

A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

JURISPRUDENTIAL UNIFORMIZATION IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE AND ITS (IN) COMPATIBILITY WITH DEMOCRATIC PROCESSUALITY

Luciano Costa Miguel¹
Bruno Costa Monteiro²

RESUMO

Considerando o movimento de democratização desencadeado pela Constituição de 1988, orientado pela adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, o presente trabalho pretende investigar se o Código de Processo Civil de 2015 alinha-se à matriz democrática constitucional, permitindo implementação das garantias fundamentais por meio da abertura do processo à participação ativa e efetiva dos cidadãos no procedimento de elaboração de decisões públicas, pelo exercício da liberdade de enunciação de sentidos e a necessária vinculatividade de tais sentidos (efetiva apreciação dos argumentos apresentados pelas partes). Inicia-se, assim, indagando a relevância do Código de Processo Civil para o exercício e implementação de direitos, considerando a Exposição de Motivos do Código sancionado em 2015. Adentra-se, com maior ênfase, no exame dos mecanismos de uniformização jurisprudencial propostos pelo novo Código, traçando alguns paralelos distintivos entre os sistemas jurídico do *civil law* (romano-germânico) e do *common law* (anglo-saxão), bem como das técnicas de aplicação dos precedentes e jurisprudência em cada qual. Na sequência, são analisados os procedimentos e dispositivos que o novo Código introduziu para implementar a uniformização de jurisprudência, sempre realizando um cotejo destes com os requisitos institutivos da processualidade democrática. Ao final, busca-se responder se o novo Código de Processo Civil é hábil a assegurar a processualidade democrática, considerando o dever de fundamentação das decisões (art. 489) e o princípio da não surpresa (art. 10), bem como os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Palavras-chave: Processualidade democrática. Novo Código de Processo Civil. Uniformização de jurisprudência.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhuera-Uniderp. Bacharel em Direito pela PUC-Minas, campus Coração Eucarístico em Belo Horizonte. Membro efetivo do Instituto de Estudos Fiscais - IEFi. Autor do livro *Direito Tributário Ambiental: o papel dos tributos no desenvolvimento científico e sustentável* (2020) e coautor do livro *O Imposto Territorial Rural à luz do direito socioambiental ibero-americano* (2021), publicados pela Editora Dialética. Diretor do Centro de Altos Estudos da PGFN em Minas Gerais (2015-2018). Professor de Direito Tributário da graduação da Dom Helder Câmara e dos cursos de MBA em Direito Tributário da faculdade CEDIN e de pós-graduação do Pro Labore/Faculdade Arnaldo. Procurador da Fazenda Nacional integrante da Divisão de Acompanhamento Especial (DIAES) da PGFN. Email: lucianocmiguel@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Email: brunocosta@cmev.adv.br

ABSTRACT

Analyzing the process of democratization set in motion by the 1988 Constitution, guided by the concept of Democratic State of Law, the present study investigates if the new Code of Civil Procedure, sanctioned on march 16th 2015, effectively harmonizes with the Constitutional Democracy concept, allowing the real inclusion of the citizens and the implementation of the fundamental rights through the allowance of active participation on the public decision making proceeding, by the exercise of freedom to enunciate significances and the necessary attachability of such significances. So, the present study starts questioning the Code of Civil Procedure importance to the exercise and implementation of rights, considering the Explanatory Memorandum of the approved Code, entering, with greater emphasis, the examination of the court decisions standardization mechanisms proposed by the new Code, making comparative distinctions between the civil law (Roman law) and common law (case law) legal systems, as well as the precedents and standardizing application technics on which one. Proceeding to the detailed analysis of the procedures and clauses introduced by the new Code of Civil Procedure to implement the standardization of court decisions, always contrasting it with the institutive premises of the democratic processuality and the citizens freedom to enunciate significances. Concluding, ultimately, that the new Code of Civil Procedure would be able of assuring the democratic processuality if the decisions motivation duty (article 489) and the principle of no surprise (article 10) were effectively observed, as well as the principles of adversarial, defense and equality.

Keywords: Democratic procedure. New Code of Civil Procedure. Standardization of court decisions.

1 INTRODUÇÃO

A pretendida democratização encaminhada pela Constituição Cidadã de 1988, embasada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, introduziu grandes inovações em termos de direitos fundamentais e de métodos de participação dos cidadãos na formação das decisões públicas. Sob esse marco, em 2015 foi sancionado o primeiro Código de Processo Civil brasileiro elaborado em ambiente democrático (ao menos pressupostamente).

Diante de tal premissa, o presente trabalho pretende investigar se o novo diploma processual de fato se orientou pela matriz democrática constitucional de 1988, organizando os procedimentos de modo a permitir a real implementação das garantias fundamentais por meio da abertura do processo para a participação ativa e efetiva dos cidadãos na elaboração das decisões que a eles se destinarão, o que somente é possível uma vez assegurada a liberdade de enunciação de sentidos e a necessária vinculação à observância de tais sentidos.

Pretende-se, assim, enfatizar a relevância do Código de Processo Civil para o exercício e implementação de direitos e garantias, examinando a Exposição de Motivos que acompanhou seu projeto e avaliando a conformidade das suas propostas com os princípios inerentes à processualidade democrática. Discorre-se, ainda, sobre as transformações introduzidas pela Constituição, que objetivam, desde 1988, implementar a processualidade democrática, examinando os requisitos necessários para tanto.

Assim, no decorrer deste artigo, pautado pelo marco da teoria neoinstitucionalista do processo, propõe-se dissecar, com maior ênfase, os mecanismos de uniformização jurisprudencial propostos pelo novo Código, traçando os paralelos distintivos entre os sistemas jurídicos da *civil law* (romano-germânico) e da *common law* (anglo-saxão), bem como das técnicas de aplicação dos precedentes e da jurisprudência em cada qual.

Por fim, serão analisados detidamente os procedimentos e dispositivos que o novo diploma processual civil introduziu para aperfeiçoar e expandir a uniformização de jurisprudência no sistema pátrio, contrastando-se as inovações apresentadas pelo novo *codex* com os princípios institutivos da processualidade democrática, viabilizadores da enunciação de sentidos pelos cidadãos por meio da processualização dos procedimentos, a qual se traduz, principalmente, na observância aos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, não surpresa e fundamentação das decisões.

