

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO BRASILEIRO:  
DA LEI 1060/50 AO PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 166/2010 (UM NOVO  
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

**Cristiano Nascimento Osório**

**Brasília – DF**

**2012**

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO  
BRASILEIRO: DA LEI 1060/50 AO PROJETO DE LEI DO SENADO  
FEDERAL Nº 166/2010 (UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

**Cristiano Nascimento Osório**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

**Brasília – DF**

**2012**

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO  
BRASILEIRO: DA LEI 1060/50 AO PROJETO DE LEI DO SENADO  
FEDERAL Nº 166/2010 (UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

**Cristiano Nascimento Osório**

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes – IDP (orientador)

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - UCB

**Brasília – DF**

**2012**

## Agradecimentos

Aos meus pais, que sempre me deram força para vencer os desafios da vida.

*“Debilidade metodológica, perda de certeza, a queda das diretrizes dogmáticas e a crescente falta de limites entre legislação e jurisprudência, são todas conseqüências da necessidade de que se decida. Por isso cresce a importância de um olhar crítico sobre os tribunais”*

*(NIKLAS LUHMANN)*

## RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada em 30/12/2004, foi um dos grandes marcos que despertou o interesse dos estudiosos sobre o problema do acesso à Justiça.

Entretanto, desde meados de 1975, Mauro Cappelletti e alguns professores ingleses e norte-americanos publicaram uma série de trabalhos que tinham como foco a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional.

Esta preocupação, que inicialmente adquiriu um caráter meramente formal, foi evoluindo e, hoje em dia, demonstra também a preocupação com o caráter material das decisões judiciais que, sob o ponto de vista sociológico de Niklas Luhmann, servem como instrumento de controle das expectativas sociais.

A abertura democrática do acesso à Justiça que vem ocorrendo desde 1988 aumentou a demanda do Poder Judiciário, que atualmente se vê diante do fenômeno da multiplicação e da atomização de demandas que, em alguns casos, refletem a mesma tese jurídica e, com isso, não podem ficar sujeitas ao subjetivismo de cada julgador do caso concreto.

A análise constitucional da função do Direito e do papel das Cortes Superiores foi extremamente importante na medida em que definiu o direito fundamental de todos a uma prestação jurisdicional igualitária sob o caráter material, assim como o seu real alcance no ordenamento jurídico pátrio.

Também foi salutar ressaltar as diversas causas, consequências e soluções para o combate às decisões divergentes sobre uma mesma matéria.

Se na Carta Magna de 1988 ficou expressamente consignado que todos são iguais perante a lei, a hipótese reside na efetiva contribuição que as decisões de caráter vinculante possuem como instrumento de controle das expectativas sociais, tendo em vista que a interpretação e aplicação uniforme das leis ganha relevo em países de direito codificado, onde uma liberdade interpretativa plena poderia gerar a desestabilização das expectativas sociais oriundas da interpretação das normas legais.

**Palavras-chave:** justiça – igualdade – controle – expectativas – direito - uniformização.

## ABSTRACT

The constitutional amendment of December 8 2004, which was published in 12/30/2004, was one of the great marks that brought to light the debate of access to justice among researchers.

However, since mid 1975, Mauro Cappelletti and a few English and north American teachers published a series of researches that focused on the effectiveness of justice.

This triggered an interest of how justice makes decisions not only under a formal point of view but also a material point of view. Under the scope of Niklas Luhmann this now serves as An instrument to measure social expectations.

After the democratic opening of 1988 there was an increase of people seeking justice. This revealed the phenomenon we see today of the multiplication and atomization of judicial demands, which in some cases reflect the same judicial thesis and therefore cannot be subject to the same judge or judge party.

With further analysis of the constitutional role of the law and the role of superior courts it was defined that fundamental law, as well as material equality should be available for all under the same judicial ordering reach.

It was also healthy to appraise a series of law suits of the same matter with solutions and consequences which had diverging decisions.

The Brazilian Federal Constitution of 1988 was very straight forward in expressing that all are equal under the law. What diverges is the contribution that decisions of vinculating character have as a control of social expectancy. Under the point of view of interpretation and law enforcement, laws gain strength in countries with free interpretation for it could generate instability of social expectations which is founded on legal references.

**Key words:** justice – equality – control – expectations – law - uniformity

## **RELAÇÃO DE ABREVIACÕES**

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PL - Projeto de Lei

PLS - Projeto de Lei do Senado

RE - Recurso Extraordinário

RHC - Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
1.1	Em Busca de um Conceito de Justiça.....	13
1.2	A Abordagem Luhmanniana – Considerações Preliminares.....	30
1.3	Conclusões.....	38
1.4	A Teoria dos Sistemas Sociais ( <i>Theorie Sozialer Systeme</i> ).....	40
1.5	O Papel dos Tribunais no Sistema Jurídico .....	45
<b>2</b>	<b>A PRECUPAÇÃO COM O ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	<b>50</b>
2.1	O Acesso à Justiça Como Direito Fundamental.....	52
2.2	O Acesso à Justiça e a Constituição Federal de 1988 .....	56
2.3	Os Obstáculos a Serem Transpostos na Visão de Cappeleti e Garth .....	59
2.4	Os Dois Sistemas Jurídicos Predominantes e a Superação De Paradigmas .....	69
2.5	A Jurisprudência Como Fonte de Direito.....	76
2.6	A Importância da Jurisprudência Como Elemento de Controle das Expectativas Sociais.....	86
2.7	A Evolução Legislativa e Jurisprudencial Sobre os Processos Repetitivos .....	90
<b>3</b>	<b>PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 166/2010 (UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL): UMA RESPOSTA AOS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO BRASILEIRO?</b> .....	<b>99</b>
3.1	A desconsideração dos Vícios Processuais – Que Não Sejam Considerados Graves ( <i>Pas de Nullité Sans Grief</i> ).....	100
3.2	O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Suas Implicações.....	105

<b>3.3 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Sob o Crivo de Luhmann .....</b>	<b>110</b>
<b>3.4 A Participação do Amicus Curiae e A Realização de Audiências Públicas Como Instrumentos de Abertura Cognitiva do Direito .....</b>	<b>116</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>121</b>
<b>ANEXO I - LEIS APROVADAS COM O I PACTO REPUBLICANO DE ESTADO .....</b>	<b>131</b>
<b>ANEXO II - LEIS APROVADAS (ATÉ SETEMBRO DE 2010) COM O II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM JUDICIÁRIO MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO.....</b>	<b>133</b>
<b>ANEXO III - CAPÍTULO VII DO PLS Nº 166/2010 - DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS .....</b>	<b>135</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa apresentar uma contribuição sobre a análise do acesso à Justiça<sup>1</sup> no Brasil, analisando as mudanças normativas que dizem respeito ao Judiciário à luz da investigação sobre o papel do Direito. As discussões sobre essas transformações no âmbito desta pesquisa foram travadas à luz de autores como Niklas Luhmann e Mauro Cappelletti, o que revela o caráter interdisciplinar dessa pesquisa, notadamente pelo uso recorrente dos argumentos oriundos da Sociologia do Direito Luhmanniana.

Inicialmente é feita uma breve evolução do conceito de Justiça para se ter uma idéia do caráter dinâmico do tema, para então verificar sob qual enfoque metodológico se desenvolve a pesquisa de acesso à Justiça no contexto brasileiro.

Em seguida, é feita uma análise do acesso à Justiça com base nas três “ondas renovatórias” do acesso à justiça<sup>2</sup>, verificando o impacto e a evolução dentro do contexto brasileiro, para então chegar à terceira fase renovatória proposta pelos autores do Projeto de Florença e analisar a evolução do sistema normativo brasileiro como um sistema autopoiético, diante da visão sociológica de Niklas Luhmann.

Como ponto de convergência entre grande parte da doutrina necessário para a compreensão da evolução do acesso à Justiça, merece destaque o *Welfare State*, com todas as suas implicações e inovações introduzidas pela legislação a ele atrelada e as expectativas sociais advindas a partir de então, que romperam com os pressupostos do Estado Liberal e acarretaram uma reorganização de forças entre os poderes, uma nova forma de intervenção estatal na realidade e um papel diferenciado para o Judiciário.

---

<sup>1</sup> O termo "acesso à Justiça" utilizado ao longo deste trabalho faz uso da palavra "Justiça" em maiúsculo, pois refere-se ao sentido difundido pelos processualistas filiados à corrente instrumentalista (Poder Judiciário), e não como uma pretensão de validade sobre a correção normativa.

<sup>2</sup> Aqui se faz referência às três ondas (ou fases) do acesso à Justiça, da obra de Mauro Cappelletti e Briant Garth (1988).

Trata-se de uma proposta que não se vincula a uma abordagem quantitativa(formal) ou qualitativa(material) do acesso à justiça, mas sim a real preocupação de que esta se dê de forma efetiva e a todos que dela necessitam para valer seus direitos. O objetivo é não apenas proporcionar o acesso pura e simplesmente, mas também trazer respostas adequadas até mesmo aos problemas estruturais enfrentados no que tange ao "adequado" acesso à Justiça, abrangendo também as novas formas e propostas feitas para dotar o Poder Judiciário de instrumentos capazes de dar respostas tempestivas e congruentes, de acordo com as expectativas das sociedade.

Partindo-se de premissas como o reconhecimento da complexidade de nosso ordenamento jurídico, esta é então analisada aos olhos da teoria de Luhmann, como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido que, no caso do Direito, significa não só considerar o legalmente permitido, como também as ações legalmente proibidas, quando relacionadas ao direito de modo sensível, de modo a internalizá-las (ou não) no subsistema do Direito.

Isso porque, a despeito dos paradigmas atuais do sistema processual brasileiro, verificar-se-á que pouco a pouco estes vêm cedendo, seja por meio da legislação ou da jurisprudência, a uma onda de objetivação das decisões jurídicas mais importantes e relevantes no Direito, a ponto de se constatar que a norma que se extrai da solução de uma demanda individual traz outros reflexos para o sistema de Justiça, ao criar novas expectativas no seio da sociedade, as quais refletem a necessidade de se criar um patamar mínimo de previsibilidade da norma que será aplicada a todos aqueles que porventura estejam com uma demanda judicial, trazendo a previsibilidade e a segurança jurídica que os jurisdicionados almejam.

Se para alcançar o amplo acesso à Justiça forem necessárias reformas radicais dentro do ordenamento jurídico que se desvinculem de velhos paradigmas, que sejam feitas, como propõe Cappelletti em sua terceira onda renovatória, pois, diante da complexidade da sociedade moderna, e para chegar a uma ordem jurídica justa, surgem as idéias de observar e indagar o direito como estrutura e sistema, propondo-se uma relação com a sociedade

que traga respostas aptas a encontrar uma teoria evolucionista que se encaixe dentro do conceito amplo dessa terceira onda de reformas.

Esse estudo passa, portanto, pela análise da evolução normativa e jurisprudencial brasileira, fazendo algumas comparações com institutos do direito comparado, mas não se vinculando, em momento algum, a argumentos que pugnam pela incompatibilidade do uso de institutos típicos dos países de *civil law* em países de *common law* e vice-versa, pois como será demonstrado, qualquer proposta de reforma pode vir a romper com alguns dos paradigma atuais, ou mesmo despontar para um sistema eclético, desde que efetivo.

### **1.1 Em Busca de um Conceito de Justiça**

Ainda que não seja o foco central deste trabalho, cumpre trazer, preliminarmente, algumas abordagens e teorias acerca do termo *Justiça* para, então, poder analisar sob quais perspectivas deve ser analisada a forma como ocorre seu acesso e efetivação.

Com isso, talvez possa ser revelada a complexidade e fecundidade do tema que justificam a pesquisa da evolução normativa e jurisprudencial do sistema jurídico brasileiro sob a ótica eleita.

Inicialmente, num contexto axiológico de justiça como valor, temos "Justiça, respeito do direito; virtude moral que inspira o respeito dos direitos de outrem e que faz dar a cada um o que lhe pertence<sup>3</sup>".

Diante desse conceito preliminar verifica-se uma correlação justiça/direito, como institutos encarregados de aplicar a autoridade judicial racionalmente para decidir sobre os direitos das pessoas, de forma a "dar a cada um o que é seu" (*suum cuique tribuere*).

Mas a repetitividade e a cultura de massa da sociedade moderna criaram padrões que se repetem em larga escala nas escolhas e nos comportamentos dos indivíduos; a conduta moderna acaba criando padrões

---

<sup>3</sup> (DELTA LAROUSSE,1970, v.7, p.3781.)

que se repetem em escala no comportamento e nas expectativas dos indivíduos; a competitividade da indústria do consumo exige que o fabricante adapte rapidamente seu produto incorporando hoje a novidade que o concorrente implantou ontem, repetindo-o. No ramo dos serviços, as facilidades e as demais condutas exitosas de uma instituição financeira são logo adotadas pela concorrência.

Tudo isso se repete nos demais setores da sociedade, gerando progressiva padronização das condutas sociais. Todas essas condutas acabam por gerar uma expectativa, e uma vez frustradas as expectativas dos cidadãos, tais questões são levadas reiteradamente ao Poder Judiciário para que este possa, então, regulá-las.

Com isso, a conjuntura social moderna pressiona o sistema de Justiça dentro da sociedade, onde surgem as deficiências e incompletudes de alguns modelos adotados pois, a despeito da conduta de cada cidadão, apenas na Justiça Estadual, 17.743.996 novos processos são apresentados a cada ano<sup>4</sup>, o que revela, ainda que a grosso modo, a quantidade de pessoas que, no reclamo da democracia, batem às portas do Poder Judiciário com suas expectativas de toda ordem<sup>5</sup>, uma diversidade de opiniões individualizadas que podem convergir ou divergir acerca de uma mesma matéria, levadas reiteradamente ao exame do Poder Judiciário.

Mas, uma vez reconhecida a carga de subjetividade inerente a todo aquele que julga<sup>6</sup>, como fazer com que a justiça seja feita com padrões mínimos de aceitabilidade, ao mesmo tempo imposta e aceita por uma sociedade de modo que possa, enfim, trazer a paz social?

---

<sup>4</sup> Conforme dados obtidos do relatório Justiça em Números do ano de 2010. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel\\_justica\\_numeros\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf)

<sup>5</sup> De acordo com o Censo 2010 do IBGE, a população brasileira é de 190.732.694 pessoas. Disponível em [https://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1766](https://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766). Acesso em: 01 jan. 2011.

<sup>6</sup> A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser." (GADAMER, 2008).

Poder-se-ia chegar a breves conclusões que, a bem da verdade, não revelam toda a complexidade desse tema que vem atravessando décadas como um dos grandes questionamentos e preocupações da sociedade moderna.

Soma-se a essa preocupação a necessidade de fazê-lo e dar respostas a esses e outros questionamentos com base científica. Nesse sentido, Aristóteles (1992:1139a, p.115) já consignava:

"o conhecimento científico, então, é a disposição graças à qual podemos fazer demonstrações (...); de fato, um homem possui conhecimento científico quando tem uma convicção a que chegou de certa maneira, e conhece os pontos de partida, já que se os pontos de partida não lhe são melhor conhecidos que a conclusão ele terá o conhecimento apenas acidentalmente.

Apresentado o problema, verifica-se, de início, que qualquer pesquisa sobre o tema importa no reconhecimento da existência dos vários conceitos que usualmente se atribui ao termo *Justiça*, para delimitar o objeto da pesquisa, pois cotidianamente esta pode ser concebida sob vários prismas (social, distributiva, corretiva, etc.), muitos deles construídos pelo mesmo autor, como em Aristóteles.

Com isso, a primeira abordagem que merece destaque é justamente aquela feita pelo filósofo estagirista, em sua obra *Ética a Nicômacos* (1992, V, 1130a, p.193):

Então a justiça nesse sentido é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. Portanto a justiça é frequentemente considerada a mais alta forma de excelência moral (...)a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o "bem dos outros"; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade.

Percebe-se, em Aristóteles a idéia de justiça baseada em uma filosofia moral de base racionalista - sem deixar de incluir uma base metafísica - que

em última análise, não é desprovida de fortes implicações morais<sup>7</sup>. Considera que o bem, o valor moral, é humanizado; é apresentado como a virtude do homem. Conseqüentemente, a Ética de Aristóteles almeja um sistema de virtudes humanas, entre as quais a justiça é a "principal das virtudes", a "virtude perfeita" (*dikayiosine- justiça legal*), (ARISTÓTELES, IX, 1106b, p.42).

Em sua teoria acerca da justiça, verifica-se o uso da equidade como fator de correção da justiça legal. Essa equidade veio do termo latino *æquitas*, com o sânscrito *aika* e com o grego *επιεικεια* (*epieikeia*), usado por Aristóteles. Nesses três vocábulos, verifica-se a noção comum de proporção, equilíbrio, igualdade (BROGGINI, 1975, p. 20).

A partir daí despontam algumas dificuldades ao migrar a idéia de equidade aristotélica em países de direito codificado, com base numa dicotomia entre o justo natural e o justo civil ou legal, considerando por decorrência que o Direito possui uma parte que é justa por natureza e outra que o é por determinação da lei positiva. O trânsito entre esses dois pólos seria função da *epieikeia*, a qual permite uma retificação da justiça rigorosamente legal. De todo modo, ARISTÓTELES (1992, p. 109) parece ter sido dado fim pragmático para ela:

[...] quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

Portanto, o eqüitativo aristotélico seria justo (ainda que o não-legalmente previsto como justo): uma correção da justiça legal.

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao optar pelo direito codificado, não deixou de prever a equidade, mas contemplou-a não como critério principal de se aferir a justiça de uma decisão, mas apenas um instrumento de aplicação subsidiária, um instrumento de integração das

---

<sup>7</sup> A Ética social de Aristóteles, ao determinar o valor moral, também fazia apelos tais como a necessidade de uma ordem social preestabelecida (a experiência dos Estados) ao afirmar que "os legisladores tornam bons os cidadãos treinados nos hábitos da ação correta (ARISTÓTELES, 1103b, p.36)."

lacunas do Direito nas hipóteses em que o magistrado, defeso de pronunciar um *non liquet*, precisa ter meios para resolver uma situação lacunosa, ou seja, meios de integração ou colmatação de lacunas.

