



Octubre 2019 - ISSN: 2254-7630

A FALTA DE OBEDEIÊNCIA AOS PRECEDENTES E AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO COMO ÓBICES À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Fabício Cavalcante D'Ambrosio¹

Levi Hülse²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Fabício Cavalcante D'Ambrosio y Levi Hülse (2019): "A falta de obediência aos precedentes e ao princípio democrático como óbices à prestação jurisdicional", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* (octubre 2019). En línea

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/10/principio-democratico-obices.html>

RESUMO

Este artigo teve por escopo a análise da falta de obrigatoriedade de obediência aos precedentes e ao princípio democrático como fatores obstaculizantes à realização do direito fundamental de ação. Foi usado o método indutivo de abordagem, e a análise bibliográfica e legal, como método procedimental. Em primeiro lugar, examinou a moderna concepção do direito de ação. Após, reuniu aspectos essenciais do princípio democrático e de sua violação pela prática do ativismo judicial. Culminou trazendo reflexões sobre a falta de obediência aos precedentes como agravante para a prestação célere da jurisdição. O artigo concluiu que a concepção moderna do direito de ação ampliou o acesso à Justiça, mas que a violação aos princípios regentes da democracia e a desobediência aos precedentes contribuem para o congestionamento processual que se configura no Brasil.

Palavras-chave: Direito de ação. Princípio democrático. Civil law. Precedentes.

principio-democratico-obices

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2012). Email: fabricao.dambrosio@gmail.com

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Docente e pesquisador dos Programas de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade e Profissional em Educação da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: levi@uniarp.edu.br

ABSTRACT

This essay had as its objective the analysis of the lack of obligatory obedience to precedents and to the democratic principle as factors to the accomplishment of the fundamental right to action. It was used the inductive method of approach and the bibliographic and legal analysis as procedural method. First of all, it examined the modern conception of the right of action. After, reunited the essential characteristics of the democratic principle and its violation by the judicial activism. It ended bringing reflections about the lack of obedience to precedents as an aggravating factor to a timely jurisdiction. It concluded that the modern conception of the right of action turn the access to Justice wider but the violation to the regent principles of democracy and disobedience to precedents contribute to the congestion of court lawsuits in Brazil.

Keywords: Right of action. Democratic principle. Civil law. Precedents.

RESUMEN

Este artículo tuvo como objetivo analizar la falta de obediencia obligatoria a los precedentes y el principio democrático como obstáculos para la realización del derecho fundamental de acción. El método de enfoque inductivo y el análisis bibliográfico y jurídico se utilizaron como método de procedimiento. Primero, examinó la concepción moderna del derecho de acción. Luego reunió aspectos esenciales del principio democrático y su violación por la práctica del activismo judicial. Culminó con la reflexión sobre la falta de obediencia a los precedentes como agravante de la rápida disposición de la jurisdicción. El artículo concluyó que la concepción moderna del derecho de acción ha ampliado el acceso a la justicia, pero que la violación de los principios gobernantes de la democracia y la desobediencia a los precedentes contribuyen a la congestión procesal en Brasil.

Palabras clave: Derecho de acción. Principio Democrático Derecho civil Precedentes

INTRODUÇÃO

Uma das críticas que se faz à Justiça brasileira diz respeito a sua lentidão para a prestação jurisdicional. É notório que um dos principais fatores para tanto é o congestionamento de processos que se percebe na realidade forense, frequentemente constatada a falta de servidores, seja para julgar, seja para dar andamento aos feitos.

Este artigo pretende investigar se a universalização do direito de ação, a ausência da obediência obrigatória aos precedentes pelos juízes e o ativismo judicial são fatores que contribuem para a falta de celeridade constatada em nosso sistema.