2 BREVE ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Formada em 2009, a comissão de juristas que elaborou a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, sob a presidência do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, manifestou expressa preocupação em adequar o sistema processual civil brasileiro aos direitos fundamentais processuais instituídos pela Constituição de 1988, bem como propor procedimentos aptos a viabilizar um processo de tramitação “célere e eficiente”.³

O que seria, porém, a eficiência processual? O conceito de eficiência que se pode extrair ao longo do texto estaria diretamente relacionado à realização de “justiça” e, principalmente, à

³ BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14.

celeridade processual⁴. Esta última ocupou o papel de protagonismo na Exposição de Motivos, aparecendo inúmeras vezes e com grande destaque ao longo de todo o texto, sendo apresentada pela comissão como a razão maior da elaboração de um novo Código – conclusão que, embora não esteja expressa no texto, pode ser inferida pelo número de vezes que o princípio é trazido à tona e pela quantidade de institutos apresentados para proporcionar sua implementação⁵.

Nesse aspecto, contudo, deve-se ressaltar a nocividade de buscar a celeridade processual a qualquer custo. A tarefa do julgador não pode ser exercida de forma leviana, buscando pôr fim ao processo em tempo diminuto sem compromisso com a qualidade do provimento. Para o adequado desenvolvimento da atividade jurisdicional, é preciso que o magistrado disponha de tempo para analisar cada caso e amadurecer os argumentos apresentados por cada parte, sopesando-os em sua decisão para, fundamentadamente, acolhê-los ou rechaçá-los. De grande clareza a lição do prof. Antônio do Passo Cabral⁶ a respeito:

(...) para julgar adequadamente, o julgador – seja ele juiz ou autoridade administrativa – deve se debruçar com cuidado sobre as questões postas para sua cognição. Além disso, o contato constante e reiterado com as partes é também essencial para o amadurecimento do processo decisório. O juiz deve, literalmente, “dormir” o conflito, ler as alegações iniciais naquele primeiro momento da fase postulatória, reunir-se com as partes em audiência, acompanhar a produção de

⁴ “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14) e, ainda, traça os parâmetros da efetividade: “É o que explica, com a clareza que lhe é peculiar, BARBOSA MOREIRA: ‘Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 12).

⁵ A título de exemplo, seguem trechos extraídos da exposição de motivos: “A complexidade resultante desse processo (de reformas no código vigente) confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito”; “necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade”; “além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência”; “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”; “Trata-se, portanto, de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade” (BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010).

⁶ CABRAL, Antônio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Org.: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do Processo Civil* - v. 1. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 81-82

prova, considerar suas alegações, para somente então, com sobriedade e reflexão detida, prolatar sua decisão.

Não se pretende desconsiderar que a celeridade processual seja um fator relevante ao desenvolvimento da atividade jurisdicional. Contudo, somente pode-se considerar a celeridade como fator benéfico se sua implementação for concebida de forma harmônica com as garantias do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação das decisões). Vale dizer que o processo somente pode ser considerado efetivo quando o provimento, prestado em tempo razoável, for construído dentro dos estritos moldes do devido processo legal, oferecidas às partes a oportunidade de influir o julgador em suas decisões e infirmar qualquer argumento que as fundamente em sentido contrário a suas pretensões.⁷

Em contrapartida, apesar do especial apreço com que o texto expositivo trata o princípio da celeridade processual, não se pode olvidar que também foi proporcionado inquestionável avanço em relação às garantias constitucionais do processo e a criação de um espaço favorável à sua implementação⁸. Nesse sentido, o anteprojeto foi arquitetado, conforme declara sua Exposição de Motivos⁹, com o propósito de ser coerente com a atual Constituição, elegendo como o norte de seu trabalho os seguintes objetivos:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão

⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 170-171

⁸ “Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo), o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 486 [sic], Novo CPC).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 35)

⁹ (BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 14

Conforme aponta Fredie Didier Jr.¹⁰, deve-se cuidar, igualmente, para que, ao promover uma análise crítica do novo Código de Processo Civil, não se limite tal análise à leitura da Exposição de Motivos do Anteprojeto e do texto original do Código lá apresentado para votação. Isto porque o texto final, sancionado, sofreu inúmeras modificações ao longo de seu trajeto pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados, de modo que qualquer conclusão que se baseie exclusivamente em sua Exposição de Motivos corre sério risco de incorrer em erros. Deste modo, acolhendo o alerta de Didier, os institutos e procedimentos abordados doravante referem-se ao texto final da Lei nº 13.105, aprovada com vetos pela então Presidente Dilma Rousseff em 16 de março de 2015.

Assim, aqueles que esperavam que o novo Código de Processo Civil instituisse um novo sistema em que o processo se desenvolvesse em grande celeridade – tão aclamada naquele momento inicial –, possivelmente se frustraram. Em verdade, em face da oportuna e elogiável valorização dos princípios constitucionais do processo que foram incluídas no texto ao longo das revisões do processo legislativo, tem-se visto que, na prática, ao revés do que fora proposto, o trâmite processual pode, em alguns casos, tornar-se mais lento.

Ora, se a duração dos procedimentos era lenta no sistema anterior do Código de Processo Civil de 1973, em que os momentos de dizer e contradizer eram bem delimitados (na distribuição da petição inicial, contestação, impugnação, especificações de provas, etc) e a construção jurisprudencial estabeleceu que a fundamentação das decisões não precisava abordar todo e qualquer fundamento apresentado pela parte¹¹, imagine-se no novo sistema em que se determina que deverá ser aberta vista às partes toda vez que um argumento novo surja¹² e, mais

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Aspectos Gerais do Novo CPC*. Palestra proferida no Simpósio - O Novo CPC e os impactos no processo do trabalho, Brasília, 15 set. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ng300_o1J5w&list=UUuz3LQZvrby5SWxtO-vU_yQ> Acessado em: 30 de setembro de 2014.

¹¹ “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIMINUIÇÃO. VALOR RAZOÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O julgador não está obrigado a analisar todos os argumentos invocados pela parte quando tenha encontrado fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, não ocorrendo, assim, afronta ao art. 535 do CPC.” (AgRg no AREsp 104.819/SP, STJ, 4ª turma, p. 24.03.2015). No mesmo sentido é possível citar inúmeros precedentes: AgRg no AREsp 489.381/DF; AgRg no AREsp 610.953/SP; AgRg no AREsp 656.936/PE; AgRg no AREsp 101.686/SP; AgRg nos EDcl no REsp 1.289.905/RS; AgRg no REsp 1.504.009/BA.

¹² “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL. *Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília: Presidência da República, 2015.)

ainda, em que o juiz deverá abordar todos os argumentos deduzidos ao longo do processo com possibilidade de infirmar a decisão proferida, dentre outros requisitos que o Código estabelece como indispensáveis à fundamentação da sentença¹³. Estas são apenas algumas das inovações do novo Código que prestigiam claramente as garantias do devido processo constitucional, porém, não sem que reflitam um inevitável prolongamento da duração do processo.

