



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL E AS IMPLICAÇÕES DA FORÇA VINCULANTE DOS
PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nathassia Lima Ramos Pinho da Silva

Rio de Janeiro
2017

NATHASSIA LIMA RAMOS PINHO DA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL E AS IMPLICAÇÕES DA FORÇA VINCULANTE DOS
PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O ATIVISMO JUDICIAL E AS IMPLICAÇÕES DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nathassia Lima Ramos Pinho da Silva

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo – a partir de uma breve passagem sobre o federalismo no Brasil, levanta-se a discussão sobre o sistema representativo responsável pela edição das leis. Dessa reflexão surgem questões relevantes sobre a discrepância das realidades sociais brasileiras e a uniformidade das leis e do ordenamento jurídico. Verifica-se assim uma das causas do fortalecimento do ativismo judicial. Constatado tal fenômeno, são feitas considerações sobre a necessidade de frear a discricionariedade jurisdicional em respeito aos princípios da segurança jurídica e da isonomia. A partir desse ponto, parte-se para uma abordagem processual do tema ao verificar a função do Novo Código de Processo Civil - NCPC de garantia de tais princípios. Por fim aborda-se o liame entre o ativismo judicial e a consolidação da força normativa da Constituição passando-se pela instrumentalidade do NCPC como garantidor de uma isonômica aplicação das normas constitucionais.

Palavras Chave – Direito Constitucional. Eficácia das normas constitucionais. Ativismo Judicial. Valorização dos Precedentes judiciais.

Sumário – Introdução. 1. A Inevitabilidade do Ativismo Judicial no Brasil frente às diversidades sociais e a violação da separação dos poderes. 2. O CPC de 2015 como freio ao decisionismo e aceleração da concretização dos direitos fundamentais. 3. O Sistema de Valorização dos Precedentes Judiciais e o fortalecimento da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute se o ativismo judicial tem sido uma forma garantir eficácia máxima das normas definidoras de direitos fundamentais e, se o Novo Código de Processo Civil faz com que não só se atribua eficácia máxima, mas que também se concretize o direito de forma célere e uniforme.

Para tanto busca-se demonstrar a partir de uma reflexão sobre a tendência da Suprema Corte Brasileira que a previsão legal tem sido insuficiente para garantir que direitos fundamentais possuam eficácia máxima, não só pela ineficiência das medias implementadas pelo Poder Executivo, mas também pela dinâmica social frente à inexorável obsolescência das leis.

O primeiro capítulo busca constatar que, especificamente, em decisões judiciais que buscam garantir direitos fundamentais, o ativismo judicial, na sua vertente do ativismo

constitucional, não se torna uma afronta à Separação de Poderes, mas constitui atividade típica do Poder Judiciário, qual seja, a interpretação da lei e garantia de que essa seja aplicada.

No segundo capítulo, aborda-se a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que positiva o sistema e valorização do precedente. Sob a ótica de que a aplicação de precedentes possibilita a duração mais razoável do processo e a igualdade de tratamento de casos análogos, busca-se demonstrar que o novo diploma concorrerá para que sejam garantidos direitos fundamentais por meio de decisões judiciais.

O terceiro capítulo é destinado a defender que os direitos fundamentais, por se aplicarem de forma diversa, a depender das minúcias do caso, sofrem modificações em seu conteúdo de acordo com a dinâmica realidade social, necessitam por vezes de uma visão mais atenciosa e de uma inteiração mais precisa, que só pode ser promovida pelo Poder Judiciário em razão da maior estaticidade e burocracia que compõem os demais Poderes, justificando uma atuação ativista dos Tribunais Brasileiros para garantir os direitos fundamentais.

A pesquisa é concebida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que é baseada em proposições hipotéticas, as quais se apresentam como verossímeis e adequadas para o estudo do tema abordado e para consubstanciar as teses propostas ou rejeitá-las diante da processo argumentativo desenvolvido.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em foco, mas fazer uso principalmente das decisões da Suprema Corte Brasileira, para produzir uma argumentação em defesa de sua tese.