Na legislação civil brasileira, a situação foi regulada pelos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

Verifica-se ainda que, ao prescrever que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” há margem à aplicação da equidade para a colmatação de lacunas legais, mas que esta deve ser feita com ressalvas quando utilizada para a correção de distorções da lei.

Portanto, a equidade não constitui, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumento de integração oficialmente reconhecido, mas representa um fator axiológico e teleológico relevante na aplicação do Direito. Feitas essas considerações, pode-se extrair algumas conclusões para afirmar que sua aplicação deve ser feita em caráter excepcional.

Desse modo, a equidade aristotélica poderia migrar, na experiência brasileira, apenas para a “correção” da lei ou como fator de integração das lacunas quando: (i) devidamente autorizada, e em caráter excepcional; (ii) a lei seja deficiente em razão da sua universalidade. Sendo assim, apenas nos casos em que o objeto é indefinido, a regra também seria indefinida. Apenas em tais casos, o equitativo seria justo<sup>8</sup>.

Ainda com base em Aristóteles, Miguel Reale (2009, p.176) reitera a dificuldade em definir quais as ações justas, ante a exigência, em Aristóteles, de uma ética não imperativa, no estrito plano da moral, onde ressalva que

---

<sup>8</sup> Com preocupações dessa ordem trazidas desde Aristóteles já surgiam as dificuldades surgem com a necessidade de aplicação das leis abstratas aos casos concretos; surgindo desde “propostas” de meios corretivos da rigidez da justiça, a exemplo da equidade com critério de aplicação das leis, que permite adaptá-las ao caso singular, moderando seu rigor. Para fazer compreensível tal conceito compara a equidade a um certo instrumento de medida (regra lésbica) elaborado com uma substância dobrável que lhe permitia adaptar-se às sinuosidades dos objetos que tinha que medir. Assim, pois, as leis são formais, abstratas, esquemáticas: sua justa aplicação exige uma certa adaptação que consiste cabalmente na equidade, a qual – segundo Aristóteles – pode chegar até modificar as mesmas leis. (DEL VECCHIO, 1946, t. II, p. 14).

embora a idéia de bem preconizada por Platão fundamente todo dever, a noção aristotélica de bem não é unívoca e deve ser definida relativamente ao sujeito que a procura. Aponta que, do ponto de vista lógico, a grande dificuldade das ciências práticas seria a definição do universal freqüente, objeto da premissa menor do silogismo; A justiça deve ser praticada (maior). Tal fato é justo (menor). Tal fato deve ser praticado (conclusão).

Com isso verifica-se que, numa pesquisa acerca dos problemas atuais sobre a Justiça e aplicação do Direito nas sociedades modernas, o que a teoria aristotélica nos revela é: em face do objeto ético, estaremos falando apenas de modo grosseiro e aproximado, de fatos apenas freqüentes, partindo de princípios igualmente freqüentes, cujas conclusões deverão ser da mesma natureza.

Apesar de notória contribuição para uma perspectiva que se pretende abordar na pesquisa, verifica-se que, à luz dos problemas complexos da sociedade moderna, tais premissas revelam-se úteis, porém insuficientes para o desenvolvimento de uma pesquisa sobre o acesso e a efetivação da justiça no moderno e complexo contexto social brasileiro.

Por sua vez, na teoria hobbesiana e sua visão acerca da Justiça, o filósofo inglês considerava as *lex naturalis* como um conjunto de regras inerentes, autônomas e pertencentes à própria natureza humana, pelas quais o homem deve se guiar com o fim da paz e da auto-preservação, onde as leis civis são ordens estatais, às quais o homem se submete, livre e racionalmente.

O próprio Hobbes, apesar de não usar essa expressão, considera que, após a criação do Estado, tanto a liberdade como as obrigações dos homens são inferidas das leis civis, resultado da submissão dos homens ao poder soberano. Segundo Hobbes, “a obrigação e a liberdade do súdito deve ser derivada, ou daquelas palavras (ou outras equivalentes), ou do fim da instituição da soberania, a saber: a paz dos súditos entre si, e a sua defesa contra o inimigo comum” (HOBBS, 2003, p. 185).

O direito de natureza, para Hobbes, é parte constituinte da condição natural humana, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou

seja, da sua vida. No Cap. XV do Leviatã, Hobbes afirma que “a esses ditames da razão que os homens costumam dar o nome de leis, mas impropriamente. Pois são eles apenas conclusões ou teoremas relativos ao que contribui para a conservação e defesa de cada um, enquanto lei, em sentido próprio, é a palavra daquele que tem direito de mando sobre outros” (HOBBS, Leviatã, 2003, p. 137).

É justamente desse direito que contempla todos os homens de maneira absoluta que advêm todos os problemas para que os homens convivam de maneira pacífica e harmoniosa. É contra esses dotados naturalmente de plena liberdade, agem conforme bem entendem para conseguir o que bem entenderem. O direito de natureza constatado por Hobbes não é algo sagrado, estabelecido por Deus ou qualquer outra entidade divina. Como afirma Renato Janine Ribeiro, “este direito de natureza é humano: só o homem o limita” (RIBEIRO, 2004, p. 88). Enfim, o direito de natureza é a faculdade natural e ilimitada do agir humano.

Com isso, a limitação do direito de natureza, em Hobbes, seria função das leis. Mas quais seriam estas leis e por quem elas são impostas? Ao tratar de jusnaturalismo e juspositivismo, trata-se antes de tudo do *Jus*, onde no jusnaturalismo, o Jus é limitado pela lei natural e no juspositivismo, o Jus é limitado pela lei civil. Com isso, no estado civil hobbesiano, surge a figura República (o Estado ou o Leviatã) e, com ela, a inerente criação do direito objetivo, ou seja, da lei civil, assim definida pelo filósofo inglês:

“Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama República, ou Estado (em latim Civitas), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força que o homem natural, para cuja defesa foi projetado” (HOBBS, Leviatã, 2003, p. 11)

(...) A Lei Civil é para todo súdito constituída por aquelas regras que a república lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra (HOBBS, Leviatã, 2003, p. 226).

Dessa forma, o direito subjetivo (*right*) que existe naturalmente no homem passa a conviver necessariamente com o direito objetivo (*law*).

Entretanto, essa combinação entre estes dois aspectos do Direito, que, para Hobbes, que ocorre mediante a criação do Estado (Leviatã), não diminui a força do direito subjetivo. Nesse sentido, Miguel Reale esclarece que

"(...) a possibilidade de ser pretendido algo, tal como se acha expresso na norma, não difere, senão como momento, da possibilidade de alguém pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui: o direito subjetivo vive da complementaridade desses dois momentos e com eles se confunde, consubstanciando uma proporcionalidade entre pretensão e garantia" (REALE, 2005, p. 260).

Na teoria hobbesiana, as *lex naturalis* são um conjunto de regras inerentes, autônomas e pertencentes à própria natureza humana, pelas quais o homem deve se guiar com o fim da paz e da auto-preservação; e as leis civis são ordens estatais, às quais o homem se submete, livre e racionalmente, ciente da incapacidade real de todos se sujeitarem às *lex naturalis*. Assim como, de acordo com Hobbes, devido a essa impossibilidade de obedecer às regras inatas (ditames da razão), o homem criou o Estado, a figura de um Deus artificial e mortal, que lhe imporá um conjunto de leis positivadas. Conclui-se que o conjunto destas leis positivadas pode ser considerado, na linguagem jurídica pós-hobbesiana, o direito positivo, e que só com o Estado e com o estrito cumprimento deste direito positivo é que os homens alcançam o seu fim natural.

Para melhor situar a posição hobbesiana sobre o direito, Norberto Bobbio afirma que Hobbes, apesar de pertencer à tradição do jusnaturalismo, "é considerado também um precursor do positivismo jurídico", e considera que trata-se de um falso paradoxo, visto que, para ele, Hobbes adota a doutrina do direito natural não para limitar o poder civil mas para reforçá-lo<sup>9</sup>.

Tais conclusões fazem de Hobbes um teórico que, em sua hipótese de um estado de natureza – do qual ele pretende afastar os homens –, utiliza do direito natural para justificar a necessidade de um Estado e de um direito positivo. Essa concepção hobbesiana de lei, Estado e justiça contribui de

---

<sup>9</sup> Usa meios jusnaturalistas (...) para alcançar objetivos positivistas. A mesma idéia pode ser expressa de outra forma, dizendo que Hobbes é um jusnaturalista, ao partir, e um positivista ao chegar (BOBBIO, 1997, p. 41).

sobremaneira para a diferenciação e o esclarecimento dos conceitos de direito e de lei, afinal, o direito objetivo não é senão um conjunto de leis (*law*), uma limitação do direito subjetivo (*right*) que, por meio dele, passa daquela liberdade plena e absoluta de ação no mundo para uma faculdade de agir contrariamente ou conformemente às leis. Seria Hobbes, portanto o responsável pela diferenciação absolutamente *Jus* e *Lex*, ou seja, direito subjetivo e direito objetivo ou positivo<sup>10</sup>.

Por meio da compreensão da função da justiça exposta no *Leviatã*, ao tratar da estrutura da sociedade organizada e do pacto de sujeição( capítulo XVII) será possível chegar a algumas conclusões, em caráter preliminar, úteis para o desenvolvimento deste trabalho: (i) que o conjunto das leis que formam a ordem jurídica seria indispensável ao Estado, (ii) que as leis definem a estrutura e o funcionamento do Estado, ao impor obrigações aos cidadãos.

Verifica-se que, nesse estado de coisas preconizado por Hobbes, apesar do reconhecimento da impossibilidade de obedecer a regras inatas(os ditames da razão), o homem cria o Estado para impor um conjunto de leis positivadas e que apenas com esse conjunto e o estrito cumprimento deste direito positivo é que os homens alcançarão o seu fim natural<sup>11</sup>.

No entanto, se a teoria de Hobbes possui seus pontos positivos, por outro lado, a mesma peca ao analisar o papel do juiz onde, ao reconhecer a falibilidade dos magistrados como algo inerente à condição humana, afirma que a partir do reconhecimento de seus erros este não se vincularia a processos futuros, em decorrência de um erro feito em seu juízo de equidade, cuja aplicação deve ser feita com ressalvas em países de direito codificado, sob pena de uma liberdade interpretativa que poderia gerar a desestabilização das expectativas sociais oriundas da interpretação das normas legais.

---

<sup>10</sup> Cf. (RIBEIRO, 1999)

<sup>11</sup> Podemos concluir que, para Hobbes, as leis impõem limites ao direito de natureza. A partir do momento em que os homens optam por viver sob a guarda e as ordens do Estado, o direito natural é deixando de lado. Sobre a opção do Homem pelo direito positivo, Janine Ribeiro constata que essa é uma escolha livre “apenas o seu próprio consentimento pode pôr termo ao direito de natureza”. (RIBEIRO, 2004, p. 87).

O perigo que se extrai de assertivas dessa natureza é justamente que, a partir daí, surgem idéias de total independência na formação do convencimento e na interpretação a ser feita pelos magistrados quando da aplicação da lei ao caso concreto, seja em relação ao que decidiram, seja em relação ao já decidido por outros magistrados, onde costuma-se afirmar:

"Jamais o erro de um homem se torna sua própria lei, nem o obriga a nele persistir. Tampouco, pela mesma razão, se torna lei para outros juízes, mesmo que tenham jurado segui-lo" (HOBBS, 2006, p.205)

Adotando-se tal postura, não haveria de se cogitar em segurança jurídica dentro da sociedade moderna, pois, apesar do reconhecimento do estado e das leis como indispensáveis à sociedade moderna, a generalidade e abstração dos textos legais não permitirá aos cidadãos saber o que esperar do próprio Leviatã (Estado-Juiz), pois não haveria limites de resposta, uma verdadeira indeterminabilidade em razão das mesmas regras a que sua teoria reconhece a cogência. Transpondo-se essa situação para o quadro atual do Poder Judiciário brasileiro, o uso indiscriminado de tal teoria daria ensejo a uma proliferação de decisões divergentes acerca das matérias idênticas, prejudicando importantes setores da sociedade e da economia.

Com isso, o autor acaba por revelar uma concepção incapaz de se adequar às sociedades modernas, onde sua visão restrita à manutenção dos pactos não reconhece a complexidade das modernas relações sociais.

Já Hans Kelsen, ao iniciar sua obra "O que é Justiça?" considerava a justiça como "uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social" e indaga:

"mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social" (KELSEN, 2001, p.2).

Para isso, define a justiça como norma moral de conduta e submete, dessa forma, a justiça à moral. Segundo Kelsen (2003. p.67), “na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito”.

Mas princípio basilar de sua teoria era o de que as normas jurídicas são independentes das normas de justiça. O jusfilósofo explica que “como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral” (Kelsen, O Problema da Justiça, 1998, p. 3). Considera, portanto, a justiça como a felicidade social, a felicidade garantida por uma ordem justa – a que regula o comportamento dos homens de modo a contentar a todos. A aspiração da justiça seria a eterna aspiração da felicidade, que o homem não pode encontrar sozinho e, para tanto, procura-a na sociedade. A felicidade social seria denominada justiça.

Embora esse conceito inicial de Justiça possa revelar-se satisfatório, a evolução da teoria kelseniana sobre Direito e Justiça encontrou diversos obstáculos. Miguel Reale explica que “Kelsen chamou sua doutrina de Teoria Pura, por querer livrá-la de elementos metajurídicos, excluindo do campo próprio e específico do jurista uma série de problemas, apesar de reconhecer a legitimidade da Psicologia, da Moral, da Economia, da Sociologia, da História ou da Política” (REALE, Filosofia do Direito, 2002, p. 455).

A despeito de todas as críticas que se possa fazer sobre a teoria kelseniana - a exemplo de não justificar exhaustivamente a existência de uma fonte de Direito - sua inegável contribuição para a construção de uma, dentre várias, teorias do Direito, esse positivismo advindo de Kelsen (como um de seus maiores expoentes) e de outras correntes revolucionou a ciência jurídica do século XIX, servindo de base para o desenvolvimento das teorias posteriores.

Uma das contribuições relevantes do positivismo foi a construção de uma matriz epistemológica própria do Direito, capaz de se desvincular da corrente jusnaturalista, e que a partir da Teoria Pura do Direito, a qual passava a considerá-lo como um sistema autônomo de hipóteses jurídicas, servindo de referência para grande parte da reflexão jurídica que lhe seguiu.

Entre outras contribuições úteis para este trabalho, o mestre de Viena já reconhecia e há muito destacava, em suas obras, que o conceito de justiça passa por uma transformação radical: do sentido original da palavra (que implica o sentimento subjetivo que cada pessoa compreende para si mesma, de modo que a felicidade de um pode ser a infelicidade de outro) para uma categoria social: a felicidade da justiça. É que a felicidade individual (e subjetiva) deve transfigurar-se em satisfação das necessidades sociais. Como ocorre no conceito de democracia, que deve significar o governo pela maioria e, se necessário, contra a minoria dos sujeitos governados<sup>12</sup>.

No entanto, como Hans Kelsen e sua teoria pura do direito encontraram duras críticas ao tentar livrar o direito de todos os subjetivismos que lhe são inerentes, verifica-se a insuficiência dessa teoria como marco para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Ronald Dworkin, por sua vez, trouxe importante contribuição com sua obra "O Império do Direito" (2003). Nela, expõe que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva que tentará responder à questão de como poderá a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos. Especificamente no que concerne a esta pesquisa, Dworkin aborda o problema da divergência teórica do Direito, a divergência que há acerca do que seja Direito (DWORKIN, 2003, p.15).

Em apertada síntese, sua proposta demonstra que os processos judiciais sempre suscitam, ao menos em princípio, três questões (i) questões de fato, de fácil constatação e que não trazem maiores divergências (ii) questões interligadas da moralidade política e da fidelidade, onde ocorrem divergências com maior freqüência, pois o debate sobre o que é certo/errado está presente na vida das pessoas e pode ser suscitado em questões judiciais, e (iii) questões de Direito, que são o freqüente alvo de divergências por parte dos juristas, quando chamados a interpretar e aplicar a lei ao caso concreto.

---

<sup>12</sup> Assim, cita o mestre de Viena: "o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem."(KELSEN, 2001, p.4).

Essa grande divergência sobre as questões de Direito ganha especial relevo no âmbito desta pesquisa, pois há divergência, conforme foi visto até o momento, até mesmo quanto ao fundamento do próprio Direito, sobre o que o Direito é de fato<sup>13</sup>. Em sua proposta de que não cabe ao crítico apenas uma postura externa ao Direito devendo este assumir a compreensão de um participante da prática social argumentativa assegura uma coerência narrativa entre os fatos debatidos. A negativa de uma posição exterior lhe confere um maior peso argumentativo.

Sua teoria ganha relevo, ainda, quando põe à prova o modelo positivista, demonstrando sua insuficiência especialmente para resolver os *hard cases*, mormente pela adoção de um conjunto limitado de regras a que o julgador está sujeito. Com isso, Dworkin propõe a adoção de princípios e regras, distinguindo-os. As regras surgem como normas concretas, de aplicação específica. Já os princípios possuem um caráter de generalidade e abstração e devem ser interpretados. O importante de sua teoria é que ambos possuem validade e assumem o caráter de obrigação. A partir dessa distinção, afirma a possibilidade de decisões à luz de princípios e não apenas de procedimentos, conforme expõe Habermas:

Tanto regras quanto princípios servem como argumentos na fundamentação de decisões, mas os valores posicionais de um na lógica da argumentação são diferentes. Em se tratando de regras há sempre um componente “se” que especifica condições de aplicação típicas da situação. De outro lado, os princípios ou surgem com uma pretensão de validade não específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, carentes de interpretação. (HABERMAS, 2003, p.258)

Ao estabelecer a tarefa do juiz como um juiz racional, que leva os direitos a sério( e com isso domina o "império do direito"), Dworkin afirma que o magistrado não pode se esquivar da tarefa de encontrar um solução para todos

---

<sup>13</sup> “Como conseguiríamos julgar quem tem o melhor argumento; e como saber se em um julgamento de um caso controverso o juiz, ao decidir, cria o direito ou simplesmente o encontra no ordenamento. A resposta seria clara se todos estivessem de acordo quanto ao que seja o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito”(DWORKIN, 2003, p.5-10)

os casos, mesmo os *hard cases*, buscando uma unidade do Direito que assegura, ao mesmo tempo, o princípio da segurança jurídica e a pretensão de legitimidade do direito. A preocupação por ele reside numa teoria do direito que não se baseia em princípios de justiça, mas que procure fundamentos válidos que sirvam para justificar um ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, dando coerência a todas as decisões tomadas em casos singulares (HABERMAS, 2003,p. 261-263).