Não obstante o exposto, na busca pela maior celeridade processual, muitos dos institutos que buscam implementar o processo em “duração razoável” foram aprovados, passando a integrar o novo Código. A título exemplificativo, sem pretensão de esgotar as previsões direcionadas a este objetivo, são institutos apresentados que buscam tornar o processo mais célere: (i) a valorização dos meios de alternativos de resolução de litígios, especificamente a imposição de prévia audiência de conciliação ou mediação, que deverá sempre ser designada pelo magistrado (exceto quando ambas as partes manifestarem expressamente sua indisposição à composição ou quando a questão controversa se tratar de direito indisponível)¹⁴; (ii) o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos por amostragem (arts. 1.036 e seguintes); (iii) e a determinação de que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, permitindo-se o julgamento liminar de improcedência quando o pedido contrariar a jurisprudência e criando-se barreiras ao conhecimento de recursos contra decisões que estejam em conformidade com seus precedentes (arts. 332, 927 e 1.011).

Apresentados, por um lado, os princípios do devido processo reproduzidos no novo Código e, por outro, os diversos procedimentos instituídos com a finalidade de imprimir

¹³ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)”

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015)

¹⁴ “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...)”

§ 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição. (...)” (BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015)

celeridade aos procedimentos, considera-se que, embora o legislador tenha afirmado o intuito do novo Código de alcançar um equacionamento saudável entre os princípios da celeridade processual e do devido processo, esse objetivo nem sempre é alcançado, como se pretende demonstrar mais adiante.

Dentre as mudanças apresentadas pelo novo Código, de grande relevância para o presente estudo é a previsão de uniformização jurisprudencial. Destacado como um divisor de águas que aproximaria o sistema processual nacional (filiado ao *civil law*) ao sistema de tradição anglo-saxã (*common law*), os dispositivos que prevejam essa uniformização merecem uma análise mais aprofundada a ser realizada adiante.

3 A INSERÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ano de 1988, com a promulgação da atual Carta Constitucional, é o marco histórico de transição que sinaliza a adoção, pela primeira vez no Brasil, do paradigma do Estado Democrático de Direito. Este modelo busca concluir a emancipação dos seus cidadãos em relação ao Estado, que deixaria de ser o tutor-representante de supostos interesses homogêneos, imprecisos e mal delimitados (a exemplo da paz social, justiça, interesse público).¹⁵

Os cidadãos, como membros do Estado, abandonam a posição de meros representados para adquirirem o *status* de coautores das decisões estatais. Assim, essas decisões não mais são tomadas em nome dos cidadãos, mas em autoria compartilhada entre estes e o Estado, pois, em face do pluralismo e complexidade das sociedades pós-modernas, não se admite a existência de uma verdade absoluta, apenas revelável por uma inteligência superior, mesmo quando se trate de indivíduo eleito para representar os interesses dos cidadãos¹⁶

Na compreensão de [Rosemiro Pereira] Leal, a configuração teórico-constitucional do Estado informa a compreensão da jurisdição. Esta, então, “não pode, no direito democrático, assumir o significado de atividade produtora de tutela, porque as decisões judiciais [...] só terão validade e eficácia pela tutela do conteúdo legal do modelo jurídico-estatal que as determina e qualifica” (LEAL, 2002, p. 125 apud

¹⁵ GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55

¹⁶ GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 56-59

GRESTA, 2014, p. 58). Por conseguinte, a concepção de jurisdição como imanência do juiz, atividade jurídico-resolutiva pela qual o sujeito privilegiado labora seu próprio convencimento quanto ao cabimento ou não da tutela, somente seria adequada a Estados de Direito autocráticos. Já no Estado Democrático de Direito, a jurisdição se apresenta como conjunto de conteúdos jurídicos que, produzidos pelo devido processo legislativo, são acessíveis a toda a comunidade jurídico-política. De acordo com essa perspectiva, a judicação consiste na estruturação da atividade decisória do Estado sob a forma de procedimentos. A judicação somente se configura de modo democrático quando se apresenta “como dever legal de assegurar às partes o Processo Constitucional e não como atividade tutelar ou interdita de direitos livremente descobertos pela inteligência do julgador [...]” (LEAL, 2009, p. 63 apud GRESTA, 2014, p. 58). Assim, Leal compreende jurisdição não como poder de decisão, mas como o próprio “conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática” (LEAL, 2009, p. 63 apud GRESTA, 2014, p. 58). Por isso, “tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos [democráticos], jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais de articulador-constutor (parte) e aplicador-julgador (juiz)”¹⁷ (LEAL, 2009, p. 63 apud GRESTA, 2014, p. 58).

Assim, os atos judiciais, no Estado Democrático de Direito, devem se orientar pela processualização de seus procedimentos, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judiciário. A processualização deve ser aqui entendida como a estruturação dos procedimentos dentro dos moldes constitucionalmente instituídos, regidos pelo devido processo constitucional, de forma que aos cidadãos seja possibilitada a efetiva participação na construção dos provimentos.

No campo da função judiciária do Estado, que interessa à análise da adequação do novo Código de Processo Civil ao paradigma democrático, os procedimentos devem ser desenvolvidos com ampla e irrestrita observância dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição de 1988, notadamente o devido processo legal, que engloba o contraditório, ampla defesa, isonomia, criadores de um ambiente discursivo, em que aos sujeitos processuais seja dada a oportunidade de enunciar sentidos, os quais deverão obrigatoriamente ser levados em

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2009 apud GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 58-63

consideração no momento de elaboração das decisões pelo ente decisor, em vista do dever de fundamentação das decisões.¹⁸

Dessa forma, ainda que os sentidos enunciados pelos sujeitos processuais não sejam acolhidos, os motivos de sua rejeição deverão ser racionalmente expostos pelo julgador no momento da fundamentação de sua decisão. De outra forma não poderia ser, porquanto a legitimidade das decisões jurisdicionais, no marco da teoria neoinstitucionalista do processo, não decorre senão de sua racionalidade.¹⁹

Afirmar que a legitimidade das decisões deriva de sua racionalidade significa dizer que a atividade do juiz não pode se pautar na consecução de finalidades metajurídicas, identificáveis somente pela pressuposição de qualidades e experiências inerentes ao julgador. É indispensável que o juiz fundamente suas decisões em argumentos jurídico-normativos – em vista do princípio da legalidade que rege o Estado brasileiro – e, mais ainda, que tais argumentos sejam compartilháveis por toda a sociedade, descolando-se da autoridade de quem emanam.²⁰