Para tanto, faz uma análise do conceito do direito de ação e do acesso à Justiça, pelo moderno prisma dos direitos fundamentais em que inserido, e dos direitos que dele derivam. Em seguida, traz o exame do princípio democrático e do modo como se espalha sobre o ordenamento e determina as competências de cada ente estatal. Após, discorre brevemente sobre o ativismo judicial e de como se afeta a democracia com tal postura. Além disso, passa ao estudo de algumas características do sistema jurídico brasileiro, especialmente quanto ao fato de promover uma importação de elementos do sistema da *common law*, sem considerar a obediência aos precedentes como seu fator angular. Por fim, relaciona cada um dos itens para apontar em que medida contribuem para a intempestividade de nosso Judiciário.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA E ADEQUADA

Direitos fundamentais são aqueles relativos “a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico” (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 178). São formas positivadas no plano jurídico de expressão da liberdade, igualdade e dignidade, e entre os indivíduos, que devem ser concretizadas pelo Estado (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 178).

Dois movimentos históricos são determinantes para que pautassem o Direito moderno: a Revolução Francesa e a Revolução Gloriosa, inglesa, de 1215.(MOTTA, 2009, p. 121-123).

São costumeiramente divididos em gerações, ou seja, épocas marcadas pela evolução do modo como eram concebidos, mas que coincidentemente ou não, refletem o lema da Revolução Francesa, da liberdade, igualdade e fraternidade (2007, p. 563-564).

Na primeira geração, a da liberdade, consagrou-se o indivíduo como sujeito de direitos opostos a um Estado onipotente. Referem-se, por exemplo, à liberdade de locomoção, de expressão, etc.(MOTTA, 2009, p. 124).

Superada a época do liberalismo então vigente, percebeu-se que o centrismo do indivíduo era insuficiente para prover todas as necessidades da sociedade. Foi quando surgiu a chamada segunda geração dos direitos fundamentais, voltada para a satisfação de carências econômicas, sociais e culturais, que exigia uma postura ativa, e não mais omissiva do Estado (BONAVIDES, 2007, p. 567).

A terceira geração traz a preocupação com problemas mais recentes, como o direito ao meio ambiente, do consumidor, típicos dos direitos difusos.(MOTTA, 2009, p. 125). Fala-se, ainda e não unanimemente, em uma quarta e quinta gerações, voltadas para os assuntos da genética e cibernética (MOTTA, 2009, p. 125).

São características comuns aos direitos fundamentais atributos como a inalienabilidade (indisponibilidade), a imprescritibilidade, irrenunciabilidade e historicidade, porquanto expressões da época em que surgem juridicamente (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 181182). São subjetivos, à medida que pertencem ao indivíduo ou à coletividade, ao mesmo tempo que são objetivos, pois destinados ao Estado, para que os repitem (MARINONI, 2008a, p. 132).

Têm por outra qualidade sua multifuncionalidade, já que servem a diversos fins distintos, sendo por isso classificados como direitos de defesa ou direitos a uma prestação (MARINONI, 2008a, p. 137), segundo suas funções, foram formuladas por Alexy, Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, e os separam em direitos de defesa e direitos a prestações.

Típicos da sociedade que emergiu do despotismo do século XVIII são os direitos de defesa, que serviram como escudo protetor à ingerência do Estado na vida privada e nas liberdades (MARINONI, 2008a, p. 137).

Com a superação do Estado de Direito e a constatação de que as pessoas por si sós não dispunham de meios para satisfazer todas as necessidades humanas, nasceram aqueles que foram chamados direitos fundamentais de prestação (MARINONI, 2008a, p. 137-138) Compuseram a segunda geração de direitos fundamentais, e exigiram do Estado uma nova postura, ativa, essencial para prover condições para que as pessoas evoluíssem em condições de igualdade.

É dentro desse grupo que se insere o direito de ação. Dentro da tradicional tripartição dos Poderes, a Constituição de 1988 consolidou o monopólio da jurisdição pelo Estado, através do seu art. 5º, XXXV, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

Doutrinariamente ele é definido como

[...] um *direito público subjetivo* exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É, por isso, *abstrato*. E ainda, é autônomo, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, *instrumental*, porque se refere sempre a decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa). (THEODORO JR., 2012, p. 57).