Com isso, Dworkin traz importante tarefa para a figura do “juiz Hércules”, que deve conhecer todos os princípios e objetivos válidos necessários à justificação, e deve possuir uma visão completa sobre o direito vigente, traçando os elementos que surgem diante de si através de “fios argumentativos”. Assim, propõe uma reconciliação entre passado e presente, entre história e justiça, dissolvendo-se a tensão entre “originalidade judicial” e “história institucional”, pois os juízes emitem novos juízos sem se oporem à decisões pretéritas e ao direito já estabelecido, pois simplesmente as refletem (HABERMAS, 2003, p. 263-264).

Com isso, Dworkin afirma que há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência devido ao fato de que o direito positivo já assimilou conteúdos morais (HABERMAS, 2003, p.252-253). Sua visão do direito como integridade aborda as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas, que tanto se voltam para o passado quanto para o futuro, e estão em processo ininterrupto de desenvolvimento.

Com isso, para que seja válida a visão do direito como integridade, os juízes devem, nos limites do possível, identificar os direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único autor, a comunidade personificada. Essa exigência é necessária uma vez que entende-se que as proposições jurídicas são válidas quando derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação do direito (DWORKIN, 2003, p. 271-272).

Portanto, a teoria de Dworkin, já traz uma grande contribuição como instrumento de superação do positivismo e para fixação de limites ao poder de

decisão dos julgadores. no sentido uniformizar os métodos de interpretação, para, ao fim, regular as expectativas sociais dos jurisdicionados.

Isso porque as preocupações para se conceber limites de atuação dos magistrados são, também, um dos objetivos dessa pesquisa, conforme abordagem a ser realizada em momento oportuno.

John Rawls, por sua vez, traz um conceito de justiça social, onde observa os princípios que revelam uma concepção mais geral da justiça. Assim expressa:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima - devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos. (RAWLS, 2000, p.66)

Vê-se que os princípios de justiça social têm um nítido caráter "substancial", e não meramente "formal", na teoria de Rawls, quando sustenta que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais às pessoas, assim como a existência real da igualdade de oportunidades econômicas e de condições sociais nos diversos segmentos da sociedade<sup>14</sup>.

Assim, a despeito da opinião de Kelsen, o objeto primário da justiça, para Rawls, "é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social" (RAWLS, 2000, p.8).

Segundo Rawls, os princípios de justiça social que regulam a escolha de uma constituição política devem ser aplicados em primeiro lugar às

---

<sup>14</sup> Essa igualdade de oportunidades merece destaque na teoria Luhmaniana (que ainda será abordada), a qual abdica da equidade concreta da compensação, implícita na relação individual, para tratar da igualdade perante a lei: especificação e aplicação universal de critérios para a decisão " sem consideração da pessoa" – um princípio decisório que para o jurista e sociólogo seria altamente imoral em sociedades arcaicas, mas que dá lugar à implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência. (LUHMANN, 1983, vol II, p. 87)

profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

Em suma, para Rawls, a concepção de justiça apresentada na sua obra consiste na justiça como equidade - *justice as fairness* - significando que é uma justiça estabelecida numa posição inicial de perfeita equidade<sup>15</sup> entre as pessoas, e cujas idéias e objetivos centrais constituem uma concepção para uma democracia constitucional. Assevera Rawls:

Minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática (RAWLS, 2000: XIII e XIV - Prefácio à edição brasileira).

Percebe-se que o autor norte-americano recupera a noção original de contrato social (jusnaturalista), para apresentá-la não mais como um acordo entre os homens para a criação de uma sociedade política, mas como uma formulação racional capaz de renortear as normas sociais, a partir do conceito de justiça.

Essa teoria da justiça de Rawls encontra sua utilidade nas sociedades modernas, ao integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais e revela-se como modelo para governos social-democratas que se instalaram no mundo ocidental, oferecendo uma posição intermediária entre o liberalismo extremado e o socialismo ortodoxo, a que denomina "justiça como equidade" ("*justice as fairness*"). Conclui o autor, ao examinar a estrutura utilitarista das sociedades ocidentais, que afere o movimento no sentido de construir padrões para a "organização dos desejos de todas as pessoas num único sistema coerente de desejos" frisando que "é por

---

<sup>15</sup> O que revela conceitos e finalidades distintas daquelas propostas inicialmente por Aristóteles, mais compatível com as sociedades modernas, ante a necessidade de seu uso de forma ponderada, especialmente em países de direito codificado, como o Brasil, para que esta não se transforme, a partir de uma proposta de "correção" para que a lei atinja seus fins sociais, em um instrumento de "distorção" da lei.

meio dessa construção que muitas pessoas se fundem numa só” (RAWLS, 1997, p. 29-30).

Toda essa digressão a partir do desenvolvimento de vários conceitos de justiça que vêm evoluindo desde Aristóteles, passando pelo jusnaturalismo, juspositivismo e outras concepções, teve como objetivo revelar as preocupações sobre as formas de se interpretar e aplicar o Direito nas modernas e complexas relações sociais, ante (i) a insuficiência de algumas correntes como o positivismo kelseniano e (ii) a diversidade de interpretações que podem ser dadas a uma mesma questão de direito, como na equidade aristotélica ou na teoria dworkiana ante o perigo da inserção de valores estranhos ao sistema do Direito.

É sob o reconhecimento do Direito como sistema social destinado a regular as expectativas dos cidadãos, partindo de um caráter individual para então assumir um caráter coletivo, que surge o reconhecimento da necessidade de um sistema de Justiça realizada a partir de padrões que determinem maior previsibilidade da prestação jurisdicional.

Foi nesse sentido que o jurista e sociólogo Niklas Luhmann pretendeu desenvolver uma teoria para a sociedade. Seu projeto almejou explicar sociologicamente vários setores da sociedade (direito, religião, política, economia) para, ao fim, tentar traçar uma visão da moderna e complexa sociedade contemporânea. Em sua obra sobre Sociologia do Direito(1983), reconhece a complexidade inerente à sociedade moderna, onde devem ser descobertas as origens da singular necessidade de ordenamento que é satisfeita pelo direito e que ao mesmo tempo é onde se encontram as bases das estruturas e processos elementares de formação do direito.

Feita essa breve apertada síntese sobre as diversas concepções acerca da função do Direito e da Justiça verificar-se-á, a seguir, que, em Luhmann, surge uma teoria social que reconhece a intensificação das relações sociais e sua complexidade, e denota maior coerência com os problemas a serem

abordados neste trabalho, verificando-se sua adequação como hipótese metodológica<sup>16</sup>.

Portanto, feita essa opção, no próximo ponto, far-se-á um esclarecimento sobre a teoria luhmanniana e sua abordagem conceitual, para que então seja analisada a evolução do conceito de acesso à Justiça e os problemas a serem enfrentados ao longo desta pesquisa, delineando-se os principais pontos e conceitos, fazendo-se referência inicial a uma análise à luz da sociologia luhmanniana, para, num segundo momento, verificar o papel do Direito e da Justiça à luz da Teoria dos Sistemas Sociais, o que servirá de base para analisar, mais à frente, as propostas normativas apresentadas para o sistema de Justiça brasileiro.

## 1.2 A Abordagem Luhmanniana – Considerações Preliminares

Quando se fala sobre a sociologia do Direito luhmanniana, um dos primeiros temas que vem à baila é o reconhecimento da complexidade da sociedade moderna. Neste ponto, o autor deixa claro que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar (seleção forçada).

A partir daí surge o trinômio *complexidade/contingência/expectativa de expectativas*.

O primeiro termo a ser esclarecido é o da contingência. A função do direito não é a de controlar condutas; se as condutas fossem controláveis, o direito seria despiciendo. A conduta em si é sempre *contingente*, ou seja, é

---

<sup>16</sup> Pede-se vênias por não ir à fonte, mas cumpre ressaltar, ainda, outro fator justificante para a implementação da teoria abordada em detrimento das demais "teorias da Justiça" que se valem de critérios extrajurídicos: "(...) torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo (...). Portanto a justiça só pode ser considerada conseqüentemente a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência da decisão (justiça interna. Trata-se, com outras palavras, por um lado, (externamente) de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e de reciclagem em face deste (...)" (VIANA, *apud* NEVES, MARCELO, 2010, p.141)

algo que é como é, mas poderia ser de outra maneira<sup>17</sup>. Entende-se, portanto, contingência, como o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas (LUHMANN, 1983, I, p.44-45). Ou seja, de início já se reconhece o perigo de desapontamento em uma escolha contingente, mas este perde relevo quando comparado à necessidade, devidamente justificada, de assumir-se riscos.

Dada essa situação existencial é que se desenvolvem estruturas correspondentes para absorver e controlar o problema da complexidade e da contingência. Com base no entrelaçamento das premissas da experimentação e do comportamento é que surge um resultado seletivo (sistema), para a estabilização dos desapontamentos. Esse resultado seletivo, que deve ser com base em uma forma comprovada de seleção, que tenta ser imune a desapontamentos, aparece com o sentido, cuja identidade pode ser apreendida, e é onde se ancoram as expectativas.

A partir da introdução de um elemento de perturbação, entendido como *outros sentidos, outros homens (alter ego)*, a complexidade e a contingência se constituem de forma plena. Com isso surge o problema da dupla contingência do mundo social. Um mundo complexo onde se deva captar, absorver as expectativas e experiências de um - e vários outros "eu" - onde o acerto de um pode significar o engano de outros, a decepção.

Por isso, as expectativas exercem especial relevo na teoria de Luhmann, e como assevera, as estruturas de expectativas devem ser construídas de forma mais complexa, variável. E ante a complexidade e multiplicidade de temas, desponta a necessidade de se produzir confiança, de que comportamento dos outros deve ser expectável (expectativas sobre as expectativas). (LUHMANN, 1983, I, p.47).

Ante uma multiplicidade de temas, pessoas e expectativas, estas últimas se sobrepõem, causando rejeições e aumentando o risco de erros. Isso leva à

---

<sup>17</sup> A função do direito não é a de controlar condutas; se as condutas fossem controláveis, o direito seria despiciendo. A conduta é sempre contingente, ou seja, é algo que é como é, mas poderia ser de outra maneira (MANSILLA in LUHMANN, 2002, p. 30). Contingência pode ser compreendida como liberdade de escolha, mas, ao mesmo tempo, decorre a obrigação de escolher, e protege a expectativa de condutas.

necessidade (i) de estabelecer orientações congruentes, e (ii) de criação de reduções, simplificações, abrandamentos, que poderão ter a forma física ou social<sup>18</sup>.

Os sistemas sociais devem, portanto, utilizar-se de um estilo de redução que estabilize as expectativas objetivas, vigentes, pelas quais as pessoas se orientam, seja na forma do dever ser ou determinações qualitativas que conduzam a uma redução generalizante, “sínteses regulativas de sentido” que criem segurança em termos de expectativas. (LUHMANN, 1983, I, p.52).

Essa segurança pode ser alcançada por meio de expectativas psíquicas ou por meio de normas sociais. Com isso surge o papel da orientação através da regra, que dispensa a orientação através das expectativas, absorvendo-a ou, ao menos, reduzindo-a<sup>19</sup>.

A constante referência à complexidade e à contingência no âmbito da experimentação acrescenta às expectativas concretas a função de uma “estrutura”, definida por uma propriedade, uma constância relativa em prol do fortalecimento da seletividade, que delimita o optável. Nas palavras de Luhmann:

“elas transformam o indefinido em palpável, a ampliação em redução”, “as estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades” e ainda, do ângulo do sistema psíquico, “elas regulam o medo”. (LUHMANN, 1983, I, p.53-54).

---

<sup>18</sup> Cf. assevera Luhman, “as simplificações, inevitáveis na busca de orientação, precisam estar, ao mesmo tempo, imunizadas contra o risco do erro. Elas precisam, em outras palavras, poder preencher sua função estruturalizante até mesmo quando interpretam erradamente a realidade ou as expectativas da realidade.(LUHMANN, 1983, I, p.51)

<sup>19</sup> “Nessa medida, a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência. Mas também é necessário absorver a relação inversa. Na experimentação e no comportamento fáticos sempre se pode escapar de tais regras, na medida em que esteja em condições de esperar corretamente, em termos fáticos e corretos, expectativas sobre expectativas. Nesse caso a regra pode ser novamente retrocedida ao nível de uma adequação concreta em termos de expectativa, e o entendimento mútuo fornece a base para um comportamento que altere, modifique, ou transgrida a norma”. O autor reconhece a flexibilidade da estrutura normativa, bem como a impossibilidade da vigência de uma norma para todos os momentos e todas as expectativas, onde conclui: Dessa forma, a vigência de normas reside em última análise na complexidade e na contingência do campo da experimentação, onde as reduções exercem sua função. (LUHMANN, 1983, I, p.53).

Como dito anteriormente, a par das vantagens da adoção de uma estrutura, o autor não descarta o problema do desapontamento. Ele o reconhece como imanente ao processo de racionalização das estruturas, que deve envolver uma dosagem da relação entre uma complexidade sustentável e carga suportável de desapontamentos que atue como um serviço de manutenção e reparos na estrutura. (LUHMANN, 1983, I, p.55).

É através de uma diferenciação das expectativas cognitivas e normativas que, em caso de desapontamentos, a primeira se adapta à realidade (disposição de assimilação em termos de aprendizado) enquanto a segunda não é abandonada quando alguém a transgride(recusa), Luhmann conceitua as normas como expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos<sup>20</sup>, cujo sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto, também é institucionalizada, independente da satisfação fática ou não da norma.

Com o uso de uma dupla estratégia (com base na necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas), a sociedade se desloca e articula ao nível normativo quando necessário, de forma a minimizar o risco de erros, podendo, inclusive o desapontamento levar à formação de normas através de uma normatização *a posteriori*, como uma forma de surgimento do direito a partir da visualização de desapontamentos, ainda que a tendência, na maioria das vezes, seja de isolá-los e tratá-los como exceção.

A repercussão dos desapontamentos das expectativas normativas, extravazando os casos individuais, demonstrada através da força da reação, desponta para a necessidade de mecanismos transindividuais de excitação e tranquilização, onde o sistema social deve orientar e canalizar os desapontamentos<sup>21</sup> das expectativas para (i) impor eficazmente expectativas corretas(p. ex. normas jurídicas em sentido amplo) e (ii) criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipam a desapontamentos, ou seja: normativas.

---

<sup>20</sup> Visando a lógica de relação entre o antecedente e o conseqüente.

<sup>21</sup> A canalização e o arrefecimento de desapontamentos de desapontamentos fazem parte da estabilização de estruturas, segundo Luhmann (1983, I, p.67)

As expectativas normativas têm de ser direcionadas de forma a serem bem sucedidas, convivendo com o desapontamentos de alguns, como aponta Luhmann, dentro de um grau tolerável de conflito declarado, o qual chega a ser considerado como condição para a manutenção do sistema social em um ambiente demasiadamente complexo (LUHMANN, 1983, I, p.77).

O modelo inicial dualístico de Luhmann (aquele que espera/aquele que atua conforme ou contra a norma) prevê apenas dois tipos de posições e um reduzido grau de complexidade. Mas ao incorporá-lo à dimensão social de formação do direito surge a necessidade de participação de terceiros que, ainda que num dado momento não façam parte do processo de formação das normas, eventualmente estão (ou serão) inseridos atraídos para uma participação mais concreta na formação do processo decisório.

Daí surge a necessidade de institucionalização das expectativas para a o melhor aproveitamento de um mínimo de experiências simultâneas e sinônimas, distribuindo-as igualmente entre os significados e os momentos socialmente relevantes, tornando o consenso expectável e ativável caso necessário, mas principalmente expandindo as predisposições ao consenso, de tal forma que o consenso social geral só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos. (LUHMANN, 1983, I, p.77).

Essa expectativa sobre as expectativas institucionalizadas amplia a interação para além do sistema imediato de interação (relação dualística inicial) e criam forma de instituições culturalmente relevantes, dotadas de um caráter objetivo que transcende os interesses individuais.

Para enfrentar os inúmeros problemas da complexidade social e conservar a garantia institucional das expectativas normativas, surgem duas propostas de destaque: o desenvolvimento do contrato enquanto instituição e a formação de grupos de referência. A primeira se destaca não por uma função de redução das expectativas, mas por submeter as partes (pessoas), por meio de suas declarações, a uma concordância que sirva de freio ao arbítrio. Esta última surge para limitar a participação de terceiros, limitando-se a institucionalizações parciais de um grupo mais restrito, mas que não perdem a

sua relevância devido a amplitude dessas expectativas institucionalizadas que se projetam para o campo normativo.

Mas ao migrar a proposta de institucionalização ao grupo restrito dos juristas, esta encontra maiores problemas: ela vale para todos enquanto o direito atua como elemento de integração da sociedade. Para isso Luhmann busca outra solução, valendo-se da diferenciação de papéis especiais e sistemas parciais com poder decisório sobre o direito, de efeito vinculativo em termos sociais globais.

A diferenciação dos papéis especiais para a concessão de consenso normativamente relevante possui a forma básica da "institucionalização do institucionalizar expectativas comportamentais"<sup>22</sup>, onde se formula o que será esperado normativamente.

Esse papel adquire relevância no campo do Direito pois, a partir do ângulo do indivíduo e de terceiros, o magistrado encontra limites de atuação de forma a não frustrar as expectativas normativas consensualmente estabelecidas, através de um mecanismo de estabilização das estruturas de expectativas imunizadas contra um certo grau de contradição, que têm de ser vinculáveis a justificativas cognitivamente plausíveis para os desapontamentos.(LUHMANN, 1983, p.94)

Outro aspecto positivo para a formação e aplicação do direito reside na proposta Luhmaniana de "conservação e reativação de expectativas", sedimentando-as como um acervo cultural. Não é necessário criar-se constantemente suas expectativas a cada caso, ou deduzi-las a cada situação; podemos reproduzi-las e fundamentá-las sempre que necessário, a partir de um contexto organizado em termos de sentido. (LUHMANN, 1983, I, p.98).