Gustavo de Castro Faria avalia que a importância do descolamento entre a decisão e seu criador decorre da impossibilidade de um Estado Democrático de Direito conviver com “conhecimentos” dogmáticos. Ora, enquanto uma decisão puder ser considerada legítima unicamente em razão da autoridade de quem a proferiu, seus fundamentos serão inquestionáveis e imutáveis. Essa situação, entretanto, é inconciliável com o atual nível de desenvolvimento científico, com as garantias constitucionais e com a processualidade democrática.²¹

Assim, Faria, pautado pela teoria neoinstitucionalista do processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, que adota o racionalismo crítico de Karl Popper como método aferidor de legitimidade das decisões, sustenta que somente pode-se considerar legítima a decisão que se expõe amplamente à crítica e que se forma pela atuação ativa dos sujeitos processuais. A essa exposição à crítica, que permite às partes a construção de sentidos do ordenamento, dá-se o nome de “falseabilidade”.

¹⁸ GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 56.

¹⁹ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 151-153.

²⁰ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 32.

²¹ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 45.

Em outros termos, a decisão legítima deve ser orquestrada nos moldes do devido processo legal que possibilite aos seus destinatários a enunciação de sentidos, os quais deverão exercer efetiva influência na elaboração da decisão.

A elaboração das decisões deve se reger pela ideia de falibilidade, não admitindo a existência de verdades absolutas e, por conseguinte, não se portando de forma imune e inflexível à crítica, afastando a adoção de concepções dogmáticas, supostamente imutáveis, bem como a aplicação irrefletida de interpretações pré-fabricadas.

Desta forma, impõe-se ao decisor o indispensável e inafastável dever de cogitação das interpretações e argumentações elaboradas pelos destinatários do provimento.²²

Portanto, o processo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve assegurar aos cidadãos a possibilidade de enunciar sentidos e de influir efetivamente na produção do ato decisório, o qual deverá ser fundamentado através da exposição racional dos argumentos jurídico-normativos que justificam tal decisão, de modo a permitir a crítica e a falseabilidade de tais fundamentos e desvencilhá-los da autoridade da figura do decisor.

4 A PROPOSTA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB A ÓTICA DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

4.1 Precedente e jurisprudência: conceito e aplicação no panorama mundial

Diante das bases fundantes da processualidade democrática e da legitimidade decisória expostas anteriormente, passa-se a analisar a viabilidade de coexistência entre um sistema de uniformização jurisprudencial e o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Magna de 1988.

Para melhor compreensão do tema, é necessária a delimitação do sentido de alguns conceitos. Isto, porque é corriqueiro o emprego dos termos “jurisprudência” e “precedente” como expressões sinônimas, embora não o sejam. Assim, para a devida compreensão do presente estudo, é importante que fique clara a diferença de significado de tais palavras. Desse modo, antes de estudar o funcionamento do sistema de uniformização de jurisprudência

²² FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 47.

introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, é indispensável distinguir o que são precedentes, o que é jurisprudência e qual seu papel e relevância para o Direito.

O conceito de precedente, em sentido amplo, engloba todos os pronunciamentos decisórios proferidos pelos órgãos julgadores no âmbito de um caso concreto particularizado.²³ A jurisprudência, por outro lado, é a reprodução de iguais razões de decidir em diversos precedentes distintos, deixando transparecer um entendimento dominante em uma determinada instância de julgamento. Assim, a primeira diferença que ressurte entre o sentido de precedente e jurisprudência é, pois, de caráter quantitativo: enquanto o precedente é a decisão singular, proferida em um único caso específico, a jurisprudência se forma pela profusão de precedentes de igual conteúdo, que atribuem igual interpretação a respeito de uma tese de direito específica.²⁴

Em um segundo momento, é possível diferenciar os sentidos de precedente e jurisprudência em seu caráter qualitativo, tendo em vista o contexto em que são proferidos (tradição romano-germânica ou anglo-saxã) e a forma como se aplicam. Neste aspecto, ensina Michele Taruffo que o precedente (considerado na tradição do *common law*) é utilizado por meio de uma comparação analógica entre o quadro-fático (*fattispecie*) do caso *sub judice* e o quadro-fático do caso anteriormente julgado, que ostenta a possibilidade de ser aplicado como precedente. Assim, o precedente não “existe” abstratamente. O que existe é um julgado anterior que ostenta o potencial para ser considerado precedente pela atividade do julgador que, avaliando seu grau de identidade com o caso superveniente por meio da análise da *fattispecie*, determinará se o julgado anterior é ou não um precedente aplicável àquele caso posterior.²⁵

Ainda, no sistema do *common law*, vale destacar que os precedentes possuem força vinculante (equivalente às leis escritas no *civil law*), porquanto impõem ao juiz que se atenha a eles (ressalte-se, contudo, que os precedentes não são insuperáveis, existindo condições que permitem realizar sua superação, dando espaço para a prolação de decisões contrárias a ele). E mais: no sistema anglo-saxão um precedente sozinho é capaz de vincular a decisão do juiz, ou seja, é possível a adoção de um único julgado como paradigma orientador da decisão posterior, vinculando-a à decisão anterior. Em contrapartida, verifica-se no sistema do *civil law* que os

²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11.

²⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo – v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

²⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo – v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140-141.

precedentes individuais possuem, via de regra, força tão somente persuasiva, servindo como argumentação tendente a orientar o julgador.²⁶

Sobre jurisprudência, Taruffo ensina que, quando considerada na tradição do *civil law*, sua aplicação usualmente se realiza pela elaboração de enunciados de súmula que determinam de maneira geral e abstrata a forma de interpretar uma norma específica que o tribunal entende como correta, isto é, estabelecem uma fórmula interpretativa. A construção dos enunciados de súmula realiza-se, pois, pela síntese de determinados trechos que motivaram a decisão, desconsiderando todo o pano de fundo fático²⁷. Por conseguinte, sua aplicação aos casos que sucederem a jurisprudência enunciada por meio das súmulas assim redigidas é feita sem que se verifique a existência de qualquer analogia entre os contextos fáticos.²⁸

Tem-se, pois, que diferentes tradições jurídicas – o *common* e o *civil law* – atribuem aos precedentes diferentes eficácias e métodos de aplicação. Fundamental, neste aspecto, mencionar a dicotomia que usualmente se faz entre as duas grandes tradições jurídicas, conforme leciona Bruno Dantas²⁹:

Os precedentes têm funções distintas nos sistemas do *civil law* e o *common law*. Embora nos sistemas romano-germânicos, como o nosso, possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária do direito. Ao contrário, no *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12-13.