Cláusula pétrea, como disposto pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o direito de ação revela o duplo aspecto mencionado acima: é subjetivo, pois todos o detêm, e objetivo, porquanto expressa o dever do Estado de provê-lo (MARINONI, 2008a, p. 140). “Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também nominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiqüidade da Justiça.” (LENZA, 2009, p. 698). É um dos princípios basilares do Estado Democrático, resolvidor dos conflitos que surgem (MOTTA, 2009, p. 156). não à toa é considerada a maior garantia de todos os demais direitos subjetivos (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 430).

A moderna acepção do direito de ação é muito mais ampla do que a permissão para o ajuizamento de um feito, ele é “muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela jurisdicional.” (MARINONI, 2008b, p. 216),

Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou

mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. (DINAMARCO, 2009, p. 118).

Pode-se dizer que é composto por um plexo de técnicas processuais e ferramentas jurídicas que têm por fim a obtenção de uma tutela jurisdicional de verdade, efetiva (MARINONI, 2008b, p. 221).

O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade de jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça. (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2011, p. 40).

Se a tutela não é adequada, efetiva, o direito de ação não se realiza. (NERY JR, 2004, p. 132). O direito de ação engloba, além da possibilidade de se levar uma afirmação de lesão ou ameaça a um direito, o direito de receber uma prestação, ainda que ausentes condições da ação, a permissão para tentar convencer o juiz de sua pretensão, a disposição de meios eficazes para execução de uma sentença e o direito de se obter, efetivamente, o direito material (MARINONI, 2008b, p. 221).

Não basta, portanto, que se reconheça a existência do direito, é mister que a tutela jurisdicional “efetivamente entregue, conserve e guarde esse bem jurídico junto a seu titular, a seu proprietário”, a fim de que o direito não se restrinja a uma ideia abstrata, mas seja factível na realidade (BUENO, 2007, p. 23)

O que se ressalta nesta pesquisa, no entanto, é a celeridade da prestação jurisdicional. Para que o direito de ação seja de fato realizado, impende-se que o processo tenha uma duração razoável, em outras palavras, a tutela tem que ser tempestiva, e esse é um dos gargalos do sistema brasileiro (MARINONI, 2008a, p. 143).

[...] tudo toma *tempo* e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e

infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas, como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema. (DINAMARCO, PELLEGRINI; GRINOVER, 2011, p. 32).

Aliás, essa é uma necessidade que própria Constituição consagrou, ao trazer no rol dos direitos fundamentais do art. 5º, o inciso LXXVIII, assim transcrito: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

Porém, tempestividade não pode querer dizer má prestação da jurisdição, o processo deve durar o tempo necessário para que se obtenha uma prestação de qualidade, desde que razoável. De nada adianta uma decisão inócua (DINAMARCO, 2009, p. 117).

O processualismo desempenha papel essencial para concretizar esse escopo, e o faz influenciado diretamente pelos valores contidos na Constituição. Afinal, sua verdadeira função é a de instrumento para essa tarefa (THEODORO JR., 2009, p. 4). Não à toa o processualismo moderno vem se desapegando do formalismo antes imperante, tendo por vista sua submissão ao direito material (THEODORO JR., 2009, p. 4-7).

A técnica processual, por sua vez, reclama a observância das formas (procedimentos), mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa. Não podem descambar para o formalismo doentio e abusivo, empregado não para cumprir a função pacificadora do processo, mas para embarçá-la e protelá-la injustificadamente. Efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), “proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.

Alguns exemplos merecem ser citados. O advento do processo sincrético é um deles, por meio do qual deixou-se de se considerar a execução da sentença como um processo autônomo, passando a ser uma mera nova fase pós-sentença (THEODORO JR., 2009, p. 15).

A Lei dos Juizados Especiais, nº 9.099/1995, orientados pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” é outro.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil, em 2015, deu-se mais um passo na busca pelos valores constitucionais, agora incorporados ao texto da lei processual, e com medidas nitidamente voltadas à desburocratização e descongestionamento do Judiciário brasileiro, como a ênfase na conciliação e a preferência pela observação da lista cronológica dos processos (arts. 3º, § 2º, e 12, da lei 13.105/2015).

