de formas intervenção popular); c) visão publicística do processo; d) implementação de princípios da colaboração e da cooperação; e) alargamento dos poderes do juiz no curso do processo²².

Entende-se, assim, que, tanto do ponto de vista estrutural, quanto da sua dinâmica, a inserção do direito processual na dimensão constitucional é a principal característica do neoprocessualismo.

Sabe-se que, com a publicação da Constituição Brasileira de 1988, o texto constitucional passou a prever inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, como o devido processo legal (art. 5 LIV); direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5. LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); juízo natural (art. 5 XXXVII²³, dentre outros. Deste modo, o estudo da ordem processual passou a ter como ponto de partida os princípios, garantias e disposições constitucionais e as recíprocas influências existentes entre a Constituição e o processo²⁴.

²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.32.

²² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p.21.

²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 43.

Sobre o tema, Dinamarco acrescenta:

(...) o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar sua lei em consonância com o que ela estabelece. De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados²⁵.

Assim, a partir do neoprocessualismo, o direito processual passa a ser compreendido a partir da Constituição, eis que os princípios processuais constitucionais devem nortear a criação, instituição e aplicação prática do direito processual. Sob outra ótica, é possível afirmar que o direito processual se constitui em importante instrumento para a efetivação de princípios, direitos e garantias constitucionais, de modo que a interação entre esses dois institutos (processo e constituição)- é fundamental para a exequibilidade das garantias constitucionais.

2.1.3. A doutrina, o judiciário e a legislação como atores da Constitucionalização do Direito

Vale ressaltar que o fenômeno da constitucionalização do Direito é tema mais abrangente e complexo do que a mera subordinação dos ramos do Direito à Constituição. É nesse sentido que Afonso da Silva ensina que a mencionada constitucionalização deve abarcar três atores principais: o legislativo, a doutrina e o judiciário.

O autor lembra que “a mais efetiva e, ao menos em tese, a menos problemática forma de constitucionalização do direito é realizada por meio de reformas pontuais ou globais, na legislação constitucional”²⁶. Entretanto, é importante mencionar que esse processo de constitucionalização por meio da legislação se mostra muitas vezes lento às mudanças e quebras de paradigmas na legislação constitucionalizada, que se estabelecem com as transformações histórico-sociais da sociedade globalizada. É nesse ambiente que o judiciário, através da decisão jurídica, passa a desenvolver um importante papel voltado para a criação e realização do direito. Assim, a jurisprudência acaba assumindo o papel do legislador, ao determinar o sentido e o alcance das normas, em um determinado momento histórico, a partir da leitura e interpretação da Constituição.

²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 148.

²⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 45.

Nesse contexto é que o Poder Judiciário desenvolve um importante papel voltado para a constitucionalização, na medida em que é na “atividade judiciária, especialmente na aplicação, na interpretação e no controle dos atos entre os particulares, que envolvem os direitos fundamentais, que todas as dificuldades e peculiaridades da constitucionalização do direito se revelam com clareza e profundidade”²⁷.

Por outro lado, é possível que a jurisprudência se mantenha refratária às transformações paradigmáticas do Direito, mesmo que a lei já as tenha superado. Nesse horizonte, Cattoni acrescenta que as reformas legislativas, sejam elas macroestruturais ou microestruturais, não são capazes de, por si só, contribuir para uma mudança de mentalidade no conteúdo do Direito²⁸, sendo imprescindível, neste caso, que a sociedade e os operadores do Direito aceitem a mudança de paradigma na aplicação da legislação constitucionalizada. Assim, o fenômeno da constitucionalização reclama mudanças de comportamento dos operadores do Direito na interpretação jurídica em geral.

Já a doutrina, como terceiro elemento da constitucionalização do Direito, mostra-se importante por oferecer fundamento teórico para o processo de constitucionalização, além de auxiliar por meio de quebras de paradigmas e racionalidade²⁹.

Note-se, assim, que através da ação conjunta dos três mencionados atores (judiciário, doutrina e legislação) torna-se possível interligar o Direito e a sociedade às novas concepções, interpretações, valores e princípios que aperfeiçoam e incorporam o neoconstitucionalismo.

Diante do que foi exposto, este trabalho analisará como os legisladores e juízes de direito se inserem na perspectiva de constitucionalização do processo, partindo-se da análise da crise enfrentada pela jurisdição e das recentes reformas processuais, que vieram à tona a partir da Emenda Constitucional n.45 e, agora mais recentemente, com o novo Código de Processo Civil.

3. A CRISE NA EFETIVIDADE DO PROCESSO E AS REFORMAS LEGISLATIVAS QUE SE VOLTAM PARA A TÉCNICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Após a instituição da democracia no país, a procura pelo judiciário aumentou de maneira significativa, em razão de a jurisdição ter se tornado um importante instrumento para a realização dos direitos fundamentais e para a resolução de conflitos. Esta peculiaridade veio à tona em razão do

²⁷ Ibidem, p. 44.