²⁷ Os enunciados de súmula levam à incorreta aplicação da jurisprudência e precedentes, assim alertam Dierle Nunes e Alexandre Bahia: “Por aqui, ao revés, o uso de enunciados de súmula (e de ementas) se dá em geral no Brasil, equivocadamente, como se lei fossem. Seguindo o mesmo raciocínio de generalidade e de abstração das normas editadas pelo Parlamento, é como se esses enunciados jurisprudenciais se desgarrassem dos fundamentos determinantes (*ratione decidendi* ou *holding*) que os formaram. [...] O que se critica é que após todos os avanços da teoria do direito e da ciência jurídica, se aceite a reprodução, mesmo sem se perceber, de uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que defendia a capacidade do Judiciário criar conceitos universais; um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a ‘esse’ geral com a negligência às singularidades” (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In: Org. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 9).

²⁸ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo – v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140-141.

²⁹ DANTAS, Bruno. Concretizar o Princípio da Segurança Jurídica: Uniformização e Estabilidade da Jurisprudência como Alicerces do CPC Projetado. In: Org.: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do Processo Civil* - v. 1. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 32.

eficácia dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

Ocorre, porém, que, atualmente, mais que a fonte primária do Direito adotada por cada sistema, o que melhor os diferencia é a forma como os precedentes são empregados. Isto porque a utilização dos precedentes no sistema romano-germânico tornou-se rotineira e, embora os juízes não estejam obrigados a acatá-los, sua influência nas decisões não pode ser negada.³⁰ O sistema anglo-saxão, por outro lado, tem seu direito vastamente codificado nos dias de hoje.³¹ Revela-se, assim, de maior acerto a diferenciação dos dois sistemas em razão da maneira como se aplicam os precedentes em cada qual.³²

4.2 Considerações sobre o sistema de precedentes no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015)

Com a finalidade clara de promover a celeridade dos processos, a coerência do Judiciário, a segurança jurídica e a isonomia entre os cidadãos, o Código de Processo Civil de 2015 impôs a uniformização e estabilização jurisprudencial, instituindo-a como dever a ser observado por todos os tribunais, que deverão editar enunciados de súmula de sua jurisprudência dominante e manterem-se coerentes aos seus julgamentos pretéritos. Assim, o sistema processual brasileiro se aproximou com grande intensidade do modelo da *common law* quanto à aplicação de precedentes nos julgamentos.

Não obstante as distinções traçadas acima sobre os conceitos de *jurisprudência* e *precedente* dentro dos sistemas processuais que adotam a tradição do *civil law*, é possível afirmar que o recente Código de Processo Civil introduz um movimento de convergência com o *common law*, concedendo força vinculativa aos precedentes em variados momentos. Diversas situações foram previstas, a impor a atribuição de efeitos vinculantes aos *precedentes* e, também, à *jurisprudência*, dentre os quais se destacam os seguintes pontos previstos no art. 927

³⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo – v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

³¹ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo – v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

³² FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma Compreensão Adequada do Sistema de Precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: Org.: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do Processo Civil* - v. 1. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 697.

do novo Código: 1) todos os órgãos julgadores estão agora vinculados às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional – sejam elas decorrentes de controle concentrado de constitucionalidade, enunciados súmula (vinculante ou não), acórdãos ou precedentes proferidos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas ou, ainda, de decisões proferidas pelo plenário em controle difuso de constitucionalidade –, aplicando-se o mesmo sistema, *mutatis mutandis*, às decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e às decisões proferidas pela sua Corte Especial (em analogia ao plenário do STF); 2) em relação aos tribunais de justiça e regionais e aos juízos a eles vinculados, deverá ser aplicado o entendimento fixado sobre tese jurídica discutida em sede de incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas, assim como as orientações decididas pelo plenário ou pelo órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Verifica-se, assim, que o Código Processual de 2015 optou por somente atribuir efeito vinculante (ou determinação de “observância”) especialmente em sentido vertical, impondo a observância dos precedentes oriundos de decisores hierarquicamente superiores; pouco tratou-se da vinculação horizontal, em que os juízos e tribunais deveriam prestar observância aos seus próprios precedentes.

A uniformização de jurisprudência, verticalmente compreendida, consiste na vinculação dos juízos singulares aos julgados dos tribunais a que pertencem e na vinculação dos tribunais locais em relação aos superiores; no sentido horizontal, por sua vez, os juízos singulares ficariam vinculados aos precedentes por eles proferidos e os tribunais às suas súmulas e jurisprudência dominante.

Nota-se, assim, que, o novo Código de Processo Civil atribuiu ênfase à uniformização vertical, deixando de aprofundar a uniformização em sentido horizontal.

4.2.1 O sistema de precedentes no viés da processualidade democrática

Tendo em consideração todo o exposto sobre as inovações do novo Código a respeito do sistema de precedentes, cabe agora avaliar sua adequação com os requisitos do devido processo constitucional e sua aptidão para implementar a processualidade democrática.

O novo CPC prevê dois grandes sistemas de uniformização de jurisprudência, que se valem de métodos de julgamentos em massa por meio de casos representativos para elaborar

precedentes e vincular a eles os demais órgãos do judiciário, realizando a uniformização no sentido vertical.

Faz-se pertinente, neste ponto, apresentar as principais formas de manutenção da estabilidade decisória (uniformização) e efetuar sua análise de forma detida.

4.2.1.1 Dos julgamentos por amostragem (recursos repetitivos)

O novo sistema de julgamento de recursos repetitivos (sejam extraordinário e especial repetitivos, art. 1.036, CPC/15, ou decorrentes de incidente de resolução de demandas repetitivas, art. 976, CPC/15) passa pela escolha casos representativos de controvérsias sobre idênticas questões de direito que são submetidos ao julgamento de órgão responsável pela uniformização jurisprudencial, no caso dos tribunais estaduais e regionais, ou à relatoria de ministro dos tribunais superiores. Procede-se, pois, à análise de alguns poucos casos, escolhidos como encaminhadores das questões controversas, que representam todos os demais casos aos quais a decisão se estenderá.