1. A INEVITABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL FRENTE AS DIVERSIDADES SOCIAIS E A VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para começar a se falar de ativismo no Brasil faz-se necessário abordar um tema levemente distante, mas que justifica um pouco desse mecanismo tão discutido nos dias atuais. O Brasil, ou República Federativa do Brasil, como já intitulado, é uma federação. Federação essa que se forma pelo modo centrífugo. Isto é, decorrente de uma descentralização de competências emanadas originalmente de um ente central.

A Federação Brasileira nasce com entes desprovidos de autonomia, passando a adquiri-la ao logo do tempo, a medida que vão se distribuindo as competências administrativas, legislativas e especificamente as competências tributárias. Tais competências foram distribuídas de forma equânime pelos estados da federação, de forma a garantir isonomia entre

esses. Já não se sabia àquela época que a isonomia formal nada mais é que a forma mais mascarada de desigualdade?

Os países de dimensões continentais propiciam a formação de multiculturalismos e regionalismos, convivendo com diferentes realidades, geradas inclusive pelas diferenças geográficas. O Brasil, como um desses países, não bastando esse fator, foi um país originalmente habitado por índios, que recebeu colonização portuguesa, vindo a ser o país que mais recebeu escravos vindos da África, se tornando posteriormente destino de imigração de povos europeus. A isso se soma uma diversidade eco ambiental incomparável, o que acirra mais profundamente as discrepâncias regionais.

Ultrapassada a questão da multiplicidade regional dos Estados da Federação. Numa ótica populacional, as realidades sociais no Brasil podem ser ainda mais diversas. Tem-se uma sociedade assustadoramente estratificada, onde dentro de uma mesma faixa, existem várias e diferentes camadas de pobreza.

Com toda essa diversidade, presente em vários campos, há como um modelo legislativo centralizador, onde as principais leis são federais, e a competência legislativa dos estados é constitucionalmente residual ser eficaz no Brasil?

Por outro lado, vale também tecer comentários, sobre a dinâmica da atividade legislativa e da própria lei. A Lei e a sociedade não caminham *pari passu*. Nem mesmo os princípios e valores primordiais de uma sociedade se eternizam, como por exemplo o direito à propriedade, que tem se relativizado exatamente pela dinâmica social. Assim, se torna ainda mais tormentosa a aplicação da lei no sistema jurídico Brasileiro.

Não se discute nesta seara nenhuma teoria a ser aplicada ou reconhecida universalmente como o modo correto de se aplicar o direito. Somente se discute o modo como se pretende aplicar o direito no Brasil.

Para essa discussão, deve-se ter por base que as fontes do direito no Brasil seguem o modelo da *civil law*, onde a fonte imediata do direito é a lei. Dentro desse modelo, tem-se que a Constituição Brasileira é exaustivamente analítica e, não bastando, no Brasil, se faz lei para todos e mais diversos assuntos. Paradoxalmente, ainda assim há um brocardo popular que diz: “a lei é feita para ser descumprida”. Não há, depois da exposição feita, como discordar inteiramente dessa máxima.

No Brasil a lei é plana e pretende abarcar a todas as realidades, mas a sociedade, destinatária da lei, é acidentada, desigual, de forma que a lei plana não se encaixa, e ainda que se tente, a sociedade pouca vezes se amolda a lei. Não se amoldando a lei à sociedade, haverá sempre espaços desencontrados, espaços vazios. Nesse vazio, o juiz que primordialmente é sim

mero exegeta e aplicador da norma ao caso, deve se colocar no seu papel mais fundamental que é de dar solução aos conflitos que se lhe apresentam.

Há que se diferenciar o espaço vazio aqui mencionado, da zona de penumbra de Hebert Hart¹, ou do espaço dentro da moldura de Hans Kelsen². Aqui também não se trata das lacunas do direito. Quanto a isso segue-se à aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB³. Se busca na verdade, apontar o vazio causado pela existência de lei que não cobre o caso em discussão pelas realidades diferentes da lei e do conflito, ou que se aplicada, levará a situações de injustiças prementes.