Todas essas características aqui elencadas permitem concluir que a moderna concepção do direito de ação ampliou consideravelmente sua abrangência, tornando o acesso à Justiça e o direito a uma tutela tempestiva e adequada como alicerces do sistema. A problemática que emerge desse fato é a ineficácia da Justiça brasileira, para a qual contribuem inúmeros fatores. Passa-se à análise de dois deles, que vêm ganhando relevo nos últimos anos.

3. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O ATIVISMO JUDICIAL

A democracia é um dos pilares fundamentais sobre o qual se assenta o Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988. O constituinte a ela fez menção já no preâmbulo da carta, ao instituir o Estado Democrático de Direito, e no artigo primeiro, além de consagrá-la no artigo 17, garantindo o regime democrático, e em uma série de dispositivos tendentes a protegê-la (BRASIL, 1988).

Assim como na Constituição portuguesa de 1976, a brasileira positivou o princípio democrático, que reúne feições materiais e organizativo procedimentais. É, pois, um princípio de diversas feições, algumas das quais se analisam aqui (CANOTILHO, p. 281-283).

A primeira delas é a representação democrática formal e material, ou seja, o povo autoriza, por meio da Constituição e de representantes eleitos, que órgãos estatais o representem e exercitem o poder, em seu nome (CANOTILHO, p. 286-287).

A representação (em geral parlamentar) assenta, assim, na soberania popular. Esta, por sua vez, e como se acentuou atrás, pressupõe a ideia de povo igual, ou seja, o povo formado por cidadãos iguais, livres e autônomos e não por um povo distribuído, agrupado e hierarquizado em termos estamentais, corporativos ou orgânicos (CANOTILHO, p. 286-287).

Materialmente, a representação democrática vai além da mera delegação de vontade para atingir a substância dos atos estatais, que devem conformar-se de fato com os interesses do povo, concretizando os valores e desejos dos representados (CANOTILHO, p. 287-288). A segunda característica que se frisa é a democracia participativa, que significa a possibilidade de efetiva participação no processo

de tomada de decisões e na prática e controle dos atos de forma democrática e dialética entre representantes e representados (CANOTILHO, p. 282-283).

É também um princípio informador do Estado e da sociedade, à medida que exige que a democracia também seja aplicada em entidades privadas, tais como partidos políticos (CANOTILHO, p. 283-284). Uma de suas principais expressões derivadas, e que releva para o âmbito deste trabalho, é o direito do sufrágio, através do qual se legitima

[...] democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelecese a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do 'pessoal político' e marca-se o ritmo da vida política de um país (CANOTILHO, p. 294).

Derivam deles subprincípios, tais como o da universalidade do sufrágio, liberdade, periodicidade, e igualdade do voto, dentre outros (CANOTILHO, p. 294-297).

Percebe-se, dessarte, que a democracia é fortemente fundada na ideia de representatividade dos eleitos, fonte da legitimidade dos atos do Estado. Aquilo que foge dos limites conferidos à representação é repellido por esse sistema.

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana (BARROSO, 2015, p. 151).

Há limites expressos na própria Constituição para o poder de revisão e que dizem respeito diretamente ao princípio democrático, diante de suas características já vistas. Estão no artigo 60 da carta, dos quais ressaltam-se a vedação às emendas tendentes a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação de poderes (BRASIL, 1988).

Transcreve-se:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.(BRASIL, 1988, sem grifo no original).

A separação dos Poderes, aliás, é outro princípio basilar da democracia. Através dele é que se permite um controle mútuo das competências conferidas a cada um dos Poderes, “estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.” (BARROSO, 2015, p. 209).

Ao mesmo tempo que objetiva a especialização funcional e a independência de Executivo, Legislativo e Judiciário, procura que cada qual exercite sua função típica tranquilamente, e, em casos excepcionais, funções atípicas (BARROSO, 2015, p. 209).

É uma teoria que deita origens no pensamento seminal de Aristóteles de tripartição de poderes, no qual ao soberano caberia criar as normas, aplicá-las e julgar os casos diante de seus preceitos (LENZA, 2009, p. 337).

Posteriormente, Montesquieu, modificou-a para reconhecer as três funções, mas desconcentrá-las para as mãos dos três Poderes distintos e autônomos que hoje conhecemos (LENZA, 2009, p. 337).