---

<sup>22</sup> Cf. Luhmann (1983, I, p.93) "A diferenciação dos papéis especiais para a concessão do consenso normativamente relevante possui a forma básica da institucionalização do institucionalizar expectativas comportamentais(...)a experimentação fática reduz essa estrutura, e ,muito mais ainda, a forma compacta do "dever ser". (...)Ela apresenta não só a antes discutida possibilidade de diferenciar-se entre os componentes cognitivos e normativos das expectativas (por exemplo: esperar cognitivamente expectativas normativas do juiz). Ela também permite estabelecer a ligação entre o anonimato difuso e não localizável das expectativas de terceiros com a prática decisória do juiz, recorrível e influenciável.

Por fim, cumpre diferenciar o conceito e a função da positividade do direito, pois ele adquire outros contornos frente à visão sociológica proposta por Luhmann. A partir da visão sociológica tradicional, a positividade vai além uma concepção dogmática, pois a sociologia do direito não reconhece uma “fonte” dotada de força própria. O fato de uma lei ter entrado em vigência não quer dizer que a norma “nasceu” naquele momento<sup>23</sup>, ela apenas foi formalizada naquele ato, pois o surgimento das concepções normativas adquire um caráter atemporal, devendo-se recorrer à dimensão temporal apenas para o reconhecimento da complexidade do direito, reconhecendo, no direito positivo, uma ferramenta de incremento da legitimidade das decisões. Com isso, o direito ultrapassa os limites da teoria kelseniana para passar a vigor não apenas a através de leis e outros atos normativos em sentido formal, mas também das decisões, dentro ou fora dos tribunais<sup>24</sup>.

Ou seja, ao contrário da suposição sociológica tradicional de que a positividade é um fruto da ortodoxia jurídica, e que esta, por sua vez, é simplesmente o resultado das condições sociais gerais, na realidade a positividade significa que o Direito passa a ser visto pela legislação como modificável a partir do momento que as normas se apresentam de outra ótica e em outro contexto para o legislador, mas sempre com vistas a criar um referencial adequado, funcionalmente específico à variação apreensiva ou para a manutenção inalterada do direito.

A proposta inicial de Luhmann em suas lições de sociologia do direito já preconizava um sistema jurídico que reconheça, nos processos, sistemas sociais institucionalizados para a seleção de decisões coletivamente vinculativas que mais tarde podem atingir, por meio de uma construção

---

<sup>23</sup> Cf. Luhmann: “O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador ( e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes.” ( LUHMANN, 1983, II, p.8.)

<sup>24</sup> Quando o direito é positivado, não só os que decidem têm que aprender a aprender. Muito mais o precisam os atingidos por essas decisões. (...) A legitimidade da legalidade, portanto , não caracteriza o reconhecimento do caráter verdadeiro de proposições vigentes, mas sim processos coordenados de aprendizado, no sentido que os afetados pelas decisões aprendem a esperar conforme as decisões normativamente vinculativas, porque aqueles que decidem, por seu lado, também podem aprender.(LUHMANN, 1983, II, p. 63)

consciente, o plano legislativo do estabelecimento do direito – a positivação formal. Com isso, o direito cumpre sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

A esse respeito, Luhmann destaca que “o sistema jurídico romano e o germânico não se traduziram plenamente em direito positivo. O critério não está na “fonte do direito”, no ato individual da decisão, mas sim na experimentação constante e atual do direito. (LUHMANN, 1983, vol II, p. 9).

Concluindo: o Direito tem que comunicar expectativas de comportamento e fazer com que elas sejam reconhecidas. Tem-se que seu significado social é reconhecido quando há conseqüências sociais justamente em virtude de que ele pode estabilizar expectativas temporais. Portanto, para Luhmann, o direito deve: (i) expressar expectativas de comportamento; (ii) comunicar tais expectativas; e (iii) fazer com que elas sejam reconhecidas.

Percebe-se que essa introdução à proposta luhmaniana para fundamentação do direito não reside, portanto, numa concepção dogmática da vigência das normas em normas superiores como defendia Kelsen, mas sim em uma relação circular, uma fundamentação através de processos reflexivos da expectativas das expectativas visando a formação de uma expectativa normatizada que se deseja imunizar frente a decepções<sup>25</sup>.

É a partir desse corte epistemológico<sup>26</sup> com as demais teorias do Direito, que se encontra, em Luhmann, uma teoria apta a averiguar a evolução normativa do sistema jurídico das sociedades modernas (dada sua complexidade), com uso do arcabouço teórico da sociologia do Direito e da Teoria dos Sistema Sociais, onde se delimita o problema da Justiça mediante distinções feitas a seguir: (i) como autorreferência (observação); (ii) como programa (projeção de unidade entre programas); (iii) como norma.

---

<sup>25</sup> Cf. Luhmann, (1983, I, p.66)

<sup>26</sup> Um conceito fundamental no interior da epistemologia de Gaston Bachelard. Designa e explica as rupturas ou as mudanças súbitas que acontecem ao longo do processo de evolução do conhecimento científico na busca de uma crescente objectividade, em que o racional, que é construído, se vai sobrepondo num esforço constante ao consciencial, que é meramente subjectivo. A evolução do conhecimento científico é descontínua e acontece por oposição aos sistemas anteriores, numa procura de ultrapassar os obstáculos epistemológicos que neles se patenteiam. Corte epistemológico. In Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. [Consult. 2011-02-19]. Disponível na www: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$corte-epistemologico](http://www.infopedia.pt/$corte-epistemologico)>.

### 1.3 Conclusões

Luhmann assevera que, observado do ponto de vista ético, pode-se desejar um Direito Justo, mas propõe uma separação entre justiça e juízo moral para justificar um sistema jurídico operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto<sup>27</sup>.

A ideia de justiça em Luhmann pode ser entendida como fórmula de contingência do sistema jurídico e de controle das expectativas sociais, cuja finalidade seria justamente fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas, permitindo a superação das teorias jusnaturalistas e juspositivistas, obtida mediante a indicação de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que se desvincula de tais proposições.

Esta forma de autocontrole seria proporcionada justamente pelo conceito de justiça que, para cumprir essa função, deve ser reelaborado a partir da teoria sistêmica da evolução proposta por Luhmann, onde descreve e explica o fato de que um sistema autopoietico (como o Direito), determinado estruturalmente, é capaz de alterar suas próprias estruturas e a forma de realizar suas próprias operações, recorrendo ao esquema de observação que utiliza as três categorias de: (i) variação; (ii) seleção (de variações) e (iii) estabilização (e re-estabilização).

A abstração presente na Teoria da Sociedade de Luhmann serve, portanto, de ferramenta conceitual para questionar a evolução do sistema de

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, a abertura cognitiva do Direito diante da sociedade surge porque a vontade do soberano não mais pode determinar o curso de um julgamento e derrogar o Direito no caso particular para preservar uma suposta "paz do reino", como denotava a retórica da "razão de Estado", do Medievo. O Direito é aberto à sociedade porque qualquer caso concreto que chega aos tribunais não pode deixar de ser julgado ao argumento de ofender uma lei natural, ou a moral de uma comunidade religiosa, ou mesmo uma lei divina (Bíblia, Alcorão). a abertura surge porque as várias assimetrias que orientavam, de modo dominante, a comunicação social na pré-modernidade - e que propiciava diversas classes de sujeitos com estatutos jurídicos e políticos diversos - perde relevância social., a prestação jurisdicional não mais pode ser considerada como uma ferramenta de governo que um "nobre" possa impor diante dos súditos de forma dinástica" (MAIA, 2006, p. 187.)

Justiça brasileiro, ao desconstruir proposições metafísicas e oferecer distinções mais convincentes sobre a aplicação do Direito.

É nesse ponto que verifica-se uma opção por adotar Niklas Luhmann como marco desta pesquisa, até mesmo nele o conceito de Justiça encontra melhor fundamento, restando evidente que não há neutralidade na relação entre o Direito e a Justiça, pois dentro da sociedade existe uma inegável comunicação e, por conseguinte, existe uma co-irritação entre Direito e Justiça demonstrada pela fórmula da contingência que serve para justificar uma visão do Direito como sistema de regulação e controle das expectativas sociais<sup>28</sup>.

Enfim, a dinâmica dessa introdução demonstra, além de uma opção por uma pesquisa interdisciplinar<sup>29</sup>, a necessidade, como acentua Miguel Reale, de que essa "perene atualização do justo" nos instigue a aprofundar a pesquisa sobre o tema<sup>30</sup>, razão pela qual chega-se, neste ponto, à conclusão

---

<sup>28</sup> Quanto à importância e à viabilidade de todas as outras teorias para o desenvolvimento dessa pesquisa, conquanto todas sejam passíveis de elogios ou críticas do ponto de vista metodológico e de conteúdo, verifica-se que se constituem instrumentos sobretudo úteis, porém secundários, para se avaliar a forma em que se dá o acesso à justiça, a evolução normativa do sistema jurídico brasileiro e as propostas normativas a serem apresentadas.

<sup>29</sup> Merece registro, ainda, que a adoção de premissas advindas da teoria luhmaniana não repele por completo outras teorias como a do positivismo jurídico, revelando um caráter complementar. Conquanto uma dogmática jurídica possa afirmar que a sociologia do direito se serve de conceitos elaborados pela ciência jurídica e acabe limitando o universo do fenômeno jurídico a uma visão restrita da realidade, a sociologia jurídica se utiliza de algumas interpretações dogmático-jurídicas como um meio de análise dos fatores empiricamente constatáveis. Cada um analisa o Direito de forma peculiar mas, de forma alguma, excludente. Enquanto uma dogmática jurídica estabelece uma forma de se elaborar e organizar normas dentro de um sistema coerente, a sociologia do direito atua do outro lado verificando se aquelas normas efetivamente estão sendo seguidas e em que grau pelos seus destinatários, de modo que surjam normas cada vez mais eficientes e que cumpram o fim almejado pela justiça

<sup>30</sup> Essa correlação entre Direito e Justiça, entre o que o homem vai realizando como jurídico e o que ele, através da história, se propõe como justo que deve ser alcançado exclui qualquer concepção formal de justiça, a qual não pode deixar de ser estudada na concretude do processo histórico. No fundo, o jurídico é uma experiência feliz ou malograda de Justiça e, mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de Justiça que nos anima e nos impele através do tempo. (REALE, 2009)

da necessidade de se optar, neste trabalho, por uma visão sob a ótica luhmanniana acerca da Justiça e do Direito como hipótese metodológica<sup>31</sup>.

#### **1.4 A Teoria dos Sistemas Sociais (*Theorie Sozialer Systeme*)**

Preocupado com o que chamava de uma crise teórica da sociologia, Niklas Luhmann elaborou, ao longo de sua vida acadêmica, ao observar o fenômeno da modernidade, uma teoria da sociedade de caráter multidisciplinar, partindo da premissa que a sociedade moderna baseia-se na existência de sistemas sociais operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos.

A idéia da autopoiese<sup>32</sup> surge na teoria dos sistemas a partir da introdução da teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela, a qual definia a organização dos seres vivos como uma organização autopoietica, onde eles se reproduzem por meio de determinadas relações. No campo de aplicação do direito, Luhmann transpôs esse conceito à Teoria dos Sistemas Sociais, resgatando seus argumentos da complexidade da sociedade moderna e das inúmeras informações e possibilidades de comunicação.

---

<sup>31</sup> A sociologia jurídica também não chega a pregar o abandono da dogmática, até mesmo porque reconhece a legislação como uma forma de controle das expectativas sociais, isso sem retirar-lhe a capacidade de formular seus conceitos e interpretações próprios. Com isso, não se parte, nessa pesquisa, de posições extremadas uma relação da norma para com os indivíduos ou inverso. Ainda que para o objeto de uma sociologia jurídica basicamente o que importe seja a verificação do comportamento dos indivíduos segundo determina o sistema jurídico, e uma dogmática possa ir de encontro a isso, elas revelam um caráter complementar útil para o desenvolvimento dessa pesquisa. Ainda, segundo Kantorowicz, “a Dogmática sem a Sociologia está vazia. A Sociologia sem Dogmática está cega” (apud FARIÑAS DULCE, 1989, p. 73). O que se deve reconhecer, a bem da verdade, são duas abordagens distintas - não excludentes - de se encarar o fenômeno do Direito. Ou seja, não se trata de defender a prevalência da sociologia jurídica em relação à ciência do direito como pensavam Kantorowicz e Erlich ou, de maneira contrária, a primazia da segunda para com a primeira, como entendia Hans Kelsen., mas sim analisá-las reconhecendo uma carga de harmonia e coerência interpretativa.

<sup>32</sup> Pode compreender que o termo autopoiese surge da combinação das palavras gregas autos (por si próprio) e poiese (criação ou produção), cf. NEVES (2007, p.60)

Com isso, o sociólogo tenta traçar a distinção entre o sistema e o ambiente<sup>33</sup>, onde este sempre será mais complexo que o sistema, o que resulta na impossibilidade do sistema reagir a cada estado do ambiente. Surge então a diferenciação que a teoria dos sistemas traça entre ambos, acompanhada de uma série de outros problemas que nos forçam a tratar estratégias de seleção como um modo de gerir as infinitas possibilidades de comunicações (hipercomplexidade) que nos forçam a tomar decisões.

Esse volume e complexidade de informações nos leva ao estabelecimento de núcleos reflexivos sobre tais informações, nos quais a comunicação anterior produz nova comunicação, e assim, se produz um núcleo de “sentido” (*sinn*)<sup>34</sup>, como um dos pressupostos para o sistema, que não necessita possuir sentido senão dentro dele, onde encontra sua funcionalidade pela sua reprodução e utilização como um meio. Com isso, o mundo (*welt*) e as demais formas de sentido não são observáveis, descartando-se as demais formas de sentido.

O código com o qual opera o direito é o código binário direito/não direito que surge como forma de distinção com a qual um sistema observa suas próprias operações e define sua unidade, ocorrendo a chamada *corrupção* do sistema sempre que ele operar sem obediência ao seu próprio código. Ou seja, ao sistema jurídico só interessam as comunicações que se referem à legalidade ou ilegalidade, pois o não direito também interessa ao sistema do direito. Em suma, “o sentido produzido no sistema e pelo sistema não está baseado em um mundo como realidade externa, mas sim nas formas de sentido que são produzidas no interior do sistema. Ou seja, para o sistema torna-se observável aquilo que lhe faz sentido na observação. A forma ou sentido da observação já é uma diferenciação pela qual o sistema se diferencia do ambiente, é o seu peculiar ângulo de observação seletiva do mundo como ambiente” (VIANA, 2010, p.74).

---

<sup>33</sup> Os sistemas estão orientados pelos seus ambientes e a eles se adaptam. Eles se constituem e se conservam como tais ao criar e manter a diferença de seus ambientes, e seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença

<sup>34</sup> Cf. VIANA, 2010, p. 72

Portanto os sistemas surgem como núcleos de processamento autorreferencial de sentido, selecionando as informações do ambiente que lhe fazem sentido e produzindo uma “racionalidade social” que não se confunde com a idéia de razão universal, um abandono da realidade que apenas leva em consideração o seu sistema, seu ambiente e suas formas de sentido, fundado na necessidade de redução da complexidade das informações do ambiente.

Mas esse fechamento operacional não se dá de forma absoluta, pois Luhmann também introduziu, em sua teoria, a necessidade de comunicação de sentido entre as “irritações”(irritationem) que surgem dentro das operações, que acabam por repercutir na autorreprodução de um subsistema, culminando, em determinados casos, com a possibilidade de ressonância(resonanzfahigkeit) - o resultado positivo de admissão por meio de uma filtragem dos estímulos(irritações) advindos do ambiente, de acordo com seus critérios próprios de seletividade<sup>35</sup>.

As irritações surgem como uma confrontação na ordem interna do sistema com os eventos externos. Nesse sentido, Viana (2010, p.82) exemplifica:

“o subsistema do direito orienta sua seletividade das irritações sistêmicas pelo código binário do lícito/ilícito, constitucional/inconstitucional, que também pode ser expressado, em seus limites externos ( as “fronteiras” do sistema com sua ambiente), como “direito/não direito”.

Nessa análise, o direito é considerado um sistema fechado sob o aspecto normativo(mas cognitivamente aberto), autorreferencial, pois produz,

---

<sup>35</sup> Essa seletividade a que Luhmann se refere pode ser definida como um critério de filtragem pelo qual as informações passam pelo código binário (sim/não), com o qual o sistema conserva sua capacidade de autorreferência, criando um núcleo de sentido capaz de reduzir a complexidade do ambiente, e proporcionando um fechamento operacional. Também revela-se necessária, neste ponto, breve aclaração sobre o conceito de programa (*programm*), que surge como um instrumento distinto do código binário luhmanniano, um complexo de condições de verificação de correção que tenta amenizar o rigor deste código, submetendo outros valores, onde a programação, com o auxílio do código binário, produz a diferenciação do sistema com o ambiente e permite a reprodução autopoietica(quando estabelecidas operações inovadoras dentro dos subsistemas parciais) e põe fim a uma eventual tautologia autorreferencial que poderia ser gerada pela mera repetição do código binário, impedindo o fechamento operacional do sistema e sua autopoiese (autorreprodução)

enquanto unidade, tudo o que ele utiliza, a exemplo dos sistemas autopoieticos (autocriadores) da terminologia utilizada por Humberto Maturana. Essa concepção, paradoxal para muitos, implica no uso da autopoiese associado a “irritações” do ambiente, tornando os programas do ambiente adaptáveis a fatos sociais externos.

São exatamente tais fatos sociais que possibilitam uma abertura cognitiva do sistema, ou seja, permitem que o código binário (direito/não direito) busque informações na periferia de seu sistema (sociedade),

Essa combinação entre fechamento e abertura, permite que o processo seja, a exemplo dos sistemas cibernéticos de W.R. Ashby (que influenciaram Luhmann), abertos à energia, mas fechados à informação e ao controle, adaptando-se aos fatos sociais externos.