²⁸ MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2011, p 148.

²⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 45

extenso rol de direitos que se instituiu após a Constituição Federal, aliada ao aumento da complexidade em sociedade e a não satisfação desses direitos pelo Estado.

Assim, nesse período pós constituição, o Poder Judiciário passou a incorporar discussões políticas e sociais voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais, fato este que contribuiu para o surgimento de demandas de massa no Brasil (também denominada ações repetitivas) visando a realização desses direitos.

É nesse ambiente que o direito de acesso à justiça passou a ser 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 a sua efetiva reivindicação³⁰”. Assim, o direito processual e a jurisdição tornaram-se, juntos, importantes mecanismos para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Sabe-se que a Constituição Brasileira de 1988 prevê em seu artigo art. 5º, inciso XXXV, o direito de acesso à justiça, bem como estabelece uma gama de direitos especificamente processuais, visando garantir, no curso de uma ação judicial, a existência de um processo constitucionalizado.

Pode-se afirmar que o direito de acesso à justiça oferece fundamento axiológico aos demais princípios processuais constitucionais, por visar garantir, precipuamente, que o sistema processual seja igualmente acessível a todos os cidadãos e que a decisão jurídica produza resultados que sejam individual e socialmente justos³¹.

Entretanto, apesar da consagração do direito de acesso à justiça, é possível observar que, desde a década de 90, o judiciário (em âmbito estadual- ações que seguem o rito do CPC) tem se mostrado incapaz de garantir o exercício desse direito com a plena observância das garantias constitucionais. Isso vem se concretizando em razão da crescente demanda de ações judiciais que, ao que tudo indica, estão abarrotando a justiça e, infelizmente, contribuindo para que o processo não esteja vinculado aos princípios processuais constitucionais.

Nesse cenário, é possível afirmar que a morosidade processual vai de encontro com o princípio do acesso à justiça, por se constituir em uma barreira (tempo) para que o cidadão tenha acesso à tutela do seu direito, em um período razoável. Sob outra ótica, vale mencionar que a justiça realizada de forma lenta também se constitui em agente catalisador de desigualdade entre as partes no processo, culminando de forma negativa para o desfecho do provimento final, eis que, muitas vezes, a parte mais carente acaba preferindo transacionar sobre os seus direitos, abrindo mão da

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11.

³¹Ibidem, p.08.

pretensão que provavelmente seria realizada no final do percurso de uma ação judicial, a ter que esperar e suportar financeiramente o tempo do processo³².

Assim, nas últimas décadas, a busca pela celeridade processual tornou-se um dos pilares das reformas processuais legislativas³³, as quais, influenciadas pelo movimento neoconstitucional, passaram a ter o objetivo de promover a efetividade dos direitos fundamentais no âmbito jurisdicional.

Sob essa inspiração, a Emenda Constitucional n.45/2004 instituiu o princípio da duração razoável do processo, “apesar de sua manifesta existência no sistema jurídico por força da ratificação, em 1992, da Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)³⁴” e de sua previsão implícita por meio do art. 5. XXXV, já previsto constitucionalmente desde a promulgação da Constituição.

Ressalta-se que, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, responsável pela denominada “Reforma do Poder Judiciário”, houve uma expressiva reforma da ordem processual e alterações substanciais nos modos de exercício da jurisdição e no funcionamento dos órgãos e organismos que compõe a organização judiciária³⁵.

A referida Emenda alterou o processo civil e introduziu significativas modificações na estrutura do Poder Judiciário, visando constitucionalizar o processo judicial e, especialmente, “eliminar ou ao menos atenuar as lastimáveis demoras, que são fonte de corrosão dos direitos e alimento ao tempo do inimigo³⁶”.

No que se refere aos aspectos processuais, é possível afirmar que a Emenda Constitucional n. 45 passou a privilegiar a técnica dos precedentes judiciais, como instrumento apto a garantir a uniformidade da jurisprudência e, por conseqüência, acelerar o andamento processual. Mais recentemente, o ordenamento jurídico conta agora com um novo Código de Processo Civil que também tem privilegiado a técnica dos precedentes judiciais como forma de padronizar as decisões jurídicas.

Por meio desse contexto histórico, o trabalho passa a analisar o papel e a influência do precedente judicial no sistema processual brasileiro à luz das mais recentes reformas introduzidas na legislação constitucional e infraconstitucional, que tiveram como objetivo imprimir maior segurança jurídica e previsibilidade às ações judiciais, bem como garantir maior celeridade à tutela dos direitos.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 21

³³ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.100.