Essa divisão teve em vista justamente retirar o poder desmesurado que se concentrava no monarca absolutista, e acabou por fornecer os argumentos que idealizaram o movimento revolucionário francês (LENZA, 2009, p. 337).

Esse sistema, no entanto, sofreu modificações para permitir que, em casos específicos, cada Poder pudesse exercer as atribuições dos demais, aprimorando o esquema de freios e contrapesos vislumbrado pelo teórico francês. (LENZA, 2009, p. 339).

Com isso, o Executivo exerce tipicamente a função de administração dos bens e serviços públicos, o Legislativo cria as normas de Direito, e o Judiciário as interpreta ao decidir os casos a ele entregues. Cada qual pode atuar com os poderes dos demais, mas, frisa-se, somente em caráter excepcional (THEODORO JR., 2009, p. 1).

Ocorre que o exercício atípico da função legislativa pelo Judiciário é, por vezes, desvirtuado. Via de regra, as cortes legislam quando dispõem sobre o seu próprio funcionamento. Por exemplo, nos termos do art. 96 da CF, a elas cabe “[...] elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;” (BRASIL, 1988).

Não há dúvidas, outrossim, que os juízes criam o direito ao interpretá-lo e conferir sentido às normas. Entretanto, casos há em que a interpretação invade a competência do Legislador, e acaba criando normas em seu lugar (BULOS, 2015, p. 442).

Essa prática é perigosa porque atenta contra o princípio democrático e várias de suas expressões, especialmente porque obstaculiza qualquer tipo de controle da atividade jurisdicional. Passa-se da atividade jurisdicional para o ativismo judicial (STRECK, 2019):

Por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário passa a ser um órgão incontrolável, cujos membros podem até invocar a “doutrina das questões políticas”, para, de modo descomensurado, desbordarem as raias da função jurisdicional, proferindo sentenças estapafúrdias, baseadas em interpretações

desarrazoadas, construções e manipulações contrárias ao dever ser das normas constitucionais. (BULOS, 2015, p. 442).

Através de “decisões manipuladoras”, o juiz se veste de legislador, sem os limites impostos à promulgação das leis, ou pior, à reforma constitucional. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 124-125).

Lembre-se que no Brasil, o processo de emenda é mais rigoroso que o das demais leis, com restrição às autoridades competentes para sua deflagração e a exigência da aprovação “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. (BRASIL, 1988, CF, artigo 60, III).

Essa prática viola várias facetas do princípio democrático.

A começar pela representatividade democrática. Os juízes não são os representantes escolhidos pelo povo para atuar segundo seu interesse. Há carência de competência aqui. Conseqüentemente, não se respeita o sufrágio, diante da ausência de voto periódico e universal.

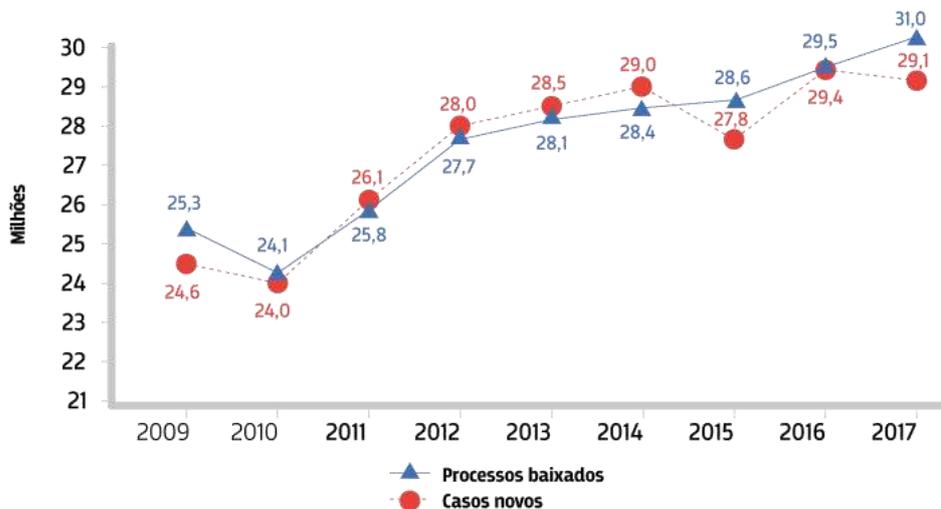
E por fim, falta-lhe outra pedra fundamental do princípio democrático consubstanciada na democracia participativa, posto que no ativismo judicial o juiz julga de acordo com suas opiniões pessoais, sem as balizas que os interesses do povo erigem quando este é convidado a ter voz.