A seletividade dos sistemas constitutivos de sentido deve, então, ser observada de dentro do sistema, para não gerar o desapontamento das expectativas. Com isso, alter e ego devem determinar seus conteúdos dentro de seus limites para afastar o risco da dupla contingência, criando uma autorreferência, uma estrutura interna de sentido a que se ligam as suas próprias operações.

Ainda no que diz respeito ao sistema do direito, este se vale de uma forma específica de auto-observação a partir da diferenciação sistema/ambiente, Viana (2010, p.87) exemplifica:

Na aplicação da norma na decisão jurídica abre-se à dimensão social e objetiva para analisar autorreferencialmente os fatos ocorridos no ambiente que possam ter algum sentido jurídico, ou seja, utilizando a linguagem da teoria geral do direito, possa constituir um fato jurídico. Sem isto, o direito deixaria de evoluir e de adaptar-se à dimensão social e suas modificações, somente reproduzindo decisões que tautologicamente remeteriam a normas, sem ocupar-se das alterações fáticas ligadas às já mencionadas dimensões temporais, objetivas e sociais operadas no ambiente. Desta forma, os fatos do ambiente serão analisados juridicamente (autorreferência).

Luhmann esclarece, ainda, que no sistema social do Direito suas operações não se realizam apenas no interior do sistema jurídico, pois, assim

como os demais sistemas sociais parciais ele se vale da linguagem como meio de comunicação extrassistêmica<sup>3637</sup>, assinalando que:

Como sistema social e como realização da sociedade, as operações do sistema jurídico possuem características que não se efetuam tão somente no sistema jurídico. Isso vale para todas as formas de comunicação, como, por exemplo, para a atualização do sentido e para a possibilidade de compreensão da diferença entre a ação de tomar parte na comunicação e a informação. Ademais, isso é válido acima de tudo para o mecanismo de concentrar a atenção, por intermédio da linguagem, no acoplamento estrutural entre consciência e comunicação. Para tal fim, o sistema jurídico utiliza a linguagem para comunicar, pressupondo possibilidade de conexão fora do sistema. (LUHMANN, 1995, p.111)

Apesar de suas comunicações, o sistema realiza suas operações em condições de absoluta autonomia, onde o ambiente pode afetar o sistema apenas à maneira de irritações que são reelaboradas internamente.

As irritações são, portanto, construções internas resultantes da confrontação de eventos com estruturas do sistema, sendo sempre uma auto-irritação.

Por fim, através do conceito de acoplamento estrutural, ocorre a adaptação permanente entre sistemas diferentes (ex. direito e economia), que mantêm, não obstante, sua especificidade, e se adaptam ao seu ambiente. Tal acoplamento é que permite o duplo efeito de inclusão e exclusão, além de concentrar e selecionar as irritações do ambiente, permitindo assim sua convivência.

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, Viana (2010, p.89) assinala que mesmo na comunicação intra ou extrassistêmica o subsistema jurídico nunca deixa de referir-se a seu código próprio, ao qual se subordinarão internamente todas as operações autorreferenciais do sistema. Colocando de outro modo, para a preservação de sua autorreferência e autopoiese, o direito constitui programas normativos dentro do seu sistema.

<sup>37</sup> Apesar de o Direito utilizar uma forma especial de comunicação, através unidade da diferença direito/não direito, vale ressaltar que isso não o coloca acima de nenhum outro sistema, ele deverá enfrentar a racionalidade de outros sistemas que também se desenvolvem numa lógica própria, o que revela uma proposta não para justificar o Direito, mas sim para descrevê-lo.

## 1.5 O Papel dos Tribunais no Sistema Jurídico

A ordem geral do sistema do direito pode ser vislumbrada no fato de que a relação entre sistema e ambiente dos subsistemas é limitada pelas disposições que regulam as relações entre sistemas. Tais disposições podem prever graus diferenciados de liberdade e integração, segundo a própria evolução do sistema. Luhmann (2002, p. 360) realça o papel dos tribunais e legisladores, traçando, conforme o caso, maior diferenciação e maiores graus de liberdade no interior do sistema. O que importa ressaltar, neste ponto, é o posicionamento dos tribunais como sistemas parciais, ou subsistemas, do direito.

A partir das constatações de que não há como retirar dos tribunais sua competência de interpretar as leis, os tribunais devem decidir até que ponto podem se utilizar da interpretação para decidir e até que ponto devem exigir do legislador que altere o direito positivo<sup>38</sup>.

Assim, do século XIX em diante, os poderes de interpretação dos juízes têm crescido de uma maneira ampla, onde os magistrados deparam com a questão: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa. Isso significa, para Luhmann (2002, p. 366), aplicar a igualdade aos casos concretos através da utilização das mesmas regras. Uma interpretação de uma lei deve ser justa. Pontos de vista de justiça restringem tanto a necessidade de decidir como a liberdade de buscar razões para tanto. É onde se identifica a tríade: necessidade, liberdade e restrição que produz o direito em Luhmann.

Com a necessidade de fundamentação das decisões e com a premissa geralmente aceita de que o Judiciário só age sob provocação, torna-se seguro que a decisão seja concreta e que o desenvolvimento de regras se dê paralelamente. Já com o apoio da relação assimétrica entre legislação e jurisprudência e de meios conceituais derivados, como a doutrina das fontes do

---

<sup>38</sup> . "Y sólo esta concepción de tarea judicial es la que posibilita llegar a prohibir la denegación de justicia y a exigir que los tribunales deban decidir sobre todos los casos que les presenten" (LUHMANN, 2002, p. 365).

direito, busca-se evitar a circularidade da assunção da idéia de que o tribunal cria o direito que aplica.

Isso porque uma decisão judicial não estaria determinada apenas pelo passado, mas operaria dentro de sua própria construção, o que só é possível no presente e, por outro lado, também tem conseqüências para o próprio futuro.

Com isso, a decisão não se deixa determinar pelo passado, mas busca determinar o futuro, ainda que isso seja parcialmente impossível diante da contingência de novas decisões. Por isso os tribunais se preocupam com as conseqüências de suas decisões e buscam legitimá-las pela valoração daquelas. Já que não é possível determinar todas as conseqüências diante de novas decisões, é que surge a ilusão de que o passado determina a decisão, entendido este como procedimento (LUHMANN, 2002, p. 371).

Com a modernidade, ficou assente que qualquer demanda requer uma decisão, ainda que não prevista na lei. Apenas com isto, o juiz deixou de ser mero servo da política. O juiz deve encontrar algo em que possa se fundamentar e que justifique o início da ação. Para que haja a capacidade da decisão, é necessária a previsão institucional, tornando o sistema do direito universalmente competente e capaz de decidir. Tal combinação se evidencia no princípio da não denegação da justiça. Mesmo nos denominados *hard cases*, os tribunais devem tomar uma decisão, não obstante as regras para tanto sejam duvidosas (LUHMANN, 2002, p. 376).

A obrigação de decidir traz conseqüências nos procedimentos de que se utilizam os tribunais. O sistema do Direito se orienta por regras de decisão (programas) que servem para especificar pontos de vista de seleções. Ao final, importam apenas os valores do código direito/não direito com os quais é possível julgar, não importando os aspectos moralistas, políticos ou econômicos. O sentido de um sistema do direito que se apóia na Constituição tem que ver com a garantia procedimental (aceitabilidade racional), já que o processo não pode prometer a cada um que o direito decidirá a seu favor.

Mas o Poder Judiciário vem sofrendo, na ótica de Luhmann, de uma certa debilidade metodológica, uma perda de certeza, a queda das diretrizes

dogmáticas e a crescente falta de limites entre legislação e jurisprudência, todas como consequência da necessidade de que se decida. E por isso cresce a importância de um olhar crítico sobre os tribunais<sup>3940</sup>.

Assim, é o imperativo de decidir que distingue os tribunais das demais instituições do sistema do direito. Os tribunais, ao contrário de outras instituições de direito, devem decidir qualquer caso que se lhes apresente<sup>41</sup>. Só a eles cabe manejar o paradoxo do sistema. Eles devem transformar a indeterminação em determinação; só eles podem transformar necessidade em liberdade.

O legislador fixa as condições com as quais os tribunais podem entender, aceitar e praticar a adjudicação: isto nada mais é do que firmar sua existência. Assim, Luhmann (2002, p. 383) propõe a substituição da cadeia hierárquica por uma diferenciação entre centro e periferia. A organização da jurisdição seria um sistema parcial no qual o sistema do direito tem seu centro.

A tomada de posição da magistratura significa que o juiz se subordina a restrições de comportamento que não são válidas para qualquer pessoa, ou seja, ele deve atender à produção de regras jurídicas voltando-se para os *standards* metodológicos e de conteúdo vigentes.

Ainda para responder à impossibilidade de se decidir quando o conjunto das normas é insuficiente, Luhmann apresenta seus questionamentos à metáfora do “décimo segundo camelo<sup>42</sup>”, advertindo que a proposta kelseniana de externalização do paradoxo do Direito constitui solução insatisfatória (LUHMANN, 2004, p.42, 33-107), ante a introdução de uma referência externa(valor lógico do ambiente) para completar a ausência da

---

<sup>39</sup> Cf. LUHMANN, 2002, p. 380.

<sup>40</sup> Cumpre ressaltar que a crítica de Luhmann não se dirigiu, de forma específica, à experiência brasileira, mas sua preocupação ganha relevo ao longo desta pesquisa, conforme estudo de caso realizado no item 2.6 da pesquisa.

<sup>41</sup> Submetido de maneira irrestrita às pressões de seu meio (entorno) social, o sistema do direito é incapaz de se concentrar em determinadas perturbações, contudo não pode se furtar a elas. Particularmente no ordenamento constitucional brasileiro em razão de comando explícito: nenhuma questão de lesão ou ameaça a direito será (deveria ser) excluída da apreciação do Poder Judiciário. (CHAI, 2004, p. 63-64)

<sup>42</sup> Dilema oriundo da matemática, relatado também por Malba Tahan, que envolve industriosa solução para a divisão de um número primo em partes com diferentes fatores de proporcionalidade – no caso, a divisão do número de camelos (11) entre os três herdeiros.

impossibilidade da decisão, onde entram os recursos argumentativos a valores alheios ao sistema de referência, de forma a gerir o paradoxo da auto-referência. Nesse sentido ressalta:

Há também assimetrias no sistema jurídico. Nenhum sistema pode livrar-se delas, pois isso significaria existir com tautologia pura e em total "indeterminabilidade". Contudo, todas as assimetrias precisam ser introduzidas dentro do sistema jurídico através de orientações cognitivas, articulando orientação para aprendizado (tradução livre).<sup>43</sup>

No centro da teoria luhmaniana sobre o direito, encontram-se os juízes e os tribunais e na periferia o contato com os demais sistemas. A mediação desse contato com os sistemas político e econômico, por exemplo, ocorreria, respectivamente, através da legislação e dos contratos. Em última análise, caberia aos tribunais, no centro do sistema, interpretar e definir a validade das leis e dos contratos (Luhmann, 1994).

Como foi afirmado anteriormente, se é na periferia que surge o contato com os demais sistemas (social, econômico, etc.), onde as irritações se formalizam, o papel dos tribunais como centro do sistema possui uma zona de atuação notadamente menor justamente porque eles trabalham no código binário do direito/não direito.

Assim, merece destaque o papel dos tribunais como instituição responsável pelo fechamento sistêmico efetivo. A partir de tais constatações, valida-se a necessidade de uniformização das expectativas normativas, seja pelo uso de jurisprudência vinculante ou outra forma de controle hermenêutico, um fechamento autopoiético, na ótica de Luhmann.

Portanto, verifica-se que o papel dos tribunais e da jurisprudência justifica-se não como uma imposição, mas sim como um critério de fechamento autopoiético do sistema<sup>44</sup> - refletida pelo nosso sistema recursal, a qual deriva

---

<sup>43</sup> (...) there are also asymmetries in the legal system. No system can get by without them, for this would mean existing as pure tautology in total indeterminability. However, all asymmetries must be introduced into the legal system via cognitive operations, and they thus articulate willingness to learn. (LUHMANN, 1988, p.22)

<sup>44</sup> Que, no entanto, não implica na desvalorização das decisões de grau inferior que a contrariem, pois as irritações/vibrações do sistema podem levar a aprendizados, de

da notória incapacidade se viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa sem recorrer a alguns "filtros pragmáticos" das demandas que merecem revisão no que concerne à aplicação do direito<sup>45</sup>.

A proposta luhmmaniana destaca que sua forma mais concreta e objetiva seria o controle hermenêutico da interpretação do sentido das normas jurídicas e da persuasão de argumentos, de forma que o processo da decisão jurídica está orientado não pelo resultado, mas sim em função de que os seus diversos procedimentos e argumentos possam ser controlados, tendo em vista a seletividade e a decisão almejada devidamente esclarecida e explicitada enquanto base cognitiva comum, (LUHMANN, 1983, vol. II, p. 88).

Destaca-se, portanto, que a eficácia e a sedimentação temática das interpretações judiciais depende de diversas circunstâncias conforme a realidade de cada país, mas que pode ser implementada desde que o "grupo de referência" imaginado em termos de um tribunal com a competência para realizar o fechamento autopoietico do sistema, dotado de possibilidades de sanção, de forma a fazer valer a autoridade de suas decisões para os demais tribunais.

---

forma que não se leva a um "engessamento" da atividade hermenêutica ou limitação da independência do julgador, mas tão somente uma discricionariedade regrada, que admite exceções.

<sup>45</sup> Ex.: súmulas vinculantes, recursos repetitivos, repercussão geral.

## 2 A PRECUPAÇÃO COM O ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

Realizada uma abordagem teórica no capítulo anterior, deve-se debruçar sobre qual o conceito de acesso a Justiça que pretende analisar e a forma como este se desenvolveu ao longo dos anos, verificando ainda as razões que motivaram as eventuais mudanças ocorridas, pois como será demonstrado a seguir, o conceito de acesso à Justiça vem sofrendo várias transformações importantes, inclusive no que diz respeito à forma de abordagem sob o prisma do Direito Constitucional e do Processo Civil.

Durante os séculos XVIII e XIX, o direito de acesso à Justiça era reconhecido como direito formal, sem que houvesse a preocupação do Estado em intervir quando houvesse inaptidão por parte de uma pessoa em conhecer seus direitos e defendê-los, de forma prática e eficiente:

Tratava-se, até então, de direito de um indivíduo agravado propor ou contestar uma ação, e que considerava o acesso à Justiça um direito natural que exigia a atuação estatal para que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. Era um Estado passivo no que dizia respeito ao adequado reconhecimento e defesa dos direitos dos cidadãos, na prática. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 9).

Este acesso à Justiça era meramente formal e não tinha condições de afastar o que Cappelletti chama de “pobreza legal”, como a incapacidade de muitas pessoas utilizarem plenamente a justiça e suas decisões. O acesso à Justiça era reconhecido como um direito que pertencia à esfera individual de conveniências dos indivíduos, órbita na qual o Estado não ingeria.

Com isto, reservava-se a justiça àqueles que tinham conhecimento de seus direitos e podiam arcar com os custos de sua obtenção. Aqueles que não tivessem meios ou conhecimento de seus direitos para buscar a Justiça estavam condenados à própria sorte.

E, ainda, naquela vagueza do *laissez-faire* dos séculos XVIII e XIX, onde todos eram presumidos iguais, a doutrina do acesso à justiça não se debruçava sobre os problemas dos cidadãos, pois ficava restrita apenas à

teoria do processo, restando abandonados todos aqueles que não poderiam arcar com os custos e meios de ingressar com uma ação. Essa igualdade do acesso à Justiça era apenas formal, mas não efetiva ou substancial<sup>46</sup>.

Preocupava-se da exegese, da construção abstrata de normas e do julgamento destas sob a ótica histórica e de sua adequação a situações hipotéticas. As reformas preconizadas até então não consideravam as realidades existentes e suas experiências. Até então, era uma visão construída numa ótica individualista dos direitos humanos, a qual refletia-se em “declarações de direitos”.

Mas ao longo do tempo e com a expansão e complexidade das relações sociais, os relacionamentos e as ações passaram a assumir maior intensidade, com um caráter mais coletivo<sup>47</sup> do que individual.

No entanto, a partir do abandono de uma visão essencialmente individualista dos direitos, essas reformas oriundas do *welfare state* que armaram os indivíduos de novos direitos substantivos, de acordo com Cappelletti, fez com que o direito ao acesso à Justiça fosse, efetivamente e de forma progressiva, reconhecido como de suma importância entre os novos direitos individuais e sociais, encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 10).

Os movimentos ocorridos dentro das sociedades para o reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos veio ganhando força até que foram reconhecidos e garantidos, sendo que, atualmente, estes encontram-se positivados nas constituições modernas, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e suas emendas<sup>48</sup>.

Mas, uma vez reconhecidos e assegurados estes direitos sociais básicos, ainda resta o desafio de para torná-los operantes.

---

<sup>46</sup> Igual sorte teve o estudo jurídico formalista, dogmático e indiferente aos reais problemas e à toda realidade do sistema jurídico.

<sup>47</sup> Direitos esses que não cuidam mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. (SARLET, 1998, p.49)

<sup>48</sup> A exemplo da Emenda Constitucional nº 64, de 04/02/2010, que aumentou o rol dos direitos sociais ao incluir expressamente o direito à alimentação no rol do art. 6º da CF/88.

A grande preocupação que se deve ter quando de fala do direito de acesso à Justiça efetivo é no sentido que este deve ser concebido em sua importância máxima, eis que de nada adiantaria trazer um rol de novos direitos onde a titularidade destes é destituída ou inexistente, pois haveria, em tese, a ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação<sup>49</sup>.

Portanto, o enfoque do acesso à justiça que será dado ao longo deste trabalho, uma vez erigido a patamar constitucional nas sociedades modernas e incluído como objeto de pesquisa da Teoria Geral do Direito e da Sociologia do Direito, leva sua discussão para além dos tradicionais aspectos meramente formais.

## **2.1 O Acesso à Justiça Como Direito Fundamental**

A visão, hoje, do “acesso à Justiça”, que teve como seu precursor Mauro Cappelletti, foi erigida em vários ordenamentos jurídicos, como no caso brasileiro, a patamar constitucional. Esse tema ganhou importância de modo que só pode concretizar-se a partir da consciência e da atuação dos operadores do direito que com a mesma se identifiquem. Ressalte-se que essa preocupação deve estar presente, com menor ou maior amplitude, em todos os sistemas jurídicos de inspiração diversificada como o romano-germânico, o anglo-saxão e aqueles dos países socialistas, entre outros.