³⁴ *Idem*.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 197.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 198.

O presente artigo certamente contribuirá para a construção teórica da compreensão da justiça civil brasileira contemporaneamente à luz das reformas constitucionais e infraconstitucionais que abrangem os mecanismos aqui elucidados.

4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A CRIAÇÃO DO DIREITO

4.1. Bases Teóricas para a compreensão do precedente judicial e sua origem

O termo precedente é, por definição, “a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado, por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre casos.”³⁷ Sobre os precedentes, Taruffo esclarece:

Il precedente fornisce una regola (universalizzabile, come già si è detto) che può essere applicata come critério di decisione nel caso successivo in funzione della identità o – come accade di regola - dell’ analogia tra I fatti del primeiro caso e I fatti del second caso³⁸.

Note-se que o precedente judicial é um mecanismo que orienta o juiz a construir a sua decisão jurídica, ao levar em consideração um julgado anteriormente proferido que guarda identidade com o caso jurídico atual. Assim, quando o juiz se vale de um precedente judicial ele aplica a analogia, ao relacionar semelhanças entre os fatos do primeiro caso jurídico (do passado) e os fatos do segundo caso jurídico (atual).

Os precedentes judiciais têm a sua origem nos países que adotaram o sistema *common law*, onde as regras do direito são construídas por meio das decisões dos tribunais³⁹. Nesse sistema, de origem inglesa, as cortes sempre se preocuparam em garantir a coerência das decisões judiciais para evitar julgamentos contraditórios para casos similares⁴⁰. Assim, o precedente judicial, para o *common law*, serve como mecanismo apto a garantir igualdade, segurança, economia e respeitabilidade às decisões judiciais⁴¹.

Durante o séc. XVII e XVIII, o sistema inglês não possuía regras preestabelecidas que determinassem a vinculação do precedente. Todavia, naquele período, os juízes seguiam a tradição

³⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 198.

³⁸ “O precedente fornece uma regra anterior (universal, como já foi dito) que pode ser aplicada como um critério para a decisão jurídica no caso sucessivo, em função de identidade ou (como acontece geralmente) da analogia entre o fato do primeiro caso e o fato do segundo caso.” (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Scientifica*. Università degli Studi Suor Orsola Benicasa, Facoltà di Giurisprudenza, Editoriale Scientifica, 2007. p. 13.)

³⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 194.

⁴⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012.308f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.72

⁴¹ *Ibidem*, p.76.

de respeitar as decisões proferidas (precedentes) pela mesma corte ou pelas cortes hierarquicamente superiores⁴².

A partir do séc. XIX, consolidou-se na Inglaterra a teoria do *stare decisis*, a qual passou a atribuir força obrigatória aos precedentes⁴³, ao trazer a ideia de que “os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos.”⁴⁴ Assim, a partir do *stare decisis*, uma única decisão tomada individualmente pela corte passa a ter o condão de constituir o direito e gerar a obrigação de o juiz aplicá-la⁴⁵.

No sistema de *commom law*, os precedentes judiciais vinculam porque se constituem em mecanismos para a argumentação⁴⁶. Acredita-se que um caso jurídico deve ser solucionado utilizando-se das mesmas razões contidas no julgado anterior, quando os fatos relevantes são os mesmos e se amoldam ao mesmo momento histórico-social⁴⁷.

Nesse modelo, o precedente judicial não deve ser aplicado de maneira automática. Ao contrário, o juiz ou tribunal, antes de se valer do precedente, deve analisar os elementos objetivos do caso que formou o precedente e a tese jurídica que sustentou a decisão jurídica, para, em seguida, relacionar essas especificidades com o caso em concreto. Note-se, assim, que, no sistema de *commom law*, as decisões são construídas a partir de um critério de racionalidade. Nesse sentido:

Stare decisis does not require a court to blindly follow incorrectly decided precedents. Nor does it require a court to stand by a precedent irrespective of its merit. What stare decisis does require is that courts engage with the past and act with integrity. They do this when they display a commitment to a coherent, defensible view of the content of the law⁴⁸.

Pode-se considerar o precedente judicial como a substância da decisão jurídica que vincula os tribunais de mesma hierarquia ou hierarquia inferior. Essa substância recebe a denominação de *ratio decidendi* e pode ser compreendida como a única parte da decisão jurídica que vincula os casos jurídicos posteriores semelhantes.

⁴²Ibidem, p.75.

⁴³Idem.

⁴⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 200.

⁴⁵ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.172.

⁴⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 200.

⁴⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 200

⁴⁸ “ O Stare decisis não exige que um tribunal siga cegamente precedente decididos incorretamente. Não se impõe que o juiz defenda um precedente independentemente do seu mérito. O que o stare decisis exige é que os tribunais se envolvam com o passado e ajam com integridade. Eles fazem isso quando exibem um compromisso com uma visão coerente e defensável do conteúdo do direito.” (HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Laws Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 118).