4. OS PRECEDENTES

A Justiça no Brasil é conhecida pela demora na prestação jurisdicional, o que muito em parte se deve ao congestionamento processual que se visualiza na rotina forense. De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (Justiça em Números, CNJ, 2018), são 80 milhões de processos em andamento, para uma população projetada em 210 milhões de pessoas (IBGE, 2019).

Agrava o quadro, o fato de que a cada ano são ajuizados mais processos novos do que aqueles que são extintos, batendo a casa dos 30 milhões de casos novos, conforme se vê do seguinte gráfico do CNJ (2018):

Série histórica dos casos novos e processos baixados



Fonte: CNJ

Arte CNJ

Dentre os diversos fatores que explicam esse quadro alarmante, chama-se atenção aqui para a falta de obediência aos precedentes judiciais.

Os precedentes são, junto dos costumes e da lei, a fonte principal do sistema jurídico da *common law* (MARINONI, 2009, p. 8), ao passo que na família romano-germânica, ou da *civil law*, da qual o Brasil faz parte, a lei tem proeminência (DAVID, 2014, p. 116)

Embora não seja uma característica exclusiva da *common law*, é essencial àquele sistema a obediência aos precedentes judiciais, como decorrência lógica da valorização da jurisprudência como fonte principal do Direito (DAVID, 2014, p. 428).

Essa obrigação é substantivada na regra do *stare decisis*, e *do precedente (rule of precedent)*, e é o que confere sistematização e unicidade ao sistema (DAVID, 2014, p. 428). É uma valorização que não encontrou ressalvas na Inglaterra, porquanto naquele país os juízes foram aliados na luta pela restrição aos poderes monárquicos. Por outro lado, na França, a magistratura estava comprometida com os déspotas, e por essa razão foi alvo de rigoroso controle (MARINONI, 2009, p. 17-18).

Por essa razão, a doutrina de Montesquieu foi mais rigidamente aplicada e introduzida na *civil law*, de onde nasceu a figura do juiz como mera boca da lei (MARINONI, 2009, p. 1819).

A segurança jurídica, dessa forma, somente poderia ser realizada se os juízes se vinculassem aos rigores do texto escrito promulgado pelo legislador, ao contrário da *common law*, em que tal preceito dependeria, como ainda depende, do respeito dos juízes pelas decisões das cortes superiores (MARINONI, 2009, p. 25).

A evolução do Direito vem dissipando essa ideia de que ao juiz não cabe criar a lei, mas ainda é frequente a concepção positivista nascida junto dos ideais da Revolução Francesa (MARINONI, 2009, p. 23-24).

Com o advento do constitucionalismo, o parâmetro de julgamento do juiz deixou de ser a lei em sentido estrito e passou a ser a constituição e os valores nela albergados (GREY, 2003, p. 7-9)

A diferença é que no civil law a competência para se deliberar sobre a inconstitucionalidade de uma norma foi atribuída a uma corte especialmente criada para esses fins, ao passo que na common law, todos os juízes podem declarar a inconstitucionalidade, mas sempre adistritos ao stare decisis (MARINONI, 2009, p. 32).

No Brasil, contudo, a despeito da sua tradição romano-germânica, criou-se um modelo em que se misturaram as atribuições dos dois sistemas: foi criada uma corte constitucional, o STF, ao mesmo tempo que se concedeu o poder de se deliberar sobre a constitucionalidade das normas a todos os juízes, sem a lógica da vinculação aos precedentes (MARINONI, 2009, p. 32).