Entendendo esse sistema legal, parte-se para a discussão do sistema político. Sem dúvida há uma crise de representatividade no sistema político brasileiro. O legislativo se encontra demasiadamente afastado dos interesses que ele deveria representar. A quantidade de leis editadas é exorbitante, de forma que é tormentoso para os operadores do direito tomarem conhecimento de todas as leis promulgadas, quem dirá para os demais indivíduos. Não há um liame entre representantes e representados, nem sequer desenvolvimento de instrumentos que possam aproximar essa relação.

Diversamente, a batalha para garantir o acesso ao Judiciário é uma batalha travada dia a dia, e quanto a isso não há o que se questionar. O Judiciário é o Poder que ao longo dos tempos mais se aproximou da população. Se preocupou em se especializar, em se simplificar, em se espriar para todos os pontos do território nacional.

O Congresso está na Capital do país, mas o Judiciário está no Fórum Regional, na Comarca do interior, mais próximo à casa do cidadão. É irrefutável que a propositura de uma ação na busca da tutela de um direito é mais simples e mais eficaz do que conseguir a aprovação de uma lei, que muitas vezes significa lutar, ir as ruas, fazer abaixo-assinados e campanhas intermináveis.

No que toca ao Poder Executivo, eficiente ou ineficiente, está mais amarrado do que os demais Poderes. Afinal, sua atuação está pautada no Princípio da legalidade estrita, e condicionada aos malfadados recursos financeiros, a reserva do possível, ou como se pretenda chamar a escassez de recursos orçamentários para dar efetividade a uma Constituição Cidadã.

¹ HART, apud NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 179.

² KELSEN, apud NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 179.

³BRASIL. Decreto - Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

Chega-se então ao ponto chave desse debate; o desencontro de uma Constituição Garantista, a qual se atribui força normativa, e de onde todas as leis devem retirar seu fundamento de validade; com um sistema legal insuficiente, pouco representativo, indiferente às particularidades da sociedade e centralizador, juntamente com um Executivo limitado legal e financeiramente.

Nesse ponto, se indaga: como conferir eficácia às normas constitucionais, em especial, aquelas que instituem direitos fundamentais? Não somente referindo-se àquelas que se classificam como normas de eficácia limitada, mas também às que tenham eficácia plena ou contida, e da forma como escritas no papel ou como classicamente interpretadas, não assegurem mais os interesses de uma sociedade dinâmica e diversa.

A resposta, não há de ser outra, diante da ausência ou ineficiência de políticas públicas e de atividade legislativa, o Judiciário deve sim ocupar o espaço. Veja, não ocupar o espaço dos demais poderes, mais sim o seu espaço de solucionar os conflitos, que aqui resultam do déficit representativo e da inércia do Executivo, respeitando claro, outra importante inércia, a sua, mas sendo provocado, não deve se furtar em agir.

Nesse sentido são as lições do Mestre Luís Roberto Barroso⁴ sobre os casos apresentados à Suprema Corte:

o Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional.

E assim, visto com maus ou com bons olhos, o ativismo judicial não implica em violação à separação de poderes. Interpretar e fazer valer a Constituição está perfeitamente imbricado nas atividades do Poder Judiciário.

2. O CPC DE 2015 COMO FREIO AO DECISIONISMO E ACELERAÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Ao tomar por base que o ativismo é um fenômeno inevitável, decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, e do sistema político seguido, não representando violação à Separação dos Poderes, é necessário perquirir: qual seria a real causa da instabilidade do

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 09 out. 2016

judiciário, da sensação de insegurança jurídica e de um sensível descontentamento social com esse Poder. É muito provável que o motivo seja o mesmo que levou à confecção de um novo Código de Processo Civil tão claramente atrelado à valorização dos precedentes.