Assim, a *ratio decidendi* é a razão ou o princípio que fundamenta a decisão jurídica e vincula os casos sucessivos com características análogas ao precedente judicial⁴⁹. Para Tucci, a *ratio decidendi* é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto⁵⁰.

A *ratio decidendi* é também compreendida como o motivo determinante da decisão, isto é, a premissa sem a qual não se chegaria àquela decisão específica.

Desse modo, pode-se afirmar que, enquanto a decisão jurídica vincula as partes no processo, a *ratio decidendi* vincula todos os casos jurídicos sucessivos e semelhantes, ao se constituir em regra de direito para todos⁵¹ e “fonte de conhecimento da interpretação judicial do direito vigente em determinado momento social⁵².”

Vale ainda ressaltar que não é necessário que o caso jurídico precedente seja idêntico ao caso jurídico atual para que o juiz ou um tribunal se valha de um precedente judicial, até mesmo porque seria impossível isso acontecer, eis que cada caso possui as particularidades que lhes são próprias. Entretanto, para aplicação de um precedente, considera-se imprescindível a existência de similitudes realmente importantes entre os dois casos jurídicos (caso precedente e caso atual) e que esta conexão seja fundamentada pelo juiz ao construir a sua decisão jurídica.

Assim, é possível afirmar que, no sistema de *commom law*, os juízes criam o direito a partir da análise detalhada dos fatos, os quais oferecem os elementos indispensáveis para a formação da tese jurídica ou fundamento da decisão jurídica que, no futuro, servirá de precedente. Sob outro ângulo, quando o juiz se vale de um precedente ele realiza uma detalhada articulação dos casos similares (caso precedente e caso atual) e aplica o precedente quando observa que a interpretação judicial ali contida se aplica ao caso atual. Elucidado essa ideia, Barboza explica:

Assim, o método de argumentação *case-by-case* nos sistemas de *commom law* dá uma maior importância aos fatos e à fundamentação sobre os fatos e o direito em cada precedente, uma vez que o estilo dos julgamentos lida com uma detalhada articulação dos casos que parecem ser similares⁵³.

Com o objetivo de o direito se adaptar às transformações sociais de sua época e às particularidades do caso em concreto, Estados Unidos e Inglaterra criaram critérios para a não

⁴⁹ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.146.

⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz E. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, P. 175-177.

⁵¹ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.148.

⁵² Idem.

⁵³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 219.

aplicação ou revogação dos precedentes, já ultrapassados ou superados, mediante mecanismos denominados *overruling* e *distinguishing*⁵⁴.

A técnica do *overruling* permite que o tribunal supere um precedente judicial e adote nova tese jurídica para decidir um contexto fático. Trata-se de instrumento através do qual “um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente”⁵⁵, quando ocorre uma “mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares⁵⁶”, capaz de ensejar o surgimento de novo entendimento para aquele contexto. Por ser uma iniciativa judicial mais radical, no sistema inglês e norte-americano, esse mecanismo só pode ser utilizado por uma corte de hierarquia superior à corte que proferiu a decisão a ser revogada⁵⁷.

De outra forma, o *distinguishing* ocorre quando o juiz não aplica o precedente porque as questões fáticas entre o caso antecedente e o caso atual são distintas, isto é, o juiz ou tribunal, ao se valer desta técnica, demonstra que a *ratio* do precedente não se aplica adequadamente ao caso presente.

Nesses dois casos, o juiz deve fundamentar a sua decisão (racionalidade), seja porque tese jurídica do precedente já foi superada e reclama outra tese para o novo contexto, seja porque as questões fáticas materialmente relevantes são distintas⁵⁸.

É possível observar que a teoria do *stare decisis* não visa uma vinculação absoluta e mecânica dos precedentes judiciais, mas um compromisso da decisão jurídica com a realidade histórico-social em que está inserida, de modo que o juiz tem a possibilidade de não seguir o precedente quando a *ratio decidendi* da decisão precedente já não mais se coaduna com a nova realidade jurídica.

Portanto, a teoria do precedente judicial, no sistema de *commom law*, tem como fundamento garantir que o direito seja racional, a partir da análise detalhada dos fatos contidos no caso em concreto e posterior aplicação do precedente, o qual deve servir como parâmetro para a interpretação do caso jurídico presente e mecanismo apto a garantir segurança, isonomia e coerência às decisões jurídicas.

4.2 A técnica dos precedentes judiciais no Brasil

⁵⁴Ibidem. p. 226.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8.ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, v.2, p.456.

⁵⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da Tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 281.

⁵⁷ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.147.