De início, tais postulados poderiam ser sumarizados pela passagem ou evolução: (i) do abstrato ao concreto; (ii) do individual ao social; (iii) do nacional ao internacional. Esse conceito sumário de acesso à Justiça serve para revelar sua dinâmica, uma constante evolução, transpondo-se de uma formulação rudimentar (inócua), como apenas um direito natural, para um direito individual(subjetivo) , culminando então para assumir uma feição social e

---

<sup>49</sup> Com ressalta Cappelletti: “o acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

política de relevância e significação que abarca todos aqueles direitos que transcende a esfera individual dos cidadãos. Nesse sentido:

“Firmam-se como pilares dessa verdadeira construção, de elevado embasamento científico e consciência social, as vertentes ligadas aos estudos constitucionais do processo, a uma teoria geral do processo de influxo prevalentemente constitucional, ao reconhecimento de uma posição sociopolítica, à universalidade da jurisdição, à efetividade e instrumentalidade do processo, ao acesso à ordem jurídica justa e ao vetor participação e processo. Institutos tradicionais são revisitados, intensifica-se o labor legislativo e investe-se contra os mitos do processo tradicional.” (CARVALHO, 2000).

E quando de fala de acesso à Justiça, também não se pode olvidar o esforço mundial para a busca da efetividade da tutela jurisdicional denominado Projeto de Florença, capitaneado pelo jurista italiano Mauro Capelletti<sup>50</sup> além da participação de vários colaboradores. Este projeto foi um dos marcos que espalhou no mundo a preocupação com o tema deste trabalho.

A primeira dificuldade surge em seu conceito, pois própria expressão “acesso à Justiça”, conforme Cappelletti, é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

A partir do reconhecimento de mérito e o ineditismo dos estudos elaborados pelo Projeto de Florença (visto que até o início de 1970 não havia sido feito nenhum trabalho de tal envergadura), surge a preocupação, neste trabalho, de analisá-la dentro do contexto brasileiro e propor mudanças de

---

<sup>50</sup> A partir de meados de 1975, Cappelletti e alguns professores ingleses e norte-americanos publicaram uma série de trabalhos que tinham como foco a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional. Esse relatório foi originalmente publicado em Milão, no ano de 1978, redigido pelos professores Mauro Capelletti e Brian Garth. Foram levantados os principais aspectos comuns aos diversos países envolvidos no estudo do acesso à Justiça, apresentando etapas a serem vencidas para que a atividade jurisdicional sofresse um aprimoramento naquilo em que o então moderno Estado Social de Direito esperava da efetiva tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 1996, p.172).

forma a tornar a justiça mas acessível, ágil e efetiva<sup>51</sup>. Nesse sentido afirmam seus autores:

(...) originando-se talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos (e não meramente simbólicos) os direitos do cidadão comum, seriam necessárias reformas de amplo alcance além de uma nova criatividade. A premissa era de: recusar a aceitar como imutáveis qualquer dos procedimentos e instituições que caracterizam a engrenagem da justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p.08).

Ao longo da evolução conceitual de acesso à Justiça do Projeto de Florença, essas ações e relacionamentos voltados ao fortalecimento e à acessibilidade ao Poder Judiciário assumiram um caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas deixaram para trás a visão individualista dos direitos, consubstanciada nas declarações dos direitos dos séculos XVIII e XIX.

Foi esse aumento da complexidade da sociedade moderna<sup>52</sup> que fez necessário reconhecer-se os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos., tais como trabalho, educação e saúde. Com isso, tornou-se “ lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p.10).

E como declaram Cappelletti e Bryan Garth, o acesso à Justiça deve ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Nesse sentido, a efetividade do acesso à justiça que os Estados devem garantir aos cidadãos ultrapassa os limites do ramo Processual do Direito, tornando-se preocupação real até mesmo para aqueles que estudam os Direitos Fundamentais do homem<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Que, inclusive, serviu para denominar o II Pacto Republicano de Reforma do Judiciário, firmado em abril de 2009 pelos chefes dos três poderes da República Federativa do Brasil.

<sup>52</sup> Identificado também por Luhmann, conforme capítulo anterior.

<sup>53</sup> Segundo essa classificação tradicional da teoria dos direitos fundamentais, a problemática do acesso à justiça é situada dentre os direitos sociais, os de segunda

Isso porque os direitos dos cidadãos justificam-se diante das necessidades da sociedade humana. Porém, há muito tempo os necessitados de Justiça têm demonstrado seu descontentamento com a atividade jurisdicional que a crise de que os instrumentos processuais vive no Brasil, caracterizada pela morosidade na distribuição da justiça devido à inadequação na organização judiciária e uma legislação processual anacrônica, além de outros problemas a serem apontados ao longo deste tópico.

Outra explicação que se faz necessária neste momento é sobre o enfoque que se pretende dar, no sentido que quando um cidadão tem seu acesso à justiça de modo pleno, isso significa que o mesmo não só adentrou nas edificações dos Tribunais de Justiça, mas que teve o seu acesso à Justiça de forma qualitativa e quantitativa, obtendo uma resposta jurisdicional efetiva, tempestiva e razoável por parte do Estado-Juiz (o acesso a uma ordem jurídica justa). Para se desincumbir desse ônus, tem-se que é imprescindível a atuação do intérprete (como função do Poder Judiciário) para conceder-lhe conteúdo e dar-lhe efetividade, seguindo-se a esteira de que o acesso à justiça faz parte do mínimo existencial contido no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana<sup>54</sup>.

Enfim, filia-se à afirmação dos autores do Projeto de Florença de que “toda a discussão teórica das regras do processo civil devem ser ampliadas para além dos tribunais, com o devido alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. (CAPPELLETTI E GARTH, 1998, p.13), razão pela qual essa pesquisa não se limita e sequer possui como objeto de análise um enfoque limitado ao direito processual.

---

dimensão, isto é, os que exigem uma prestação material por parte do Estado para sua concretização. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.13).

<sup>54</sup> Ademais, o acesso à justiça, como direito fundamental foi erigido a patamar constitucional, positivado de forma expressa no art. 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna atual, para assegurá-lo ao menos sob o aspecto formal, ante a efetividade que lhe buscou dar o art. 5, inc LXVIII, §1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

## 2.2 O Acesso à Justiça e a Constituição Federal de 1988

Nos últimos anos do governo militar, o Brasil vinha enfrentando vários problemas como a inflação alta e a recessão, período em que os partidos de oposição começaram a ganhar terreno com o surgimento de novos partidos e com o fortalecimento dos sindicatos, um dos fatores que culminou com o fim do regime militar. Com isso, em 1988 foi aprovada uma nova Constituição para o Brasil, que veio apagar os rastros da ditadura militar e estabelecer princípios democráticos no país.

Verificou-se, na Constituição promulgada no Brasil em 1988, a intenção de se estabelecer uma expressão constitucional dirigente, atendendo a uma série de compromissos, demandas sociais e garantias postuladas pelos cidadãos para dar azo ao Estado Democrático e de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, III, da CF/88.

Merecem destaque, neste ponto, as garantias positivadas, ante o fato de que o rol contido no art. 5º possuía várias garantias de ordem judicial, reforçadas *a posteriori* por emendas como a de no. 45/2004, que reforçaram a temática e a preocupação do constituinte brasileiro com o acesso à Justiça<sup>55</sup>.

Observou-se, de plano, a exigência de uma nova postura imposta pela Constituição Federal de 1988, voltada à superação de uma cultura política e jurídica de cunho liberal e positivista.

Portanto, já era de se antever uma mobilização da sociedade pela concretização daqueles direitos individuais ou coletivos que lhe foi prometida pela nova ordem constitucional. Uma vez abertas as portas do Poder Judiciário ao cidadão, este não pode deixar ficar sem uma resposta - tempestiva e efetiva - às demandas que são ajuizadas.

Essa ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário correspondeu, portanto, ao incremento democrático-social dado pela Constituição Federal, diretamente relacionado à transformação que se propõe do acesso à Justiça,

---

<sup>55</sup> Cf. art. 5º, XXVIII: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

ou seja, o acesso a um sistema judicial no qual as pessoas efetivamente possam reivindicar seus direitos ou terem seus litígios resolvidos<sup>56</sup>.

A idéia de acesso à Justiça também evoluiu de acordo com a mudança da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno onde, no decorrer do século XX, a política governamental de vários países do mundo voltou os olhos para o coletivo ou social. Com isso, as Constituições, a exemplo da Constituição Federal de 1988, passaram a contemplar a efetivação dos direitos fundamentais, não apenas os definindo e declarando, mas efetivando-os pela garantia e acessibilidade.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, além de garantir a tutela jurídica dos direitos subjetivos, assegurou que esta tutela será prestada por via de padrões processuais minimamente definidos em face de princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a duração razoável do processo<sup>57</sup>.

O fato incontestável é que, uma vez erigido a patamar constitucional, o acesso à Justiça é requisito básico de todo um sistema jurídico moderno que garanta os direitos e proclame a sua efetividade.

Mas o Estado Moderno e os poderes constituídos não se adaptaram para lidar com as mudanças ocorridas, mormente pela posição ativa da sociedade em conclamar direitos novos. Observou-se uma crescente capacidade política do extrato social em apresentar seus casos de modo eficiente, o que, por si só, denota maior facilidade em transformar direitos em vantagens concretas às pessoas, mas isso acarretou, também, um incremento no volume de demandas que são levadas ao Poder Judiciário.

Viveu-se, portanto, uma alteração de paradigmas criada pelas expectativas advindas de uma positivação de garantias, fruto da movimentação

---

<sup>56</sup> Ainda nesse contexto, cumpre assinalar que, embora não esteja consignado de forma expressa em seu art. 1º, caput o Brasil como Estado social de direito, não restam dúvidas de que nem por isso o princípio do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição, pois tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais. (SARLET, 1998, p.63)

<sup>57</sup> Para Theodoro Jr. o mecanismo se completa pois “dessa maneira há, materialmente, o direito à tutela jurídica estatal e, formalmente, o direito ao processo, como via de acesso à citada tutela”. (THEODORO, 1996, p.15)

proativa de uma sociedade que começa a se inteirar quanto aos seus novos direitos - e cobrá-los - demandando respostas tempestivas do Estado, notadamente o Poder Judiciário, superando a antiga concepção.

Desse movimento surge a cobrança pela adequação da ordem jurídica ao contexto social. E o Poder Judiciário deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado e os anseios da sociedade pela efetivação de seus direitos, não se admitindo uma neutralidade de sua atividade; pelo contrário, o juiz e os demais operadores do direito encontram-se vinculados à concretização de direitos individuais ou coletivos<sup>58</sup>.

É nessa linha de argumentação que o termo “acesso à Justiça”, além das reflexões já realizadas, foi transposto do plano teórico para figurar no texto constitucional além de adquirir novas feições através das preocupações dos operadores do direito.

Essa evolução foi atribuída inicialmente à eliminação das primeiras barreiras do acesso à justiça como indicado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998), pois os cidadãos vêm exigindo e obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas rotineiras, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus<sup>59</sup>.

As pesquisas elaboradas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na busca de respostas ao problema do acesso à Justiça, apontaram as três ondas renovatórias para a resolução do problema de acesso à justiça, assim sintetizadas: a) primeira onda: assistência judiciária para os pobres; b) segunda

---

<sup>58</sup> Entende-se que essa ampliação da postura ativa do Poder Judiciário como assegurador de direitos, então denominado ativismo judicial, não representa qualquer incompatibilidade com o atual regime democrático, mas, sim, encontra respaldo da própria Constituição e vem efetivar a renovação democrática do acesso à justiça pelo exercício de uma cidadania ativa, sem prejuízo de eventuais limitações, além de considerações a serem feitas ao longo deste trabalho.

<sup>59</sup> Dos mesmos autores, anota-se que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente, reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

onda: representação jurídica para os interesses coletivos e difusos e; c) terceira onda: relacionada ao enfoque de acesso à justiça ou modo de ser do processo (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31), as quais serão melhor analisadas a seguir.

### **2.3 Os Obstáculos a Serem Transpostos na Visão de Cappelletti e Garth**

Como ressalta Cappelletti, a efetividade perfeita do acesso à Justiça, no contexto de um direito substantivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos. Mas ao mesmo tempo, o próprio autor coloca suas ressalvas: essa perfeita reivindicação é utópica, pois as diferenças entre as partes não podem jamais serem completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p.13).

A proposta que segue não vem apenas transcrever ou criticar os trabalhos desenvolvidos a partir do Projeto de Florença, ela apenas tenta traçar um cenário acerca dos obstáculos supracitados ligados a realidade do acesso à Justiça no Brasil, para, a partir do que entende com a proposta de uma "terceira onda renovatória", analisar as propostas atuais de reforma do Sistema de Justiça Brasileiro e sua viabilidade como instrumento de efetivação de acesso a uma ordem jurídica justa.

O primeiro obstáculo apresentado por Cappelletti em sua obra seriam as custas judiciais, onde a resolução dos litígios nos tribunais recebe a crítica de ser muito dispendiosa, na maioria das vezes. Isso porque deve ser levado em consideração o valor de uma causa e a quantidade de recursos financeiros que a parte interessada terá que dispor para sua demanda apreciada no âmbito do poder judiciário.

Nesse sentido, quando se vislumbra especialmente o problema das custas judiciais, que por um lado são necessárias para custear a remuneração dos magistrados e do respectivo apoio e demais recursos necessários aos julgamentos, pelo outro deve-se ressaltar que tal argumento não pode vir a ser um óbice ao acesso à Justiça daqueles que não dispõem de recursos financeiros suficientes.

Destaca-se que o direito à Justiça gratuita e da assistência judiciária<sup>60</sup> já vinha contemplado no Brasil desde a colonização do país. Ainda no século XVI, onde o surgimento de lides provenientes das relações jurídicas então existentes, e o chamamento da jurisdição para resolver tais demandas dava início à situações em que constantemente as partes viam-se impossibilitadas de arcar com os possíveis custos judiciais das lides. Essa garantia já existia em cartas constitucionais anteriores, seja em tempos de ditadura ou não, atravessando os anos e décadas até o século XXI<sup>61</sup>.

Foi, entretanto, o art. 2º, § 1º, da Lei 5.478/68 que se criou a "simples afirmativa", concluindo o texto do art. 4º da Lei 1.060/50, finalizado pela atual redação da Lei nº 7.510/86.

Desde que essa garantia foi positivada pela Constituição Brasileira de 1988, seu estudo vem ganhando ainda mais força, sempre acompanhado de

---

<sup>60</sup> Cf. LIPPMANN (1999, p. 379): "a assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual". Para ao depois concluir: "Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional".

<sup>61</sup> O texto constitucional de 1939 já trazia, em seu art. 72, menção a essa proteção, exigindo "rendimento ou vencimento que percebe e os encargos pessoais ou de família", acompanhado de atestado de pobreza, expedido pelo serviço de assistência social (art. 74). Ainda, acerca de uma interpretação extensiva de tal garantia na ordem constitucional: Por isso, quando as cartas constitucionais subseqüentes – à exceção da de 1937, silente a respeito -, limitaram-se a assegurar a "assistência judiciária", não se pôs em dúvida que nela se compreendiam ambos os benefícios. *in* STF, RE 184481-DF, DJ 08.09.95, voto do Relator.

aspectos valiosos, que nunca podem ser olvidados, sob pena desse primeiro obstáculo voltar a ser um óbice à efetivação da Justiça.

Atualmente, quando uma pessoa que vê-se incapaz de arcar com os custos que uma lide judicial lhe impõe normalmente, mas necessita da imediata prestação jurisdicional, esta pessoa pode, através de simples afirmativa, uma vez preenchidos os demais pressupostos<sup>62</sup>, postular as benesses de tal prerrogativa, amplamente garantida pela Carta Constitucional vigente<sup>63</sup>, com a devida observância das normas infraconstitucionais vigentes que o regulam a matéria, em especial a Lei n.º 1.060, de 1950.

Apesar de possuir notadamente menor abrangência - mas não menos importante para a garantia do amplo acesso à justiça - o benefício da justiça gratuita é instrumento eminentemente processual que pode ser solicitado ao juiz da causa tanto no momento inaugural da ação quanto no curso da mesma, significando dizer que a dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Mas com a crescente complexidade e tecnicidade do sistema judicial brasileiro, a gratuidade da justiça posta à disposição do hipossuficiente como condição primeira para seu ingresso no judiciário por vezes não se revela suficiente, quando então, lhe deve ser fornecido, além das isenções de custas

---

<sup>62</sup> Nesse sentido, cumpre consignar que o dispositivo constitucional que exige a prova de insuficiência econômica do requerente dos benefícios da Justiça gratuita, não revogou o art. 4º, caput, da Lei 1.060/50. Nessa linha de pensamento, a 4ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça é assente na matéria, tendo aduzido: "a simples declaração firmada pela parte que requer o benefício da assistência judiciária, dizendo-se 'pobre nos termos da lei', desprovida de recursos para arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogado, é, na medida da presunção iuris tantum de veracidade, suficiente à concessão do benefício legal" (STJ - REsp. 38124-0 - j. 20/10/93 - RJSTJ 6/412).

<sup>63</sup> Nesse sentido, transcrevemos trecho dos autos da Apelação Cível nº 596025593, 6ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre. O relator, Des. Osvaldo Stefanello, em seu posicionamento assim registrou: "(...) Direito supraconstitucional, como o é o da vida, o amplo acesso à justiça há que ser facilitado a todo cidadão, assegurando, a quem se afirma não ter condições de suportar as despesas processuais sem reflexos negativos à própria manutenção e/ou sustento da família, a prerrogativa constitucional. O que o princípio impõe ao Estado - assistência judiciária gratuita ou justiça gratuita, - é o prestar a assistência judiciária integral e gratuita a todos os que dela necessitem para exercer a direito de litigar, quer no pleitear uma pretensão de direito material, quer em se opondo à mesma pretensão(...)".

e atos processuais, um defensor público ou advogado dativo para lhe possibilitar assistência.