Pela leitura do Novo Código fica sensível que a finalidade dos mecanismos de aplicação de precedentes não é somente desafogar o judiciário, mas principalmente estabilizá-lo e uniformizá-lo. O Código de Processo Civil de 2015⁵ revela uma busca pelo fortalecimento da legitimidade das decisões judiciais, da segurança jurídica, através não só da valorização dos precedentes, mas também da fundamentação das decisões judiciais. A propósito, fundamentações robustas, pois enquanto as partes têm o dever de convencer o Juiz da correção de suas teses, o Juiz tem o dever de convencer as partes, em sua sentença, que aquele é o direito aplicável ao caso. Assim, ainda que sucumbente a parte, é provável que não paire sobre essa a sensação de incompreensão ou descaso que atualmente as sentenças-padrão têm gerado por conta de suas fundamentações rasas.

Portanto, nota-se que o cerne da discussão deve deixar de ser o ativismo judicial, direcionando-se o foco para o decisionismo judicial, e arbitrariedade dos juízes, juntamente com a insuficiência de fundamentação da sentença judicial, que precisa passar a dialogar com as partes.

É o que se afirma a partir, por exemplo, da leitura do art. 489, §1º, IV⁶ do NCPC⁷, que determina que o Juiz deve enfrentar na fundamentação todos os argumentos levantados pelas partes na defesa de seu direito.

Assim, em direção oposta sobre o que se afirmou sobre o ativismo, o decisionismo sim é um risco não só ao ordenamento jurídico brasileiro, mas ao Estado como um todo. O decisionismo é o responsável pela sensação permanente de desconfiança e de insegurança jurídica que acomete a sociedade brasileira, acirrando embates entre os Poderes e elevando os riscos de todos os negócios jurídicos celebrados no Brasil.

Afinal toda atividade econômica exercida no Brasil parece ter seu destino decidido pelos Tribunais. No fim, são os Tribunais que resolvem a carga tributária da atividade, a forma de pagamento, as cláusulas que os contratantes devem respeitar mesmo sem que essas estejam

⁵ BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁶ BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:[...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:[...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;...”

⁷ BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

expressas nos contratos. São os Tribunais que decidem se um determinado contrato está cumprindo a função social, que definem os prazos prescricionais ou decadenciais, se incide algum tributo naquela atividade, que define o prazo de cobrança, entre outros elementos determinantes da dinâmica econômica e social do país. Tudo isso quase sempre em nome de uma correta aplicação dos princípios constitucionais.

No entanto, nada disso seria problemático se houvesse uma congruência entre as decisões. Não é o que acontece. Para dar à discussão contornos de realidade é possível citar as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca da incidência do Imposto sobre produtos industrializados – IPI na operação de revenda de produtos importados, onde se passou longe de qualquer consenso. Nessa sistemática, qual seria a possibilidade de elaborar um planejamento tributário inteligente. O mesmo Tribunal também mudou de posicionamento inúmeras vezes em relação ao pagamento por precatórios dos expurgos inflacionários. Nessa ótica, é inevitável concluir que um Tribunal pensado para pacificar divergências entre os Tribunais do país, cuja função é dar a última palavra em matéria infraconstitucional está cumprindo uma função diametralmente oposta, transformando o ordenamento jurídico brasileiro em uma balbúrdia, desacreditando a capacidade de pacificação social do poder Judiciário.

Nesse contexto, entra em vigor o Novo CPC trazendo mecanismos já conhecidos pela doutrina brasileira, oriundos do *common law*, o *distinguishing* e o *overruling*. Tais mecanismos estão insertos no art. 489, §1º, VI do CPC/2015.⁸ Tratam-se de mecanismos usados na fundamentação da decisão para afastar precedentes, que à primeira vista seriam aplicáveis ao caso sob julgamento. O primeiro seria o argumento que traria uma distinção suficiente para tornar o precedente inaplicável, enquanto o segundo traria argumentos que pudessem levar a conclusão de que o precedente encontrar-se-ia superado.