⁵⁸ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 227

Em quase todas as jurisdições, os precedentes judiciais possuem um importante papel voltado para a realização do Direito. Entende-se que, de forma geral, os juízes, de quase todos os lugares do mundo, tendem a julgar um caso da mesma forma que um caso análogo anterior foi decidido por outro juiz, eis que “o *stare decisis* (observância do que foi previamente decidido) é uma máxima de aplicação quase que universal.⁵⁹”

Conforme se observou, nos países de tradição de *commom law*, as regras de direito são construídas a partir das decisões dos tribunais, eis que este sistema tem como fundamento jurídico a teoria do *stare decisis*, a qual agrega a ideia de que casos análogos devem ser julgados de forma semelhante. Ocorre que mesmo em países de tradição *civil law* o precedente judicial desenvolve um papel persuasivo e também se constitui como parâmetro para a interpretação da decisão jurídica.

É importante destacar que nos sistemas de *commom law* o precedente assume função diversa daquela que exerce no sistema de *civil law*, oriundo da Europa Continental, em que predomina o direito codificado⁶⁰. É possível observar que no direito brasileiro, por exemplo, nem sempre a *ratio decidendi* –motivo determinante da decisão– é estruturada a partir dos fatos, como ocorre na Inglaterra. No Brasil, existem decisões que se destinam apenas a interpretar matérias relativas à lei federal e à Constituição⁶¹.

O Brasil, mesmo sendo um país de tradição *civil law* (sistema jurídico essencialmente baseado em códigos), nunca ignorou a importância dos precedentes judiciais para a formação da decisão jurídica e construção do direito, apesar da sua utilização ter variado de intensidade no tempo, de acordo com o contexto jurídico histórico.

Entretanto, é possível notar que, mais recentemente, o Brasil está incorporando, mais fortemente, a técnica dos precedentes judiciais, sob a pretensa justificativa de garantir celeridade aos processos judiciais e segurança jurídica às decisões judiciais. Em outras palavras, pode-se afirmar que, com o advento do neoconstitucionalismo, houve uma nova compreensão da atividade jurisdicional, a qual passou a privilegiar a jurisprudência como fonte de interpretação da decisão jurídica.

Essa nova importância dada ao direito jurisprudencial pode ser visualizada no Brasil a partir da adoção das súmulas vinculantes, das decisões do STF em sede de controle difuso ou concentrado, da repercussão geral, do incidente de resolução de demandas repetidas, mecanismos que vieram à

⁵⁹Ibidem, p. 198.

⁶⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012.308 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.14.

⁶¹ JESUS, P.S. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito UNIFACS, n.170, ago. 2014.

tona com a publicação da Emenda Constitucional n. 45, visando dar uma prestação mais efetiva às demandas repetitivas (demandas de massa) no âmbito do judiciário⁶².

Conforme já se afirmou, a Emenda Constitucional n. 45, denominada Reforma Constitucional do Poder Judiciário, atuou com notória intensidade sobre a ordem processual, ditando uma série de regras processuais relevantes, que refletiram diretamente no modo de interpretar e aplicar o direito.

Em suma, no plano processual, a referida emenda teve como objetivos principais: a) dar trato coletivo a certas matérias de relevância transindividual e, com isso, molecularizar a tutela jurisdicional; b) acelerar o andamento processual; c) diminuir o número de recursos encaminhados a Suprema Corte; d) estabilizar a jurisprudência para eliminar os males da dispersão dos julgamentos.

O novo Código de Processo Civil também agregou uma série de dispositivos que privilegiam os precedentes judiciais, como mecanismo apto a estabilizar a jurisprudência e garantir celeridade processual.

4.2.1. A Emenda Constitucional n. 45 e o novo Código de Processo Civil

A Emenda Constitucional n. 45 criou a Súmula Vinculante, com previsão no art. 103-A da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de o Supremo tribunal Federal aprovar súmula, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, “a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁶³”.

Observa-se que a implantação das Súmulas Vinculantes pelo Constituinte Derivado teve como objetivo uniformizar a jurisprudência, tendo em vista a existência de interpretações divergentes entre órgãos do judiciário ou entre estes e os da administração pública, no que se refere às matérias de índole constitucional⁶⁴. Assim, este mecanismo foi criado objetivando garantir que uma mesma norma não seja interpretada de forma distinta por outros juízes para casos análogos.

Deste modo, a partir da publicação do art. 103 A da Constituição Federal, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública passaram a ser obrigados a seguir o teor das súmulas do Supremo Tribunal Federal quando no exercício de suas funções. Logo, o juiz, ao julgar um caso em

⁶²NUNES, Dierle. Problemas para o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (org). *Processo Civil Novas Tendências*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011, p. 111.