Essa preocupação com a necessidade de um defensor - e da assistência judiciária gratuita propriamente dita - já possuía previsão normativa, mas não foi, até o momento, dotada da efetividade necessária para o devido e efetivo acesso à Justiça desde sua positivação. Isso porque, para dotar tais institutos de alguma efetividade na busca da tão almejada democratização do acesso a Justiça, torna-se necessário o fortalecimento das instituições que compõem o sistema de Justiça, e, neste caso em especial, a defensoria pública<sup>64</sup>.

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, foi, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, outro grande avanço que possibilitou a ampliação do tão almejado acesso à Justiça, ao garantir a autonomia funcional e financeira da Defensoria Pública. Mais recentemente foi promulgada a Lei Complementar nº 132/09, que reformou a lei orgânica da Defensoria Pública e detalhou as atribuições dos defensores públicos e a estruturação da carreira, dentre outras alterações relevantes para o bom desempenho das atribuições dos defensores públicos.

Entretanto, mesmo diante desse empenho do Poder Público dos últimos anos visando, em especial, o fortalecimento da defensoria pública no País, esse não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma de um sistema de Justiça.

Cappeletti já apontava outros problemas sérios, ainda nessa problemática da tentativa de solução pela assistência judiciária ao revelar que, antes de mais nada, para que o sistema fosse eficiente, seria necessário, ainda, superar uma série de outros problemas conexos, tais como: a) a necessidade de um grande número de advogados que pode até a exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento; b) a disponibilidade e

---

<sup>64</sup> Ainda que positivada pelo art. 134 da Constituição Federal de 1988, ainda é notória a falta de uma defensoria pública com efetivo adequado e devidamente aparelhada no Brasil, conforme o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, p. 266: "Por outro lado, a maior parte dos defensores Públicos da União e dos Estados avalia como excessiva a demanda de trabalho sob sua responsabilidade, atualmente com percentuais de 65,8% e 72,1%, respectivamente"(Ministério da Justiça,2009).

acessibilidade desses advogados para auxiliar aqueles que não pode pagar pelos serviços; c) a disponibilidade orçamentária para custear uma remuneração adequada aos defensores públicos para que haja a prestação de serviços por um profissional adequado (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 47).

Ressalte-se que a preocupação com o alto custo para litigar em juízo já foi enfrentada pelo Poder Judiciário Brasileiro, em julgamento no qual se alegam eventual óbice para de obter o acesso à almejada prestação jurisdicional, como o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3826/GO, na qual se examinou a possibilidade do controle de constitucionalidade com base em suposta alegação de violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no ato normativo que estabeleceu os critérios para as custas e emolumentos de um tribunal, o que implicaria também em eventual barreira no acesso a Justiça, o que foge às hipóteses de gratuidade expressamente previstas na legislação brasileira<sup>65</sup>, mas também merece destaque.

Outra crítica que se faz ao alto custo para as parte interessadas litigarem junto aos tribunais está ligada ao sistema que atribui o ônus da sucumbência aos vencidos. Com isso, surge também o problema das pequenas causas ou que envolvem custas relativamente pequenas, as quais são mais prejudicadas pela barreira da proporcionalidade dos custos (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p.18). Essa relação entre o custo para o processamento e o julgamento de uma causa cresce na medida em que se reduz o valor da causa, o que por vezes também pode inviabilizar o acesso à Justiça.

Felizmente, pelo menos sob esse aspecto, cumpre destacar que no cenário brasileiro já foram editadas várias leis para a criação de um sistema

---

<sup>65</sup> A jurisprudência do STF sempre foi no sentido que "Presentes um valor mínimo e um valor máximo a ser cobrado a título de custas judiciais, além de uma alíquota razoável (um por cento), não cabe reconhecer qualquer risco de inviabilidade da prestação jurisdicional ou de comprometimento ao princípio de acesso ao Judiciário (cf. ADI2040-MC e ADI 2078-MC). Tal posicionamento foi reiterado mais recentemente por ocasião do julgamento da ADI 3826/GO, que na mesma linha afirmou "(...) É admissível o cálculo das custas judiciais com base no valor da causa, desde que mantida correlação com o custo da atividade prestada, desde que haja a definição de valores mínimo e máximo."

simplificado e menos oneroso aos cidadãos, criando condições mínimas até mesmo para aqueles que desejam litigar contra a Fazenda Pública<sup>66</sup>.

Ou seja, ainda que os obstáculos dessa "primeira onda" sejam, no contexto brasileiro, superados algum dia<sup>67</sup>, essa barreira inicial do alto custo para litigar, no contexto brasileiro, não se resume apenas com a positivação e efetivação da Justiça gratuita e da Assistência Judiciária, pois mesmo aqueles que dispõem de recursos suficientes para custear uma demanda também podem ser desencorajados pelo alto custo de algumas ações judiciais<sup>68</sup>.

Por fim, ainda que seja não objeto principal dessa pesquisa o de esgotar a problemática da primeira onda renovatória proposta por Cappelletti, procurou-se apenas contextualizá-la de modo a lembrar que as denominadas barreiras do acesso à Justiça não são simplesmente superadas<sup>69</sup>.

Já a segunda "onda" desse movimento renovatório diz respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos. Com o surgimento dessa nova fase de reformas, surgiam novas

---

<sup>66</sup> Com relação a esse enfoque, tal preocupação sensibilizou o legislador infraconstitucional e culminou, no ordenamento jurídico brasileiro, com a entrada em vigor da lei 9.099/95 que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais e, posteriormente, com a lei nº 10.259/2001 ( que instituiu os juizados especiais federais) e a mais recente lei nº 12.153/2009( que instituiu os juizados especiais da fazenda pública, todas elas trazendo a previsão de isenção de custas e honorários no primeiro grau de jurisdição, pois estas duas últimas leis fazem aplicação subsidiária da lei 9.099/95, que assim dispõe:(...) Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.(...)Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

<sup>67</sup> Isso porque, até a época dos trabalhos do Projeto de Florença, a Suécia, onde os índices de pobreza são mínimos, e que tem, talvez o sistema de assistência judiciária mais dispendioso do mundo, foi considerada, por um observador, como o único país que realmente havia logrado sucesso em oferecer assistência judiciária a qualquer pessoa que não possa enfrentar os custos dos serviços jurídicos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 48).

<sup>68</sup> Nesse sentido, Cappelletti ressalta que um estudo empírico realizado na Inglaterra a respeito de ações por danos pessoais verificou que em cerca de um terço dos casos contestados, os custos totais eram maiores que o valor da demanda. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 16)

<sup>69</sup> Elas podem ressurgir com outra roupagem ou, até mesmo, estarem ligadas a outros fatores, o que revela a dinâmica de todo e qualquer estudo que se faça sobre o tema. E mais: um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 29).

reflexões sobre as noções tradicionais do processo civil e do papel dos tribunais, eis que ainda não havia espaço efetivo para a proteção dos interesses coletivos e difusos. Isso porque a visão tradicional do processo servia apenas para debater um assunto entre duas partes que pleiteavam a tutela de seus interesses individuais e, com isso, os direitos que pertencessem a uma coletividade - determinada ou não - não se enquadravam nessa sistemática obsoleta.

Com isso, tornou-se necessária uma revisão e a ampliação de alguns conceitos básicos como a legitimidade das partes e a coisa julgada, para que a visão individualista do processo judicial desse lugar a uma concepção social, coletiva<sup>70</sup>.

Nesse sentido, pede-se *venia* por não ir à fonte, mas merecem destaque as afirmações de Godinho, onde traz comentário de Antonio Gidi, ao afirmar:

(...) o acesso à justiça é um dos objetivos da tutela coletiva de direitos e, ilustrando sua assertiva, informa que foi observado nos Estados Unidos que, se em determinado fato lesivo envolvendo quarenta milhões de membros do grupo lesado, apenas dez por cento resolvessem ir pessoalmente a juízo, ainda que cada audiência durasse apenas dez minutos, seriam necessários cem anos para que todos casos fossem decididos, o que demonstra que o processo coletivo enseja economia processual e possibilita maior acesso à justiça. (GIDI, *apud* GODINHO, 2005).

No cenário brasileiro já se exercia a tutela judicial de direitos coletivos por intermédio de qualquer cidadão - então legitimado - a pleitear em juízo contra atos ilícitos de autoridade pública, lesivos ao patrimônio público (CF de 1934, art. 113, no 38). A ação popular encontrou previsão e regulamentação infraconstitucional na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, sendo que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LXXIII) veio para ampliar seu objeto, para além da defesa do patrimônio público, consignando a garantia da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural e a proteção ao meio ambiente.

---

<sup>70</sup> A exemplo da criação norte-americana da *class action*, a qual permitia, ainda que de modo imperfeito, que uma ação vinculasse os membros de uma determinada classe, ainda que estes não fossem citados e sequer tivessem conhecimento do processo.

Dando continuidade a esse processo de coletivização, o constituinte de 1988 também previu, em seu artigo 5o, LXX, a possibilidade de impetração do mandado de segurança por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano.

Já a Lei Complementar nº 40/81, então Lei Orgânica do Ministério Público, trazia em seu art. 3º, a ação civil pública como uma de suas funções institucionais. Posteriormente, a Lei nº 6.938/91, amparada por esta Lei Complementar, previu a ação civil pública como atribuição do Ministério Público para a tutela jurisdicional do meio ambiente.

No entanto, a verdadeira ampliação da tutela jurisdicional para introduzir as autênticas ações coletivas no direito processual pátrio ocorreu com a instituição da ação civil pública por meio da Lei nº 7.347, de 27 de julho de 1985. Na época, a demanda crescente para a solução de conflitos coletivos relativos aos contratos de massa, somado ao crescente aumento da população urbana e às relações sociais cada vez mais desiguais entre as partes, exigia instrumento mais eficiente para a prestação jurisdicional.

Foi a partir desse contexto que foram editadas as Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para possibilitar defesa dos interesses coletivos e difusos, criando um sistema que trazia a prestação jurisdicional para além das partes que efetivamente estão em juízo (legitimação judicial extraordinária<sup>71</sup>).

No entanto, mesmo considerando que as leis acima foram textos relevantes para a tutela dos interesses coletivos, já havia quem as considerava insuficientes frente à necessidade de aperfeiçoamento e modernização destes mecanismos de tutela dos direitos coletivos, inclusive frente às atuais posições da doutrina (tais como o Código-modelo de processos coletivos para a Ibero América e os três anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo,

---

<sup>71</sup> Tratando de regular exceção à regra imposta pelo Art. 6º do CPC vigente, onde assevera que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

gestados por professores da Universidade de São Paulo – USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, professores da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e pelo Prof. Antonio Gidi, além de outras propostas de doutrinadores que inovaram no tema).

Com isso, surgiu a idéia da estruturação de um Sistema Único Coletivo, ante o fato de que, atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, há vários sistemas processuais para cada tipo de direito material (consumidor, idoso, criança e adolescente, mercado de capitais e outros), por vezes sem comunicação correta. No entanto, as propostas de textos normativos apresentados encontraram rejeição no Congresso Nacional até o momento<sup>72</sup>.

Ou seja, mesmo que ainda não haja um sistema estruturado e eficiente de defesa coletiva, os instrumentos processuais vigentes supracitados vêm tentando assegurar, com suas eventuais imperfeições, a tutela contra quem quer que cometa ofensa aos interesses coletivos ou difusos, seja um administrador público ou o particular.

Ao olhar os trabalhos de Cappelletti e Garth, há quem queira criticá-lo sob o argumento de que a abordagem e a análise dessas duas primeiras ondas renovatórias possuem em enfoque meramente quantitativo, o que não revela a verdadeira dimensão do que se espera de uma verdadeiro acesso à Justiça( ou uma ordem jurídica justa), mormente quando se toma como base o enfoque da teoria geral do Direito<sup>73</sup>. Com isso, surgiu a proposta que será apresentada a seguir - uma terceira onda renovatória proposta pelos autores do Projeto de Florença: *a evolução do acesso à representação em juízo a uma concepção*

---

<sup>72</sup> Frente a este cenário, e com a idéia de renovação do sistema de tutela coletiva, o Ministério da Justiça instituiu pela Portaria nº 2.481/2008, uma Comissão Especial com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva. Tais trabalhos foram desenvolvidos até março de 2009, com o envio do texto para a Casa Civil que, após alterações, foi remetido ao Congresso Nacional, recebendo o número de PL 5.139/2009. No entanto, essa proposta foi rejeitada por 17 votos a 14, conforme decisão da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, atualmente tramitando no Plenário da Câmara dos Deputados, devido à apresentação de recurso contra a rejeição.(Vide [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=432485](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432485) )

<sup>73</sup> A bem da verdade, essas abordagens revelam-se necessárias, ainda que em sede de preliminar, pois servem para introduzir o tema de forma adequada e até mesmo para revelar a verdadeira dimensão desse trabalho: a busca de uma visão mais ampla de acesso à Justiça, ou seja, a necessidade de uma ordem jurídica justa.

*mais ampla de acesso à Justiça. Um novo enfoque de acesso à Justiça.* (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 67)<sup>74</sup>. E como destacam seus autores, deve-se tratar essa terceira onda como uma das séries de possibilidades para melhorar o acesso, onde a abordagem traz à baila um termo utilizado reiteradamente quando se trata de acesso a Justiça: *reforma*.

Trata-se de propor, então uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 68-69).

Foi com base nesse enfoque da "terceira onda renovatória" seus autores já anunciavam que ela exigiria nada menos que o estudo crítico e a reforma de todo o aparelho judicial (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.68-69).

Dentro desse contexto, desde a EC nº 45/2004, e experiência brasileira vem anunciando várias "reformas" do judiciário, movimentos ou cartas de intenções firmadas pelos chefes dos três poderes constituídos que visam a produção de políticas públicas e reformas normativas que possibilitem a reestruturação de todo o Sistema de Justiça - não apenas do poder Judiciário - de modo a atender a toda a dinâmica e problemática do acesso a Justiça que se buscou traçar até o momento<sup>75</sup>.

Com isso surgiram, no cenário brasileiro, os chamados "Pactos Republicanos"<sup>76</sup> de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e

---

<sup>74</sup> Reitere-se que, mesmo com base nessa proposta, a qual centra sua atenção em um "conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas", não se busca o abandono das duas primeiras ondas de reforma.

<sup>75</sup> Com isso, a crítica generalizada que se faz a uma eventual "inflação legislativa" não adquire, no contexto das reformas do sistema de justiça, um aspecto pejorativo - mas pelo contrário - vai ao encontro dos anseios de uma sociedade que desde a implantação da nova ordem constitucional de 1988 demanda tal postura.

<sup>76</sup> Trata-se de um documento de cunho político, firmado pelos os chefes dos três poderes da República, no qual todos se comprometem analisar uma série de projetos de lei sobre a reforma do sistema de justiça que devem ser tratados com prioridade no Congresso Nacional.

efetivo, os quais colaboraram para a aprovação de reformas processuais e atualização de normas legais.

Dado relevante que demonstra esse esforço foi o resultado obtido com o I Pacto Republicano, firmado em dezembro de 2004, que contou com um total de 22 leis aprovadas, enquanto a segunda versão desse pacto – firmado em 13 de abril de 2009, teve cerca de 16 textos normativos (entre leis e emendas constitucionais) aprovadas até outubro de 2010<sup>77</sup>.

A partir desse cenário, de todas essas "reformas" normativas realizadas desde então, o legislador infraconstitucional apresentou uma proposta mais ampla, preconizada pelo Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010: um novo Código de Processo Civil<sup>78</sup>.

Isso porque, com o advento da EC nº 45/2004 e a regulamentação de instrumentos de ordem constitucional como a súmula vinculante e a repercussão geral que foram - e ainda são - alvo de pesquisas, o legislador brasileiro optou por trazer uma reforma mais abrangente do sistema processual, incorporando e consolidando grande parte das propostas normativas já implantadas em nosso ordenamento jurídico e trazendo outras propostas que serão abordadas em momento oportuno ao longo desta pesquisa.

## **2.4 Os Dois Sistemas Jurídicos Predominantes e a Superação De Paradigmas**

Qualquer estudo e proposição mais ampla sobre a reforma no sistema judicial e nos mecanismos de formação da respectiva decisão esbarra, inicialmente, na disposição (ou não) de se superar algumas limitações impostas

---

<sup>77</sup> Conforme dados do Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário - contidos nos anexos II e III.

<sup>78</sup> Que, após a aprovação pela casa legislativa iniciadora (Senado Federal), em 15/12/2010, seguiu para a Câmara dos Deputados, onde tramita como o Projeto de Lei nº 8046/2010.

por uma suposta incompatibilidade entre institutos e argumentos advindos dos dois grandes sistemas jurídicos: o de *common law* e *civil Law*.

A partir da verificação dessa disposição é que serão inseridos valores de cunho sociológico, para então ousar propor adequações no sistema jurídico brasileiro que se enquadrem no contexto de uma reforma ampla.

O primeiro modelo de sistema jurídico (*common law*) corresponde a um sistema de princípios e de costumes "aceitos, tacitamente, ou expressamente, pelo poder legislativo, revestindo ora caráter geral, quando vigoram em todas as jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões, tão somente. Resultava da jurisprudência, dos casos concretos que julgavam o direito comum. Tratava-se de um direito que não era propriamente costumeiro, como em geral se o tem considerado, mas jurisprudencial". (RÁO, 1991, v.1, p. 101-105).

O *common law* tem como seus dois grandes expoentes países como a Inglaterra e os Estados Unidos, onde existe a mesma concepção geral do direito e sua função:

(...) de modo geral admitem-se, nestes dois países, as mesmas grandes divisões do Direito, utilizam-se os mesmos conceitos existe a mesma maneira de conceber a regra do direito. As categorias *common law*, *equity*, *torts*, *bailment*, *trusts*, são as que um jurista americano, tal como um jurista inglês, considera como naturais. O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal de regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. (DAVID, 1988, p.367).

O segundo grande sistema jurídico, de direito codificado, pode ser representado principalmente pelos direitos romano, germânico e francês<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> A concepção jurídica francesa não rompeu, definitivamente, com os princípios do direito romano. O movimento de codificação iniciado por Napoleão Bonaparte no início do século XIX com o objetivo de completar a obra da jurisprudência, ao unificar e

Nessa sistemática os códigos são vistos como um ponto de partida, uma base a partir da qual se desenvolve o raciocínio dos juristas, para descobrirem a solução a aplicar (DAVID, 1997, p.2).