Diante de tais esclarecimentos emerge a seguinte reflexão: se no ordenamento jurídico é prática comum fazer uso de decisões precedentes para casos semelhantes, até mesmo porque a Jurisprudência é fonte mediata do direito⁹, não seria automático, tomando a sentença outro caminho, que se justificassem as razões que levaram a tomada daquela decisão. Não seria ínsito ao princípio da segurança jurídica que se apontasse o fator que distingue um caso do outro, ou

⁸BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. Art. 489[...], §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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.

ainda que por convicção do juiz, se apontasse o fator que o leva a crer estar superado o entendimento do Tribunal. É aí que mais uma vez anda bem o Novo CPC¹⁰ por enterrar o sistema da livre convicção motivada, implantando o sistema da convicção motivada. Afinal, a convicção do Juiz não é livre, está pré-determinada pela lei, pela jurisprudência e pelas demais fontes do direito, onde não se inclui a opinião do juiz.

Ultrapassada a discussão sob a ótica do Juiz de primeiro grau, é imprescindível questionar a que graus de jurisdição se aplica a obrigatoriedade do *distinguishing* e do *overruling* e de uma forma geral todo sistema de valorização do precedente. Considerando que a *mens legis* do Novo CPC¹¹ e que seus mecanismos buscam ampliar a segurança jurídica e fortalecer a isonomia no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a valorização dos precedentes se aplicam a todos os Tribunais brasileiros, incluindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, de forma que qualquer turma ou seção ou plenários de tais Tribunais, em nome da segurança jurídica, deveriam respeitar os entendimentos já pacificados do Direito Brasileiro, e ao proferir decisão divergente, arrazoar seus acórdãos de forma a esclarecer qual o ponto distintivo daquele caso, ou que torna superada a anterior decisão.

Veja-se, não se defende aqui o engessamento dos Tribunais Brasileiros, mas sim a necessidade de fundamentar qualquer decisão, sentença ou acórdão, como expressamente determina o diploma processual

Assim, há de se concluir que serão infrutíferos todos os mecanismos de aplicação de precedentes trazidos pelo novel diploma, sejam eles Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recursos Repetitivos, Incidente de Assunção de Competência, além das já conhecidas súmulas e da Repercussão Geral, se os próprios Tribunais não mantiverem uma linearidade nas suas decisões.

Do contrário, é cabível se apostar que haverá uma diminuição no número de processos nos Tribunais, uma maior celeridade no julgamento das demandas, no entanto a sensação de injustiça e descaso poderá permanecer e até se elevar, pois tais mecanismos podem ser mecanismos de barreira eficientes, não só da chegada de recursos aos Tribunais, mas de se alcançar uma prestação jurisdicional eficaz.

Nesse ponto já é possível concluir que o Novo CPC¹² não tem a pretensão de combater o ativismo judicial, até mesmo porque como já exposto, não é essa a verdadeira mazela do

¹⁰BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem

Judiciário ou dos Poderes da Federação. Ainda que se verifique uma judicialização exacerbada dos conflitos políticos. A Suprema Corte foi chamada a se posicionar e interpretar a Constituição e em muitas decisões, o que não seria extraordinário, considerando a conjuntura político-econômica do país no triênio 2015-2017, como bem explicita o excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso: “Seria uma ingenuidade supor que o mundo do direito, da Justiça e do Supremo Tribunal Federal pudesse ser um lago tranquilo em meio à tempestade.”¹³

Superadas as considerações acerca do decisionismo, e verificada a evolução do Direito Processual Civil para evitar esse fenômeno, acreditando que o art. 926¹⁴ do CPC/2015 não será letra morta, torna-se a analisar o ativismo judicial e sua relação com o novel diploma.

Como já esclarecido o Novo CPC¹⁵ inaugura um novo método de obrigatoriedade na aplicação de precedentes no direito Brasileiro. Não só esse sistema é capaz de frear o decisionismo judicial, acelerar o rito processual como também garantir que normas instituidoras de direitos fundamentais tenham eficácia plena e imediata.