⁶³ BRASIL, Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, volume I, 2013. p.205.

concreto, não pode deixar de seguir o teor de uma súmula vinculante, nem adotar um entendimento contrário a elas⁶⁵.

A Emenda Constitucional n.45/2004 também criou o instituto da Repercussão Geral como pressuposto para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, com previsão no artigo, 102, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, o qual prevê que “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”⁶⁶.

A partir do que dispõe o referido artigo, é possível observar que o Recorrente deverá comprovar, como condição para a admissibilidade de seu recurso, a relevância do seu caso jurídico do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, bem como o efeito expansivo que o seu julgamento irá produzir em relação a outras pessoas - transcendência para além dos interesses subjetivos dos litigantes⁶⁷.

É fácil perceber que esse instrumento processual teve como objetivo principal filtrar os recursos extraordinários a serem analisados pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse aspecto, é possível questionar a constitucionalidade desse mecanismo à luz do direito de acesso à justiça, já que ele se constitui em uma barreira para análise do mérito do recurso no tribunal⁶⁸.

As estatísticas demonstram que a repercussão geral acarretou uma diminuição significativa no número de recursos extraordinários⁶⁹ encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, fato que comprova que a Emenda Constitucional n. 45 conseguiu contribuir para um significativo descongestionamento de ações na Corte Superior.

Sob outro ângulo, é importante ressaltar que esse instituto funciona como um instrumento de objetivação da jurisdição constitucional, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal uniformize a interpretação constitucional sobre determinada matéria, eis que, em que pese a decisão sobre a questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário ter, em regra, efeito apenas *inter partes*, os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) acaba vinculando os demais órgãos jurisdicionais. Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que

⁶⁵ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.169.

⁶⁶BRASIL, Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶⁷PEREIRA, R.M. *A indeterminação jurídica e a função do Supremo Tribunal Federal na Interpretação da Repercussão Geral*. 2013.138f. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p 85.

⁶⁸ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014, p.173

⁶⁹ Idem

o instituto da Repercussão Geral possibilita a sua aplicação em outras demandas análogas, com impactos imediatos para a diminuição do quantitativo de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal e, por consequência, com o fortalecimento de uma perspectiva que valorize a uniformização da jurisprudência constitucional oposto no precedente paradigmático⁷⁰.

Com o objetivo de reforçar essa objetivação, a Lei n. 11.418/2006 instituiu o artigo o artigo 543 B do Código de Processo Civil, o qual passou a prever que o tribunal de origem, quando identificar a existência de recursos extraordinários que tratem matérias similares, deverá admitir um dos recursos representativos da controvérsia ao Supremo Tribunal Federal e sobrestar o julgamento dos demais recursos até o julgamento definitivo.

Também é questionável a constitucionalidade desse mecanismo, tendo-se em vista que quando o tribunal se vale desse dispositivo ele acaba impedindo que o Supremo Tribunal Federal analise as particularidades e as argumentações dos casos previstos nos recursos sobrestados, lesando, assim, o princípio do contraditório.

Embora seja importante a modulação do tempo ao processo judicial para garantir uma prestação jurisdicional efetiva, não é possível admitir que esse discurso se sobreponha a aos princípios processuais constitucionais, sob pena de a Constituição Federal perder a sua supremacia material axiológica.

Nesta etapa de transito normativo, tem-se que a partir do novo Código de Processo Civil (lei 13.105/15), que entrará em vigor em março de 2016, a decisão de afetação não sobrestará apenas os Recursos Extraordinários interpostos perante os tribunais de segunda instância, mas todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, consoante prevê o artigo 1037, inciso II⁷¹.

A publicação desse artigo demonstra que o novo Código de Processo Civil está ampliando os efeitos vinculantes do precedente judicial. Ocorre que o incidente de resolução de demandas repetitivas tem recebido algumas críticas. Autores como Ataíde Junior acredita que essa técnica traz “o risco de que o entendimento jurisprudencial venha a ser fixado de forma prematura, ensejando novos dissenso, num curto lapso temporal, tendo em vista o surgimento de novos argumentos não imaginados ou não trazidos à discussão na época do incidente”⁷².

⁷⁰ PEREIRA. R.M. *A indeterminação jurídica e a função do Supremo Tribunal Federal na Interpretação da Repercussão Geral*. 2013.138f. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p. 88.

⁷¹ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 01.04.2015.

⁷² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.130.

É possível observar ainda, a partir da análise do art. 332 do novo Código- que substituiu o art. 285 A ainda vigente-, a possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido do autor, sem a oitiva do réu, quando já exista entendimento modelar dos tribunais superiores sobre a matéria contida na ação⁷³.