O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos. Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*. (MARINONI, 2008, p. 31-32).

Isso leva à realidade ilógica de que as decisões emanadas pelo STF (a corte cuja função é interpretar a constituição) sem vinculação obrigatória (como as súmulas vinculantes) podem simplesmente ser ignoradas por todo e qualquer juiz (MARINONI, 2009, p. 34).

Não há racionalidade em supor que apenas algumas das suas decisões, tomadas no controle difuso, merecem ser respeitadas pelo próprio tribunal e pelos demais juízes, como se o jurisdicionado não devesse confiar nas decisões do Supremo Tribunal Federal antes de serem sumuladas. Ora, isso seria o mesmo que supor que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das súmulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, não teria capacidade de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça. (MARINONI, 2008, p. 36).

Por essa razão, pode-se dizer que o sistema brasileiro adotou e conferiu aos juízes os poderes de dois sistemas jurídicos distintos (civil e common law), mas deixou de incorporar os necessários freios que funcionam como limite a essa atuação. O resultado disso é um sistema que permite a profusão de decisões contrárias umas às outras, e conseqüentemente favorece o ajuizamento em massa de processos sobre temas já decididos, contribuindo para o congestionamento acima citado (MARINONI, 2009, p. 34).

Além destas obviedades – que parecem se tornar dignas de nota apenas quando afirmadas por um jurista do porte de Cappelletti –, não há como esquecer da falta de racionalidade em obrigar alguém a propor uma ação para se livrar dos efeitos de uma lei que em inúmeras vezes já foi afirmada inconstitucional pelo Judiciário. Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição. (MARINONI, 2009, p. 34).

Algumas movimentações no sentido de conferir racionalidade a esse sistema vem sendo adotadas, como a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* (CARVALHO, 2011, p. 23).

O STF, de certo modo, também já proferiu entendimento no sentido de trazer aos Recursos Extraordinários que julga uma eficácia vinculativa a todos os outros juízes (MARINONI, 2009, p. 34).

Algumas iniciativas também são vislumbráveis na legislação, como a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos entendimentos proferidos em ações declaratórias de constitucionalidade e diretas de inconstitucionalidade (BRASIL, 1988).

Também é de lembrar a instituição da súmula vinculante:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula 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 municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 1988).

Em sede infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil, de 2015, teve como intuito o reforço dos precedentes, trazendo o seguinte rol:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

- 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, 2015).

Além disso, o Código foi expresso em seu artigo 927, §§ 4º e 5º, ao exigir que se fundamentem as decisões que tangenciarem os princípios da publicidade, confiança, isonomia e segurança jurídica (BRASIL, 2015).

Pode-se notar, igualmente, um esforço no sentido de pragmatizar as soluções do civil law, importando teorias oriundas do common law estado-unidense, e mitigando o nosso tradicional formalismo (GREY, 2003, p. 2).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça brasileira ostenta um adjetivo preocupante: ela é lenta. De acordo com dados recentes do Conselho Nacional de Justiça, já são mais de 80 milhões de processos em andamento

Para agravar, esse é um número que cresce, porquanto não se consegue julgar a mesma quantidade de processos ajuizados anualmente.

Esse é um problema dos mais importantes para a sociedade, à medida que tem impactos diretos na economia, na política, e na paz social, porquanto contribui para perduração do estado de incerteza.

Não à toa, cotidianamente se percebe a concentração de esforços para a amenização dessa realidade, através de medidas legislativas, jurídicas e administrativas.

Nesse sentido, a produção de leis enfatizando a necessidade de conciliação, e de aspectos como a informalidade e a celeridade dos processos, ganha corpo hodiernamente. Além disso, o estabelecimento de inúmeras metas, a contratação de servidores e a implementação do processo eletrônico, são fatos facilmente constatáveis.

A despeito disso, há alguns fatores que parecem contribuir para que a prestação jurisdicional continue sendo obstaculizada.

O direito de ação tornou-se universal, mas com ele, posturas antidemocráticas sugerem a cultura da litigiosidade.