A seleção por amostragem de alguns poucos casos com o intuito de representar um universo muito mais amplo de recursos ou ações que serão decididas pelos mesmos fundamentos deixa evidente a redução da discursividade imposta pelo julgamento em massa por meio de casos representativos. Isso, pois a decisão oriunda deste julgamento se aplica a diversos outros casos que não foram submetidos à análise dos julgadores e, portanto, não tiveram a oportunidade de expor seus argumentos e falsear os fundamentos que orientaram o deslinde da controvérsia em determinado sentido. Em outras palavras, “(...) o Tribunal Superior, ao criar uma tese com base em alguns casos ‘pinçados’ (como veremos), rejudgaria tão somente estes, desprezando os argumentos dos demais recursos e dos ‘interessados não participantes’ (...).”³³

O ponto crítico desse método de julgamento reside na forma de aplicação das teses jurídicas fixadas nos casos paradigmáticos que, como se observa pela leitura dos arts. 985 e 1.040 do CPC/15, é realizada de forma mecânica, sem previsão de abertura para que as partes possam contradizer a tese que lhes será aplicada. Desta forma, ao impor uma decisão produzida em um ambiente de reduzida discursividade a diversos casos supostamente idênticos sem que seus destinatários tenham participado ativamente de sua elaboração, o direito ao devido

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 277

processo legal é suprimido, solapando das partes o direito de construção compartilhada da interpretação aplicável a cada caso, como bem alerta Faria³⁴:

Pela análise das disposições atinentes ao incidente de resolução de demandas repetitivas [e, também, dos recursos especial e extraordinário repetitivos], conclui-se que todos aqueles que serão atingidos pelo provimento, dado o caráter vinculante da decisão, não gozam de condições efetivas para influir na construção do provimento de forma participada, desmerecendo a inafastável necessidade de entretimento dos princípios da fundamentação das decisões jurisdicionais e do contraditório, o que, no recinto do Estado Democrático de Direito, é a pedra de toque para a obtenção de legitimidade dos provimentos.

Assim, ao retirar a relevância do diálogo realizado pelas partes na reconstrução do direito dentro do procedimento, deslocando eixo de fundamentação para um dever de alinhamento (subserviência) à interpretação “oficial” elaborada em procedimento de escassa discursividade e fechado à participação das partes, sacrificam-se os princípios institutivos da processualidade democrática (contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação das decisões) “em prol de uma suposta segurança jurídica, celeridade e homogeneidade na prestação jurisdicional.”³⁵

O grande problema que se destaca no sistema repetitivo introduzido pelo novo Código de Processo Civil e afronta diretamente os princípios da processualidade democrática reside no momento de criação da tese paradigmática³⁶ (e não, necessariamente, na sua aplicação posterior como precedente, como se demonstrará abaixo). Ocorre que, fixado o entendimento “oficial” pelo julgamento do representativo, não existe previsão para que os destinatários, cujos processos encontravam-se sobrestados, possam falsear as razões adotadas como fundamento da

³⁴ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. P. 131

³⁵ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 58

³⁶ Sobre o problema procedimental dos julgamentos por amostragem, Gustavo de Castro Faria tece importante consideração: “Destaque-se que a manifestação do contraditório prevista durante o procedimento [dos julgamentos por amostragem] – permitindo que demais interessados sejam ‘ouvidos’, sem marcos de atuação pré-definidos – recusa condições diretas aos participantes de construir o conteúdo decisório, tornando o contraditório uma mera figura de retórica, em que a perversidade de uma falaciosa interpretação científica busca consolar os destinatários da jurisdição pela simples oferta de participação, ainda que isso pouca significância revele para o deslinde da causa.” (FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 130)

decisão modelar. Não havendo previsão de que os destinatários possam enfrentar as razões adotadas no representativo e que lhes serão aplicadas, o contraditório que as partes tenham exercido não terá relevância no momento decisório, pois o deslinde de seu caso se dará pela mera subsunção do caso à decisão repetitiva. Gustavo de Castro Faria³⁷ discorre sobre a situação:

[...] Nota-se um estudo segmentado e bipartido do procedimento, como se a prestação da tutela jurisdicional contivesse duas fases procedimentais hermeticamente separadas, sendo a primeira destinada às partes – dizendo e contradizendo, em simétrica paridade –, e a segunda conduzida, solitariamente, pelo agente público decisor, a quem competiria resolver a lide pela força de suas razões (livre convencimento), muitas vezes desvinculadas daquelas arguidas em contraditório.

[...]

Conectando o princípio do contraditório tão somente à ampla defesa, à isonomia e ao direito de ação – recusando sua indispensável relação com o princípio da fundamentação das decisões –, aquele princípio torna-se mera figura de retórica, em que a perversidade de uma falaciosa interpretação científica busca consolar os destinatários da jurisdição pela simples oferta de participação, em simétrica paridade, nas fases postulatórias e probatórias do processo, ainda que isso pouca significância revele para o ato decisório que, como visto, se legitimará pela justiça aflorada pela ação idiossincrática do agente julgador (*sentire*).

Esse modo de aplicação de precedentes, que não oferece abertura à atuação das partes na atividade interpretativa, não se adequa à estrutura da processualidade democrática e ignora o devido processo legal, uma vez que torna as decisões impermeáveis, blindadas contra a falseabilidade que poderia ser realizada por seus destinatários, impedindo o desenvolvimento qualitativo que ampliaria o conhecimento científico. Nesse sentido, vale citar a lição de Faria³⁸:

A estrutura científica do direito e do processo, como já pudemos defender em linhas anteriores, não admite a standardização do saber dogmático, mas exige rupturas,

³⁷ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 62-63

³⁸ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 70

dissensos, interlocução (re)construtiva, tudo pela força de um conhecimento objetivo, enunciado escrituralmente e ofertado aos conselhos de testabilidade [...]. A autoimunização da jurisprudência dominante, com ares de uma razão reta e indevassável que repele qualquer ameaça de falseabilidade, é sentida no dia a dia daqueles que militam junto aos tribunais, círculos da interpretação oficial no qual muitos de seus membros minimizam a importância do procedimento interlocutivo-testificador que possa afastar o entendimento sedimentado (*stare decisis et non quieta movere*), valendo-se da força de uma consciência infalível, sediada num *locus* privilegiado de onde o sentido das leis é extraído.

É possível, contudo, que tal situação seja evitada, viabilizando a utilização dos precedentes dentro de um procedimento democraticamente balizado, caso se considere a tese firmada em julgamento repetitivo como um fundamento novo. Diante disso, é possível entender que, como as partes não tiveram oportunidade de se manifestar sobre as razões adotadas no julgamento do caso paradigmático, deve-se, em atenção ao princípio da não surpresa³⁹, disposto no art. 10, submeter tais fundamentos – originados no cerne do procedimento repetitivo – ao crivo do contraditório, que permitirá às partes falsear as razões de decidir adotadas para resolver o caso representativo.⁴⁰

Assim, a partir do momento em que as partes suscitassem argumentos para infirmar a tese adotada no julgamento repetitivo, o julgador estaria vinculado, pelo princípio da fundamentação das decisões, a analisar os argumentos das partes e expor, racionalmente, os motivos que impõe seu acolhimento ou não.