Com a publicação desse artigo houve o fortalecimento da técnica dos precedentes judiciais no sistema processual e a ampliação dos poderes dos juízes de primeira instância, ao permitir o julgamento do mérito do pedido, sem a citação do réu, naquele caso específico. Sob outra ótica, o referido dispositivo causa preocupação, uma vez que esse instituto pode causar certo engessamento nos juízos de primeiro grau e risco de casos distintos receberem a aplicação desse dispositivo de forma equivocada. Também é questionável à sua aplicabilidade frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mesmo que o autor da demanda tenha a possibilidade de interpor apelação para demonstrar a singularidade de sua ação.

A busca pela uniformização da jurisprudência ainda pode ser visualizada pela edição dos artigos 926 e 927, os quais prevêm que os juízes e tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, bem como observar os enunciados de súmula vinculante e enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional⁷⁴.

O § 5º do art. 927 do novo Código ainda prevê que os tribunais deverão dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente na rede mundial de computadores. Observa-se, assim, que é da publicidade que os precedentes passarão a produzir seus efeitos⁷⁵.

É possível notar que o novo Código de Processo Civil alargou a aplicabilidade e efeitos dos precedentes judiciais ao expandir os efeitos do recurso repetitivo, abranger o instituto da Repercussão Geral, do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, criar outros dispositivos que privilegiam a técnica dos precedentes como forma de estabilizar a jurisprudência.

4.2.2. Uma análise crítica da aplicação dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro

⁷³ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 01.04.2015.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ JESUS, P.S. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito UNIFACS, n.170, ago. 2014.

Conforme se observou, no Brasil, os mecanismos processuais que se valem dos precedentes judiciais tiveram como objetivo principal estabilizar a jurisprudência para garantir a molecularização das demandas judiciais e, por consequência, assegurar que o processo judicial se desenvolva de forma mais célere.

Entretanto, é questionável a constitucionalidade desses mecanismos processuais, bem como a sua utilização prática no judiciário frente aos princípios processuais constitucionais.

As reformas legislativas, sejam elas macroestruturais ou microestruturais, não devem perder de vista os princípios processuais constitucionais, eis que, em que pese a exposição de motivos das normas aqui examinadas indicarem que os mecanismos ora instituídos não violam o princípio do contraditório e da ampla defesa, restam dúvidas se na prática judiciária esses princípios são (e serão) respeitados.

É importante ressaltar que inexistente uma preocupação dos processualistas em construir uma teoria sobre o uso da técnica dos precedentes judiciais no Brasil, capaz de estabelecer critérios para que a sua aplicabilidade esteja em harmonia com os princípios constitucionais. É preciso discutir o modo como os casos são decididos pelos juízes ou tribunais que se valem dos precedentes, eis que não se pode admitir uma utilização mecânica desses instrumentos processuais.

Conforme se observou, nos países de tradição de *common law*, os juízes e tribunais se valem do precedente judicial de maneira racional, a partir de uma análise detalhada dos fatos e da fundamentação sobre os fatos, não esquecendo de analisar, ainda, a realidade histórico-social em que o precedente se formou. Entretanto, no Brasil, não é possível crer que os mecanismos que se valem dos precedentes judiciais contribuem para a racionalidade da decisão jurídica, eis que muitos destes instrumentos desprezam uma análise detalhada do caso em concreto e favorecem a sua aplicação quase que automática.

Assim, o precedente judicial não pode ser compreendido como algo já definido que prescindida da argumentação e da observação das particularidades do caso em concreto.

Observou-se que, com o advento do neoconstitucionalismo, o direito deixou de ser uma operação matemática, lógica e dedutiva, que visava a mera subsunção dos fatos à norma jurídica. Essa nova dimensão constitucional trouxe importantes transformações para o direito, que passou a buscar uma razão prática, por meio da argumentação jurídica e da superação do formalismo jurídico. Daí a importância de se construir uma teoria dos precedentes no Brasil, eis que a ausência de parâmetros para a sua utilização acaba enrijecendo o Direito e contribuindo para a sua aplicação mecânica, semelhante àquela prevista na dimensão positivista.

5. CONCLUSÃO

O fenômeno do neoconstitucionalismo trouxe importantes transformações para o Direito, as quais refletiram positivamente na percepção da Constituição e na interpretação jurídica geral. A Constituição se deslocou para o centro do sistema jurídico e toda a interpretação jurídica passou a se realizar à luz da Constituição. O Direito se inseriu numa dimensão pós-positivista, na qual a decisão jurídica passou a depender da argumentação jurídica e a exigir uma atuação criativa de juízes e tribunais.

Nessa perspectiva, houve a expansão da jurisdição constitucional e do papel do poder judiciário, o qual passou a ser visto como um importante instrumento para a realização dos direitos fundamentais.