Em termos mais realísticos o CPC de 2015¹⁶ pode produzir efeitos não só em relação à isonomia e à segurança jurídica como tem sido apontado por doutrina autorizada, mas pode também tornar o caminho da realização de direitos fundamentais um caminho mais curto. Afinal a falta de regulamentação de determinado dispositivo constitucional, a discricionariedade administrativa a reserva do possível são argumentos que podem levar batalhas judiciais a se prolongarem ao longo do tempo e das instâncias do Judiciário.

Para exemplificar a tese proposta, no RE580252, o STF decidiu que ao preso submetido a situação degradante será devida indenização. Não se trata de inovação legislativa, mas simples aplicação do art. 5º, XLIX, CRFB¹⁷ conjugado com o art. 927 do CC¹⁸. No entanto decorre como toda atividade jurisdicional de uma atividade cognitiva do Juiz de viés

¹³ BARROSO, Luís Roberto em <<http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>> Acesso em: 27 fev 2017

¹⁴BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹⁵BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. “Art. 5º [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

¹⁸BRASIL. Decreto - Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

interpretativo. Assim, em todas as situações análogas o juiz de primeiro grau poderá deferir tal pleito indenizatório, não havendo interesse do Estado em recorrer, ao menos em relação ao mérito do pedido, sabendo que existe decisão em sede de repercussão geral em recurso extraordinário conferindo o direito postulado.

Cabe ainda trazer mais um exemplo. O STF no julgamento do RE 593849 alterou entendimento histórico que incomodava tanto contribuintes quanto a doutrina tributarista. A Corte passou entender que o contribuinte tem direito à diferença entre o valor recolhido à título de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para frente quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Dessa forma fica evidente a força concreta das normas constitucionais que emerge junto ao Novo CPC. Afinal, no regime anterior era necessário enfrentar longos e pedregosos caminhos para ver reconhecido o direito já reconhecido constitucionalmente. No sistema que agora se propõe as garantias estão aí, pairando sobre os indivíduos e o Estado, a uma instância de distância, caso não sejam asseguradas.

3. O SISTEMA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O FORTALECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Ultrapassadas as questões processuais básicas e as discussões acerca do ativismo e do decisionismo, passa-se a enfrentar o resultado prático do novo sistema de precedentes judiciais, especificamente sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Um aspecto muito interessante é que a coletivização das ações afetas aos direitos individuais se tornou pouco eficiente no tocante a conferir eficácia a tais direitos bem como a diminuir a necessidade de tutela jurisdicional. É o que elucida o Professor Alexandre Câmara¹⁹ quando diz: “[...] pois é exatamente em função dessa margem de heterogeneidade que os processos coletivos jamais funcionaram bem como mecanismos de proteção de interesses individuais homogêneos [...]”. Assim, se não é factível enxugar a massificação de demandas, o sistema de precedentes torna mais curto o caminho até tutela jurisdicional final.

Nesse ponto, não são desconsideradas as críticas que se faz à aplicação dos precedentes no direito brasileiro, contudo não há como chegar a outra conclusão que não a de que a massificação de demandas no Brasil e o amplo acesso ao judiciário tornou necessário a

¹⁹ CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 498.

modificação do sistema processual anterior, mormente porque a demora no provimento jurisdicional torna ineficaz qualquer garantia, e inócuo todo o processo trilhado.

Segundo Luís Roberto Barroso²⁰, que tem se dedicado a estudar o fenômeno do ativismo judicial com viés constitucional e mais recentemente as implicações do sistema de precedentes na matéria, bem explica que a mudança não foi de fato uma escolha comportamental ou filosófica, mas uma inevitabilidade dos tempos modernos.

Uma discussão relevante para ilustrar o que aqui se defende acerca do acesso a uma prestação jurisdicional em um prazo razoável, para garantia de um direito fundamental, que pode ser promovido pelo sistema de valorização de precedente é a discussão afeta ao fornecimento de medicamentos de alto custo e não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA pelo Estado.