De outra forma não poderia ser, pois:

O contraditório deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual, em relação tanto às atividades das partes quanto às atividades judiciais, de modo que “o exercício de

³⁹ O princípio da não surpresa – introduzido pelo novo Código de Processo Civil, em seu art. 10 –, é entendido aqui como direito das partes que “impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes” (NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2008, p. 175).

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69-99

poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo.”⁴¹

O corolário do raciocínio acima desenvolvido implica reconhecer que é eivada de nulidade a decisão que desconsiderar o princípio da não surpresa, adotando mecanicamente os fundamentos do precedente sem oportunizar às partes o debate sobre suas razões, mesmo quando a matéria possa ser conhecida de ofício pelo decisor.⁴²

Acolhendo o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior *et alii*⁴³, é possível afirmar que “Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda à matéria apreciável de ofício” e, ao decidir desta forma, extirpa-se o racionalismo crítico Popperiano, dando lugar a decisões ilegítimas, por não permitirem ao seus destinatários a participação ativa na enunciação de sentidos e falseamento das razões de decidir.

Além do princípio da não surpresa, indispensável à legitimidade das decisões, é necessário, igualmente, que se demonstre que os sentidos enunciados pelas partes foram apreciados pelo julgador, por meio da análise expositiva no momento da decisão, fundamentando com argumentos jurídico-normativos as razões de acatamento ou descarte de cada raciocínio desenvolvido pelos destinatários do ato decisório.⁴⁴

Assim, a aplicação da decisão decorrente do sistema de julgamento por amostragem aos casos sobrestados e futuros somente poderá ser considerada legítima quando (i) aos destinatários do ato decisório for conferida a oportunidade de contradizer as razões de decidir adotadas no julgamento paradigmático e, concomitantemente, (ii) os argumentos apresentados pelas partes forem efetivamente levados em consideração no momento da prolação da decisão, demonstrando-se de forma fundamentada as razões de acatamento ou descarte dos enunciados desenvolvidos no interior do procedimento.

4.2.1.2 Do dever de observância dos precedentes e jurisprudência na implementação de um

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 79.

⁴⁴ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 151-153.

sistema processual coerente

Além do julgamento de casos repetitivos, o novo Código de Processo Civil introduziu uma previsão geral para a implementação de um sistema jurisprudencial uniforme, apresentando diretrizes para sua realização nos artigos 926 e 927⁴⁵.

Assim, para além das dificuldades de manutenção da legitimidade das decisões dentro de um sistema de julgamento por amostragem (como demonstrado no tópico anterior), é preciso analisar as condições de existência de um sistema vinculante de precedentes e jurisprudência dentro do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988.

O primeiro ponto que merece destaque é a abstração e generalidade de que gozam as súmulas e a forma como são aplicadas atualmente, juntamente com a utilização de ementas descoladas dos quadros fáticos respectivos e, ainda, o problema “[d]a simples reiteração dos precedentes, [que,] ao contrário de garantir um direito à estabilidade e à previsibilidade, promove a mitigação do espaço de argumentação e da própria segurança jurídica.”⁴⁶ No direito brasileiro, a técnica empregada na elaboração de enunciados de súmula se assemelha fortemente ao método de criação das leis utilizado pelos órgãos legislativos, procurando extrair fórmulas propensas à abstração e generalidade pinçadas entre os fundamentos das decisões que os embasam.⁴⁷

Esses enunciados, com aparência de lei, induzem os juristas à sua aplicação irrefletida, por meio de uma irrefletida subsunção do caso à norma (enunciado), atribuindo ao Judiciário

⁴⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015.)

⁴⁶ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 89.

⁴⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: Org. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 9

uma função legislativa camuflada, que retira das partes o direito de propor interpretações legais diversas, alternativas ao entendimento jurisprudencial assentado nas súmulas.

No que toca especificamente à tendência de vinculação às súmulas editadas pelos tribunais, a questão apresenta um perigoso agravante, relacionado ao baixo nível de desenvolvimento de teorias que orientem o trabalho de edição, interpretação e aplicação de seus enunciados, o que, aliado à busca ensandecida pela imediata subsunção jurisprudencial, faz com que decisões precipitadas sejam proferidas, desencadeando a interposição de recursos múltiplos e, ao contrário do esperado, o recrudescimento da morosidade.

[...]

Não bastasse a redação de súmulas de interpretação extremamente confusa, [...] tem-se observado que, muitas vezes, a elaboração dos enunciados de súmulas não possibilita a aferição de seu real sentido, revelando situações cuja precariedade de sua construção não permite ao intérprete identificar com precisão os casos que efetivamente comportam sua aplicação.⁴⁸

Identifica-se, pois, que lançar mão de enunciados de súmula como mecanismos reveladores do sentido jurisprudencial é um grande equívoco, que não se adequa ao correto método de aplicação de precedentes, o qual deve se pautar por um cotejo analítico minucioso entre os fatos e argumentos traçados no caso passado e no novo.

Sempre tivemos dificuldades em entender a afirmação “definitiva”, de grande parcela dos pensadores pátrios, de que os enunciados de súmula seriam pronunciamentos dos Tribunais vocacionados à abstração e à generalidade, tais quais as leis, e de que sua aplicação poderia se dar desligada dos casos (julgados) que deram base a sua criação.

Outra assertiva difícil de digerir é a de que o seu uso poderia ser comparado ao uso dos precedentes no *common law*, especialmente pela percepção de que lá é vital a ideia de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato. É dizer, em países de *common law*, os precedentes não “terminam a discussão”; são, sim, um *principium*: um ponto de partida, um dado do passado, para a discussão do presente.⁴⁹

⁴⁸ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 113-114.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 280.

A aplicação do dever de observância (efeito vinculante) imposto pelo art. 927, por sua vez, pode ser admitida com cautela, nos mesmos termos destacados sobre a aplicação das decisões oriundas dos julgamentos por amostragem. O exercício pleno da processualidade democrática pode ser preservado em um sistema de precedentes, contanto que os princípios da não surpresa e da fundamentação das decisões sejam amplamente cumpridos, de modo que as partes possam se manifestar ativa e efetivamente sobre a aplicabilidade das razões de decidir dos precedentes ou jurisprudência dominante ao seu caso.