Conforme se observou, nesse ambiente neoconstitucional, a justiça brasileira passou a viver um período de crise na efetividade do processo, que foi enfrentado por meio de reformas normativas, as quais agregaram ao seu seio os precedentes judiciais como forma de efetivar o processo e garantir maior celeridade no trâmite das ações judiciais em série, por meio da estabilização da jurisprudência.

Vale ressaltar que, a partir dessas reformas, houve uma inovadora compreensão da atividade jurisdicional materializada na jurisprudência e uma reconstrução doutrinária da decisão jurídica, que passou a estabelecer novos parâmetros compreensivos do Direito.

É sabido que o sistema jurídico brasileiro, em razão de sua fragmentação (divisão em várias especialidades e inúmeras distribuições de varas no país), acaba produzindo decisões que se contrastam entre si para casos análogos. É nesse âmbito que se pode considerar legítima a utilização do precedente judicial, como mecanismo apto a garantir igualdade e segurança jurídica no exercício da jurisdição.

Entretanto, em verdade, não é possível crer em uma aplicação legítima dos instrumentos que se valem dos precedentes judiciais no Brasil, em razão de inexistir uma teoria consolidada sobre a sua aplicação à luz dos princípios processuais constitucionais.

Conforme se demonstrou, no Brasil, a utilização dos precedentes judiciais não se dá de modo análogo aos países nos quais é tradicional o seu uso (sistema de *commom law*). Nesses países, as decisões são construídas a partir de critérios de racionalidade e levam em consideração a teoria do *stare decisis*, a qual contém a ideia de que os precedentes devem ser obrigatoriamente aplicados quando exista uma real conexão entre a *ratio decidendi* do precedente e os fatos relevantes do caso em concreto.

O Brasil deveria reconhecer a legitimidade da técnica dos precedentes judiciais nos países de tradição anglo-saxônica e buscar, assim como nesses países, meios pelos quais os precedentes judiciais possam ser legitimamente aplicados.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o precedente judicial não pode ser concebido como uma ‘fotografia’ de entendimentos jurídicos, mas como um instrumento capaz de auxiliar a interpretação jurídica do caso em análise em determinado momento social.

A partir desse entendimento, é possível concluir que a decisão jurídica não só aplica o Direito como também cria o Direito e que ela não pode ser construída desprovida de um discurso jurídico, sob pena de o direito retroagir a mera subsunção. Não se pode admitir uma decisão jurídica construída mecanicamente (desprovida de um discurso jurídico), a partir do simples encaixe do caso ao precedente judicial.

Conforme se demonstrou, no Brasil, é possível observar um esforço do legislador em fazer valer as decisões dos tribunais superiores, visando estabilizar a jurisprudência ou padronizar as decisões judiciais. Entretanto, vale ressaltar que é na primeira instância que o juiz tem a oportunidade de analisar as particularidades do caso em concreto, uma vez que os tribunais, sobretudo os superiores, são órgãos especializados em discussões de teses abstratas sobre a interpretação do Direito.

Deste modo, a utilização dos precedentes judiciais depende de justificações e deliberações que mostrem a pertinência de sua aplicabilidade ao caso presente, a partir da análise detalhista dos fatos e do problema jurídico. De outra maneira, um juiz que não segue a orientação de um tribunal superior deve justificar a correção de sua decisão, segundo a melhor interpretação que pode dar ao direito vigente.

Assim, no Brasil, os precedentes judiciais é tema que ainda precisa ser amadurecido entre os processualistas para que o Direito não perca de vista todas as etapas já conquistadas, as quais revelam a importância de se buscar, verdadeiramente, a aplicação dos princípios processuais constitucionais na prática jurisdicional, a partir de critérios de racionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa*. Curitiba: Juruá, 2014.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança jurídica*. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e praticada jurisdição constitucional no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 01.04.2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CATTONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Editores. v7. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FIGUEIREDO, Eduardo H.L. *Crítica os princípios do direito moderno: História, sociedade e Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014,

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Laws Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2008.

HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição: Tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012.

JESUS, P.S. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Revista de Direito UNIFACS, n.170, ago. 2014.

MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e Processo: Entre o Direito e a Política*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2011.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012.308f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

NUNES, Dierle. Problemas para o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA. (coord). *Processo Civil Novas Tendências*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

PEREIRA, R.M. *A indeterminação jurídica e a função do Supremo Tribunal Federal na Interpretação da Repercussão Geral*. 2013.138f. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

LIMA, Débora Caldeira Monteiro; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. O Neoconstitucionalismo e a sua Influência na Jurisdição: Apontamentos sobre a Técnica dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VII, nº 13, jan/jun 2015. ISSN 2175-7119.

SIMIONI, Rafael L. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, E. H.; MONACO, G. F.; MAGALHÃES, J.L.Q. (coord). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo, RT, 1997.