O referido tema gera grandes debates, vezes pendendo para o equilíbrio orçamentário do Estado, vezes para o direito fundamental à saúde. Trata-se do conhecido embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

A matéria veiculada ao Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário teve repercussão geral reconhecida, no entanto ainda está em votação²¹. Espera-se que quando da decisão final reduzam-se as filas no Judiciário em demandas em que se pretenda discutir tais matérias. A fim de ilustrar a controvérsia foram encontrados os seguintes posicionamentos: (i) o Tribunal Federal da 2ª Região no AG 201402010002358²² reformou decisão de Juiz de primeiro grau que constrangia a União a fornecer medicamento não registrado na Anvisa e de alto custo para os cofres públicos por ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, reserva do possível e economicidade; (ii) o Tribunal de Justiça do Espírito Santo no MS 00012710220108080000²³ concedeu a segurança para fornecer medicamento de alto custo não incorporado pelo Sistema Único de Saúde – SUS com base na força normativa da Constituição, incluindo o seu artigo 196, que trata do direito à saúde; (iii) o Tribunal Regional Federal da 1ª

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos de. *Trabalhando Com Uma Nova Lógica: A Ascensão Dos Precedentes No Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2017.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=657718&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG 201402010002358. Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25213480/ag-agravo-de-instrumento-ag-201402010002358-trf2>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. MS 00012710220108080000. Relator: Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa De Mendonça. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409739862/mandado-de-seguranca-ms-12710220108080000>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Região no AI 00076435320144010000 0007643-53.2014.4.01.0000²⁴ reformou decisão que negava o fornecimento de medicamento de alto custo e sem registro na Anvisa com base, dentre outros fundamentos, na reserva do possível, o Tribunal por sua vez entendeu que o alto custo do medicamento não afasta por si só a possibilidade de seu fornecimento.

Fora do tema da judicialização das políticas públicas de saúde, antes da pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, diversas demandas batiam às portas do Judiciário para ver reconhecida a união estável de pessoas do mesmo sexo. Fosse o sistema de valorização de precedentes aplicável à época, os casais que almejavam tal reconhecimento não teriam esperado o julgamento de uma ação de controle de constitucionalidade ou enfrentados longos processos judiciais para verem reconhecida suas pretensões e conseqüentemente os direitos patrimoniais, dentre outros, que decorrem dessa condição. Bastaria uma decisão do Tribunal local para que se pudesse invocar o tratamento isonômico por parte do juiz de primeiro grau.

A discussão pragmática sobre o tema se propõe a demonstrar que o sistema de valorização e precedentes implementado pelo Código de Processo Civil de 2015 pode ser vista além da modificação do sistema processual, pode ser vista para além da implementação de mecanismos mais modernos de pacificação de conflitos em busca do esvaziamento do Judiciário ou da garantia da isonomia e da segurança jurídica. Verifica-se uma verdadeira resposta à falência das instituições dos demais poderes e um perfeito encontro com a Constituição garantista como a de Carta de 1988. Emerge do novo sistema processual uma hipótese de pacificação não só ligada ao direito privado, enxugando as demandas fundadas em contratos bancários, imobiliários e consumeristas, mas também ligada ao direito público, aos direitos fundamentais.

Faltava à Constituição um mecanismo geral que provesse a sua força normativa, afinal a sociedade já estava cansada de se submeter a uma Constituição programática, que ficava quase que inteiramente sujeito a discricionariedade do administrador da coisa pública, ficava sujeita a oportunidade, que nunca chegava, de regulamentar um dispositivo, ainda que de clareza solar, e que se regulamentado ficava sempre sujeito a reserva do possível de recursos mau-investidos.