A utilização dos precedentes, assim, não se realizaria de forma impositiva e insuperável, mas sim como uma razão externa, que deveria ser considerada em paralelo com os demais argumentos apresentados pelas partes, não existindo hierarquia nem ordem de prevalência entre eles. Desta maneira, seria garantida a possibilidade de combater de forma argumentativa os fundamentos dos casos passados e demonstrar as peculiaridades que impedem sua aplicação ao caso novo, ou, ainda, trazer novas razões que levem à superação do precedente.

Do contrário, conforme alerta Gustavo de Castro Faria, a participação dos destinatários na elaboração do provimento seria podada pela adoção de precedentes imunes à crítica, que se suporiam capazes de abranger e solucionar todas as situações possíveis⁵⁰, dispensando qualquer abertura ao diálogo e, por conseguinte, à superação e inovação:

Assim, a relação “precedente-norma” não colabora com a busca pela desmistificação de uma razão judiciária inderrogável, já que a base de validade da construção jurisprudencial não se realiza segundo a compreensão da teoria do discurso, manifestada, como visto[,] pela oferta de um mundo objetivo de teorias que, ao se rivalizarem numa coerência continuada, pudessem ser adotadas, substituídas, destruídas ou morrer no lugar dos homens (seus teorizadores, relegando-se ideias segundo as quais “A formação de um repertório jurisprudencial (jurisdiscencial) no Estado democrático de direito só é constitucionalmente legítima em decorrência de provimentos construídos em sede do devido processo legal”.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR e outros fazem relevante consideração sobre a pretensão de fornecer uma interpretação final e inquestionável aos textos normativos através de precedentes: “(...) O que se critica é que após todos os avanços da teoria do Direito e da ciência jurídica, se aceite a reprodução, mesmo sem se perceber, de uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que defendia a capacidade de o judiciário criar conceitos universais; um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a ‘esse’ geral com a negligência às singularidades” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284).

O que pretendemos demonstrar é que a palavra dos tribunais não pode ser alçada à categoria de normas de direito, uma vez que a legitimidade do ordenamento jurídico só pode ser compreendida a partir de uma construção participativa processualizada, aberta aos membros da comunidade jurídico-política e desgarrada de atributos de legitimação ligados à mera representatividade de setores especializados (Legislativo ou Judiciário), os quais buscam de forma desenfreada “padronizar comportamentos mediante decisões padrão que não conseguirão e não conseguem (como os grandes Códigos do século XIX não conseguiram) fechar o mundo nos textos (antes os Códigos, hoje as decisões padrão)”.⁵¹

Infere-se, assim, que a incorreta aplicação de precedentes afronta fatalmente a processualidade democrática, bem como as garantias fundamentais que esta pretende implementar. Contudo, utilizada de maneira adequada, em consonância com o princípio da não surpresa, do contraditório, ampla defesa, isonomia e da fundamentação das decisões, é possível conciliar uniformização jurisprudencial com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Encerra-se o presente concluindo que a implementação de um sistema de uniformização jurisprudencial dentro de um Estado Democrático de Direito somente é possível mediante a observância e adoção estrita de procedimentos processualizados, que se desenvolvam em conformidade com os princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, não surpresa e da fundamentação das decisões.

Somente dessa forma pode-se assegurar às partes a efetiva participação na construção dos provimentos que lhes serão impostos, viabilizando-se a elaboração de decisões legítimas – uma vez que sua elaboração ocorre de forma racional, em que a todos os sujeitos do processo é dada a oportunidade de influenciar por meio da enunciação de sentidos.

Como delineado anteriormente, é necessário garantir às partes a possibilidade de propor interpretações do direito, de forma a romper com concepções dogmáticas preestabelecidas que admitam a existência de verdades absolutas, passando-se a adotar uma postura racionalista e

⁵¹ FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 105.

comprometida com a falseabilidade de teses propostas, reconhecendo-se a falibilidade dos conhecimentos existentes.

Deve-se, ainda, considerar que todos os procedimentos que permitam que os julgadores decidam de forma desvinculada do discurso das partes no *iter* procedimental são incompatíveis com a processualidade democrática, uma vez que abrem brechas para a aplicação mecânica e impensada de precedentes, bem como para a elaboração de decisões fundamentadas em uma suposta superioridade e competência inatas do ente decisor.

Percebe-se, assim, que, no marco do Estado Democrático de Direito, a utilização de precedentes como paradigmas na elaboração de decisões só pode ser considerada legítima quando for conferida às partes a oportunidade de falsear as razões de decidir dos precedentes – efetivando-se o princípio da não surpresa – e vinculando as decisões ao discurso realizado no desenvolvimento dos procedimentos – conforme determina o dever de fundamentação das decisões.

Em oposição, qualquer decisão que não se alinhe a tais parâmetros de falseabilidade e discursividade é ilegítima e, portanto, não se adequa aos requisitos da processualidade democrática exigida pela atual sistemática constitucional.

Dessa forma, verifica-se que o novo Código de Processo Civil revela-se hábil a assegurar a processualidade democrática, em que pese o fortalecimento do novo sistema de precedentes, contanto que o dever de fundamentação (art. 489) e o princípio da não surpresa (art. 10) sejam efetivamente observados nos casos concretos, por meio de uma nova cultura jurídica que reverencie os princípios do efetivo contraditório, ampla defesa e isonomia processual.

REFERÊNCIAS

BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos *pro futuro***. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Org.: FREIRE, Alexandre et al. **Novas Tendências do Processo Civil** - v. 1. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 75-99.

CARNETLUTTI apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DANTAS, Bruno. Concretizar o Princípio da Segurança Jurídica: Uniformização e Estabilidade da Jurisprudência como Alicerces do CPC Projetado. In: Org.: FREIRE, Alexandre et al. **Novas Tendências do Processo Civil** - v. 1. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 125-143.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique. **Manual Elementar de Processo Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** - Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento - v. 1. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Aspectos Gerais do Novo CPC**. Palestra proferida no Simpósio - O Novo CPC e os impactos no processo do trabalho, Brasília, 15 set. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ng30O_o1J5w&list=UUuz3LQZvrby5SWxtO-vU_yQ> Acessado em: 30 de setembro de 2014.

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

FIORATTO, Débora Carvalho. V. Processo Civil e Administração de Justiça no CPC. In: Org.: LEAL, Rosemiro Pereira. **Comentários Críticos à Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para Elaboração de um Novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p. 399.

FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma Compreensão Adequada do Sistema de Precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: Org.: FREIRE, Alexandre et al. **Novas Tendências do Processo Civil** - v. 1. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 679-702.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: Org. FREIRE, Alexandre;

BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: **Revista de Processo** – v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

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

Submetido em 12.08.2020

Aceito em 10.11.2020