Recentemente, diante da omissão do Congresso em legislar sobre pontos importantes da nossa realidade, passou-se a fomentar uma postura mais ativa do Judiciário, como provedor das soluções para as situações em carência juridicamente relevantes.

Essa conduta, até certo ponto, não merece repreensão, ao contrário, afinal ao Judiciário cabe, precipuamente, zelar pela realização dos valores que a Constituição elegeu como fundamentais do nosso Estado.

No entanto, a partir do momento em que o juiz ultrapassa os limites da interpretação que lhe incumbe, e passa a proferir soluções que inovam no ordenamento, com a criação de restrições ou novos tipos legais, essa fronteira é violada.

A situação é digna de preocupação, porquanto revela a exarcação de decisões que encontram fundamento não na lei ou, principalmente, na constituição, mas em convicções íntimas e altamente subjetivas, ausentes de qualquer tipo de controle pela sociedade. O princípio democrático é fundado no ideal de representação, por meio do qual o Legislativo é composto por agentes eleitos diretamente pelo povo, o que não ocorre com os juízes. Se as decisões relevantes para a sociedade são tomadas nesses termos, o que se tem é o retorno ao absolutismo que o moderno constitucionalismo se empenhou em rejeitar. A democracia demanda controle e participação nas tomadas de decisões que afetem os interesses do povo.

Quanto à falta de obediência aos precedentes, essa é uma das inovações problemáticas adotadas pelo sistema jurídico brasileiro.

Nossa tradição romano-germânica é fundada na observação basicamente do texto da lei. Para os casos em que se dá um confronto entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional, ou entre normas constitucionais, normalmente os países de civil law instituem uma corte especializada e destinada exclusivamente ao trato dessas questões constitucionais.

Já no sistema da *common law*, em que o parâmetro de julgamento é, preferencialmente, a jurisprudência, a racionalidade lógica do ordenamento se obtém com a obediência dos precedentes que o tribunal responsável profere, o *stare decisis*.

No caso do Brasil, adotou-se ineditamente os dois modelos de controle de constitucionalidade, sem se observar, no entanto, que o *common law* requer o *stare decisis* para que funcione corretamente.

Essa criação resulta na possibilidade (que realmente ocorre) de que haja a proferição de decisões conflitantes nas diversas esferas judiciais da gigantesca estrutura brasileira, composta por juízes estaduais, federais, trabalhistas, eleitorais, etc.

Com isso, estimula-se a propositura irrefreável de processos, com a sempre possível reversão de eventual decisão negativa, já que juiz de primeiro e segundo e graus podem divergir do entendimento do STJ e do STF.

Iniciou-se trazendo as principais características da moderna concepção do direito de ação, multiforme, amplo, identificado com a garantia de acesso à justiça e com uma tutela pretensiosamente tempestiva, efetiva e adequada.

Em seguida, examinou os contornos do princípio democrático e sua relevância para a consecução dos fins constitucionais. Após, teve por objeto analisar o crescente movimento do ativismo judicial e sua capacidade deturpadora e violadora da democracia.

Por fim, ressaltou a necessidade de obediência aos precedentes jurisprudenciais, mesmo que na realidade de um sistema baseado na *civil law*.

Vários são os fatores que contribuem para a deficiência da prestação jurisdicional no Brasil com os seus 80 milhões de processos em andamento. Os que se trouxe aqui, no entanto, podem indicar a mudança de figura que talvez o ordenamento precise para começar a superar esse número incômodo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros.

2007.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 junho 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 de outubro de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva.

2015.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999. p. 1137.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. **CNJ**. 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-emnumeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>, acesso em 17/6/2019.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo:

Martins Fontes. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São

Paulo: Malheiros. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de

Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

GREY, Thomas C. **Judicial Review and Legal Pragmatism**. In Ressearch Paper n. 52.

Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series. 2003

IBGE Projeção da População. **IBGE**. 2019. Disponível em

<<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>, acesso em 17/6/2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva.

2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba. n.47. 2009.

_____ **Curso de Processo Civil**, v.1. Teoria Geral do Processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008b.

_____ **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008a.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo.

Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 21. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

STRECK, Lenio. **O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns?** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ouimaginacao-alguns>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.