As demandas sociais trazidas ao Judiciário vinham acometendo esse poder da falência já instalada nos demais. O Judiciário, como último recurso acabava caindo no mesmo erro dos demais Poderes, com a ineficiência de suas prestações. Acredita-se, no entanto que a instalação

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AI 00076435320144010000 0007643-53.2014.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em: < <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311344017/agravo-de-instrumento-ai-76435320144010000-0007643-5320144010000>>. Acesso em: 20 mar. 2017

do sistema de precedentes, traz uma possibilidade se de firmar de uma vez por todas a força normativa da Constituição, a eficácia imediata dos direitos fundamentais, e o respeito ao mínimo existencial ou ao patrimônio jurídico mínimo²⁵. Afinal um Judiciário inoperante e afogado em suas próprias demandas, incentiva o descaso com as demandas sociais dos demais Poderes. Por sua vez um Judiciário atento ao clamor social, mais eficiente na prolação de suas decisões, pode diminuir a sensação de impunidade de quem gere a máquina pública, concretizando o princípio da máxima efetividade na interpretação das normas constitucionais.

CONCLUSÃO

Apesar das críticas severas que são feitas ao judiciário, principalmente aos Tribunais de Superposição no Brasil, muitas vezes corretas, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para os dilemas que lhe são apresentados todos os dias. Ainda que muito se discuta sobre a ofensa à segurança jurídica e à isonomia, sabe-se que a justiça não está em aplicar a todos a mesma solução. A igualdade formal nada mais é do que uma forma de desigualdade. O Poder Judiciário, chamado a se posicionar não pode ficar inerte, e algumas vezes uma solução rasa e mecanizada, que se limite a replicar decisões anteriores e dispositivos legais nada mais é do que um subterfúgio para a inércia. Da lei pura e simples não provém a justiça, essa vem sim da sua aplicação, que pressupõe a atividade interpretativa.

Nessa lógica, se o Judiciário atende ao chamado da sociedade, instrumentalizado por meio de demandas, ele está cumprindo o seu papel, até mesmo se a solução não está prevista em nenhuma lei, por força da vedação ao *non liquet* é permitido ao Judiciário dar a solução ao caso. No entanto, há sim um equilíbrio que deve ser buscado entre a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica, de forma a garantir a estabilidade do ordenamento jurídico.

É facilmente constatado que as demandas em se que buscam ver atendidos direitos fundamentais insculpidos em normas constitucionais de eficácia limitada ou com base em princípios constitucionais são as que geram as maiores discussões acerca do ativismo judicial. Nesse ponto, a omissão dos demais Poderes ou o engessamento de suas instituições trazem ao judiciário uma torrente de ações, e se o Poder Legislativo que deveria estar atento às mudanças sociais não se renova e não consegue enxergar e regular as novas dinâmicas sociais, o Judiciário pode oferecer esse olhar mais atento, mais atual, mais sintonizado com a realidade.

²⁵ FACHIN, apud, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 148

Para aqueles que criticam esse sistema, é a própria Constituição Brasileira e sua base principiológica que permitem essa interação, sem que haja violação à separação de poderes. Até mesmo porque a regra é que o Judiciário atinge somente a esfera daquele que indivíduo que abriu tal espaço, não atuando de forma abstrata e genérica como é afeto ao Poder Legislativo. Exatamente nesse ponto adentra o Novo Código de Processo Civil e o sistema de valorização dos Precedentes Judiciais, uma vez que proporciona o equilíbrio entre a segurança jurídica, a celeridade processual e as particularidades e necessidades de cada caso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O supremo tribunal federal em 2016: O ano que custou a acabar*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>> Acesso em: 27 fev 2017

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> . Acesso em: 09 out. 2016

BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos de. *Trabalhando Com Uma Nova Lógica: A Ascensão Dos Precedentes No Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. >. Acesso em: 20 mar 2017.

BRASIL. Decreto - Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 abr.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=657718&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG 201402010002358. Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25213480/ag-agravo-de-instrumento-ag-201402010002358-trf2>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. MS 00012710220108080000. Relator: Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa De Mendonça. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409739862/mandado-de-seguranca-ms-2710220108080000>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AI 00076435320144010000 0007643-53.2014.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311344017/agravo-de-instrumento-ai-76435320144010000-0007643-5320144010000>>. Acesso em: 20 mar. 2017

CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, apud, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

HART, apud, NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

KELSEN, apud, NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.