Cumprido, então, traçar os aspectos diferenciadores dos dois tipos abordados de ordenamento jurídico. Isso se faz necessário, para então fazer a aproximação dos sistemas que, mesmo partindo de premissas diferentes, podem trazer contribuições úteis, seja para a migração e tentativa de compatibilização de um outro instituto de direito comparado pertencente a outro sistema, seja para o desenvolvimento de um sistema eclético.

Ademais, ambos sistemas estão presentes e representam quase uma dicotomia no mundo ocidentalizado, onde se cogita reiteradamente da aplicação de um ou outro sistema de forma excludente. A diferenciação destes dois sistemas segue sintetizada por Mônica Sifuentes:

"o da tradição romanística, também chamado de civil law, englobando nações latinas e germânicas, e o sistema da tradição anlo-americana, conhecido como common law. O primeiro se caracteriza pela superioridade da lei e do processo legislativo de criação do direito, com atribuição de valor secundário às demais fontes jurídicas. O segundo se revela pela jurisprudência, que consagra, por sua vez, os usos e costumes." (SIFUENTES,2005, p.34)

Com a adoção desses dois sistemas judiciários diversos, surgiram dois paradigmas da judicatura no mundo ocidental que, a princípio, se contrapõem: i) o de um juiz que surge com base no direito romanístico - e também da Revolução Francesa, ao se desvincular do uso da jurisprudência como fonte primária, mas que sofre as críticas de ser um mero "aplicador da lei" ante uma proposta de rígida separação de poderes cunhada por Montesquieu; ii) o do juiz que se sobressai da Revolução Americana, capaz de examinar a constitucionalidade das leis, recusando-se a aplicá-las quando estiverem em

---

reformular os costumes, nada mais fez que tornar aplicável o sistema racional que as universidades haviam concebido, com base no direito romano. (SIFUENTES,2005, p.51).

desconformidade com a Constituição e que cria positivamente o direito, pela força que possuem os seus precedentes judiciais.

Mesmo tendo delineados os dois sistemas distintos que atribuem, em tese, diferentes funções ao juiz, verifica-se que na experiência brasileira, país onde predomina o direito codificado, vários institutos advindos de países de *common law* foram, *mutatis mutandis*, incorporados ao sistema jurídico<sup>80</sup>.

Essa postura se revela necessária e surge da preocupação em realizar um corte epistemológico para adotar, quando necessário, uma ou outra postura não ortodoxa, mas que se revele necessária no ordenamento jurídico para assegurar o verdadeiro acesso a uma ordem jurídica justa<sup>81</sup>.

Não é por outra razão que Miguel Reale já acentuava que "nos últimos anos têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística" (REALE, 2009, p.142-143).

Dada essa notória aproximação que vem ocorrendo entre dois sistemas jurídicos, surge, naturalmente, a superação dos velhos dogmas que vinculavam(ou não) a forma de atuação do juiz em cada sistema. E é nesse quadro que se deve conceber uma nova função jurisdicional, com seu alargamento e eventual protagonismo na tarefa de "dizer o direito"<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> A exemplo do instituto da repercussão geral, o qual guarda algumas semelhanças com o *writ of certiorari* utilizado nos Estados Unidos.

<sup>81</sup> A ruptura com um ou outro modelo que se propõe vem fortalecida de vários fatores enumerados por Mônica Sifuentes em sua obra sobre o poder normativo dos tribunais, como a derrocada do mito da lei e da plenitude lógica do ordenamento jurídico, tais como: i) o fenômeno da "inflação legislativa", em razão do aumento das funções do chamado Estado Social;ii) a correspondente inércia do legislador em áreas novas, que envolvem largos interesses sociais como a bioengenharia, a engenharia genética, a informática e outros;iii) o rápido envelhecimento das leis, em decorrência das mudanças sociais;iv) a utilização cada vez mais frequente, pelo legislador, de conceitos indeterminados, flexíveis;v) a perda do monopólio legislativo do Estado, com o aparecimento do direito comunitário;vi) o impacto da globalização. A autora destaca que a aproximação entre os dois sistemas é fato plenamente constatável na atuação de magistrados dos países de direito escrito, além da contribuição que o controle de constitucionalidade das leis tem exercido para a "implodir" o positivismo jurídico como única fonte de direito nos países de civil law. (SIFUENTES,2005, p.58-62)

<sup>82</sup> O que se propõe não é um protagonismo exarcebado a ponto de usurpar a separação dos poderes proposta por Montesquieu( até porque esta não é absoluta), e sim verificar até que ponto deve ser dada força normativa à jurisprudência, o que não

Ainda sobre essa superação que se revela necessária - a de uma rígida separação de poderes – verifica-se que essa postura só se fazia necessária quando havia o temor da retomada do poder pelos governantes.

Vê-se, portanto, que dentro do quadro de uma relativa estabilidade política revelado desde a promulgação da Constituição de 1877, tal preocupação restou mitigada no contexto brasileiro, eis que "nunca valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível" (BONAVIDES, 1983, p. 160-163).

Ressalte-se ainda que essa eventual limitação à independência dos juízes adquire caráter pejorativo de forma indevida, pois justifica-se também pela própria diferenciação e separação institucional do processo legislativo e das decisões judiciais. A interpretação convencional que diferencia a lei genérica da regulamentação do caso concreto, verifica que em ambos os tipos de processo trata-se do mesmo direito. Se o legislador o constrói, e o juiz o aplica, basta analisar mais profundamente o processo de decisão judicial para se constatar que o juiz também formulará regras gerais e abstratas para as suas decisões que irradiam seus efeitos para além do casos individuais.

Ademais, se a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação e, a complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz. E este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade<sup>83</sup>.

Essa generalidade inerente à lei e às decisões judiciais reside na normatividade da expectativa gerada, na generalização que transcende os momentos (e dessa forma, os casos individuais). Todo aspecto normativo de uma decisão tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma. Por isso a decisão judicial não pode ser apropriadamente concebida como "a lei no caso particular". Isso leva

---

implica no predomínio absoluto do Poder Judiciário sobre o Legislativo, ou vice versa. Até mesmo porque verifica-se, em Luhmann, que o Judiciário não é simples executor das leis, admitindo-se a criação judicial do Direito. (LUHMANN, 1990, p. 149-168).

<sup>83</sup> Nesse sentido: (GADAMER, 2008, p. 489).

à suposição de que a legislação não seria nada mais que uma diferenciação e centralização técnica de parte da decisão judicial, uma forma *de deciso em bloco* sobre certas premissas decisórias, especialmente apropriadas para o tratamento sumário e para a formulação de princípios jurídicos<sup>84</sup>.

A lei, assim como a decisão judicial, devem atuar concorrentemente para a produção do Direito, de forma a reduzir ao máximo a carga de generalidade e abstração da lei, mas obtendo uma média razoável, uma mesma decisão para questões judiciais que tenham o mesmo "pano de fundo".

Com vistas à salvaguarda da unidade do direito é que se exige a aplicação da mesma medida em casos semelhantes, considerando o justo no caso individual se este for mantido, em termos de expectativas contrafáticas, amanhã e depois de amanhã, e com isso as decisões judiciais se incorporam como fontes de Direito na ordem jurídica no seu conjunto.

A partir de tais premissas, os juízes não usurpam poder legislativo algum, e, ao mesmo tempo, devem agir conscientes da margem de atuação que lhes é atribuída quando se admite uma jurisprudência criadora de direitos para a conformação da nossa ordem jurídica. Se é certo que o legislador é quem cria o direito por excelência, também é certo de que ele não o faz sozinho, e nem de forma livre.

Com isso, o Poder Judiciário também atua na criação do direito<sup>85</sup>, porém deve fazê-lo com uma discricionariedade "regrada"<sup>86</sup>, observados os limites

---

<sup>84</sup> Cf. Luhmann, 1983, p. 34-35

<sup>85</sup> Nesse sentido, Celso Lafer (1988, p.54) leciona: "(...) o importante é o exame das normas secundárias, isto é, das normas sobre as normas, que são basicamente aquelas que tratam da produção de normas ou da aplicação de normas. As normas secundárias têm como função, num ordenamento, eliminar a incerteza derivada das dificuldades de identificação, introdução, eliminação, variação e verificação da violação de normas primárias. É por isso que elas são normas de reconhecimento da validade do *quid sit júris*."

<sup>86</sup> A existência de uma discricionariedade judicial também é repudiada por Eros Roberto Grau, para quem o juiz, sempre que interpreta um texto legal, pratica atividade vinculada. Segundo o autor, o que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade e não de oportunidade. A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, enquanto o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve balizado pela lei e pelos fatos. (GRAU, 2002, p. 189)

impostos pela interpretação fixada pelas Cortes Superiores sob pena do esvaziamento de seu mister constitucional. Nesse sentido (SIFUENTES, 2005, p. 84) assevera:

"Desse modo, não havendo uma correspondência rígida entre os Poderes do Estado e as funções que exercem, não se faz necessário um grande esforço para admitir que, em hipóteses legal ou constitucionalmente previstas, também o Judiciário possa proferir atos de natureza equiparada aos materialmente legislativos, sem que isso implique desvirtuamento de sua função típica, ou ofensa ao princípio da separação de Poderes."

A diferenciação (e aproximação) entre competência legislativa e competência judicial também pode ter como referência os correspondentes procedimentos: se o juiz aplica as leis, obedecendo às instruções do legislador; por outro lado, o mesmo legislador deve levar em conta o modo de proceder dos tribunais para editar novas leis, de modo a contribuir para a unidade do Direito. Ou seja, o juiz deverá entender o que o legislador quis dizer, o modo como ele observou o mundo. Nesse sentido:

Desse modo, a relação entre competência legislativa e competência judicial é estabelecida segundo uma hierarquia. O tribunal é o órgão executivo da competência legislativa e a metódica jurídica é entendida como mera dedução. Há muito se sabe que tal interpretação não corresponde à realidade, mas ao mesmo tempo se compreende que a nova agudeza da distinção (legislação/jurisprudência) só se pode perceber e recomendar com a ajuda de um conceito unitário (LUHMANN, 2002, p. 365).

Portanto, parte-se de premissa que a eventual valorização da jurisprudência a ponto de torná-la vinculante para outros juízes e tribunais não implica usurpação da competência do legislativo, pois a lei não é monopólio do Legislativo (a não ser sob o aspecto formal)<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Cf. Canotilho, que diz haver uma "reserva de forma normativa" (CANOTILHO, 1991, p. 189). Trata-se do problema da fixação de limites entre a função legislativa e jurisdicional, de modo a "controlar" a criatividade dos julgadores, tanto por parte daqueles que produzem a jurisprudência, por um lado, quanto por aqueles que devem observá-la. Nesse sentido, o que importaria, em última análise, em eventual usurpação da competência do Legislativo reside na análise a partir da forma e dos limites em que

Verifica-se, ainda, que os Tribunais Superiores adquirem uma dupla missão: a de manutenção da unidade do direito e o seu desenvolvimento. Com isso, devem atuar conscientes de seu mister, admitindo-se a superação do caráter meramente informativo ou persuasivo jurisprudência para então dotá-la de um efeito normativo/vinculante similar àquele atribuído à lei<sup>88</sup>.

## 2.5 A Jurisprudência Como Fonte de Direito<sup>89</sup>

Conforme se evolui para a análise do papel da jurisprudência superando os dogmas de uma rígida vinculação aos antigos sistemas de *civil law* e *common law*, deve-se verificar qual a função e limites impostos à atividade judicante das cortes superiores brasileiras.

Com isso, surgem propostas de mitigar o argumento de que a verdade não possa residir unicamente em conceitos pois estes se dariam tão somente no juízo de cada caso concreto onde ocorre uma formulação reflexiva da coisa<sup>90</sup> para, então, encontrar ao menos uma “certeza razoável” com base em evidências mediatas, uma certeza “moral”, que adquire força ante a certeza da ocorrência de tal resultado na maior parte das vezes que a mesma causa for levada ao judiciário<sup>91</sup>.

---

deve ser aplicada uma jurisprudência que possua eventual força normativa ou vinculante, a exemplo do Poder Legislativo e das conhecidas limitações ao Poder Regulamentar.

<sup>88</sup> Assegurando, sempre que possível, um processo de revisão da jurisprudência semelhante(até mais dinâmico) que o do legislativo, no sentido de se admitir revisões de acordo com a evolução da realidade social e demais fatores que possam atuar no convencimento do julgador, mas que esse papel não resida no poder de cada julgador individual, conforme se atribua um caráter meramente informativo à jurisprudência.

<sup>89</sup> Cf. LARENZ (2009, p.615): “Se se qualificam como fontes do direito todos aqueles fatores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito, então a jurisprudência, mas também a ciência do Direito, são fontes de Direito.”

<sup>90</sup> Mitigando também a regra da independência dos magistrados em prol de uma interpretação igualitária da lei, conforme consignou o Min. Francisco Rezek no julgamento da ADC no, 1/DF.

<sup>91</sup> Cf. Aristóteles (1992, 1139a, p.114):“há um certo padrão determinando o meio termo (...) de fato, não somente nesse caso mas em todos os propósitos que assumem o caráter de ciência, é verdadeiro dizer que não devemos intensificar nem relaxar nossos esforços demasiadamente ou insuficientemente, mas até um ponto intermediário e de conformidade com a reta razão.”

Outro argumento a favor do fortalecimento do caráter normativo(formal) da jurisprudência é notório: a adoção da ponderação de valores como opção metodológica para fundamentação de decisões tem sido uma constante no Brasil. A crítica que se faz nesse ponto é a de que, a fim de superar o positivismo e seus métodos arcaicos de interpretação, a utilização da doutrina alexyana<sup>92</sup> para a fundamentação de decisões tem sido feita em larga escala pelo Poder Judiciário Brasileiro. Nesse sentido, Luhmann (1983, vol II, p. 84), destaca:

Tanto o legislador, quanto a dogmática jurídica e a própria jurisprudência deveriam responder se, e até que ponto, tais problemas poderiam ser resolvidos através da realização expansiva da noção de direitos fundamentais (por exemplo da interpretação dos direitos fundamentais como idéias gerais sobre valores vinculando toda a comunidade política), ou se para tanto deveria ser desenvolvido um instrumental técnico-jurídico mais diferenciado, a ser dotado de status constitucional.

Apesar do reconhecimento da importância dessa teoria, especialmente para solucionar os *hard cases* através da comparação e do sopesamento de direitos, princípios e valores, surge, por outro lado, a preocupação acerca de seu uso indiscriminado, especialmente sob a ótica de Luhmann, quando se trata de ver o Direito como um sistema de controle das expectativas sociais normatizadas.

Essa preocupação revela-se necessária para não colocar em cheque o conceito de direito que se quer adotar, e nos remete a preocupações sobre os

---

<sup>92</sup> A jurisprudência de valores consiste numa opção metodológica não analisada na introdução dessa pesquisa, de origem na Corte Constitucional Alemã, para a argumentação e justificação de decisões judiciais. Nela, ALEXY (2003, p. 2) delinea a assunção pela Corte Constitucional Alemã de um quadro de regras e princípios nos quais se constituiriam os direitos fundamentais, pela primeira vez, na decisão proferida junto ao caso Lüth, em 1958. Lüth teria incitado e convocado o povo alemão a boicotar os filmes produzidos por Veit Harlan, uma vez que eles divulgariam idéias nazistas. No caso, haveria uma situação típica do conflito de princípios, em que o princípio da liberdade de expressão, que estaria amparando a divulgação do boicote, estaria se chocando com o princípio constitucional de política pública que permite restrições à liberdade de expressão. Para tanto seria necessária por parte da Corte a utilização de um balanceamento ou sopesamento: no caso, o princípio da liberdade de expressão se sobreporia a outras considerações constitucionais concorrentes.

limites da atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ante o perigo que se extrai da falta de imposição de um limite ao qual os juízes e tribunais devem ser submetidos, especialmente frente a um direito promulgado pelo legislador.

Mas para validar afirmações acerca da força normativa *extra partes* da jurisprudência e não ficar à míngua de outros argumentos que pugnam pela ampliação do papel da jurisprudência dos Tribunais Superiores e sua evolução no sistema jurídico brasileiro para uma função eminentemente criadora de direito, buscar-se-á, a seguir fazer um relato daqueles considerados de maior relevo.

Pode-se colher, a partir da doutrina, vários autores afirmando claramente que a jurisprudência assume definitivamente papel relevante como fonte de direito.<sup>93</sup>, a exemplo do que esclarece Knijnik:

"Como decorrência da causa dogmática, mas também à luz dos endereços exegéticos decorrentes da causa hermenêutica, a própria jurisprudência vai assumir, assim, um papel diferenciado, elevando as Cortes Superiores ao plano das fontes do direito. Assim, já não se poderá dizer, efetivamente, que o Superior Tribunal de Justiça simplesmente "declare" a solução mais adequada para determinados casos ou assuntos submetidos à sua jurisdição. Em realidade, ele também estará criando ou adicionando algo de novo do ponto de vista da formulação das regras jurídicas. Assim, o precedente judiciário, à vista da legislação moderna, assume um papel decisivo." (KNIJNIK, 2005, p. 54).

"E a Corte de Revisão, enfim, assume relevante papel não apenas de definir a exata aplicação da lei, mas, isto sim, de construir, progressivamente, o próprio sentido da lei cuja interpretação lhe cabe fixar." (KNIJNIK, 2005, p. 62).

Lembre-se também o que já aduzia CAPPELLETTI, em *Juízes Legisladores?*<sup>94</sup>:

---

<sup>93</sup> Também nesse sentido: (TUCCI, 2004).

<sup>94</sup> Sobre a afirmação de que os tribunais exercem função criadora do Direito, CARNELLUTI afirma que há uma essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional, onde "a legislação é apenas um modo de criar o direito, bastante diverso do jurisdicional" (CARNELLUTTI, 1999, p.147)

“o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz(...) Ambos constituem processos de criação do direito” (CAPPELLETTI, 1984, p.27)

No mesmo sentido, Arnaldo Vasconcelos:

A sentença, sem dúvida, não é norma jurídica em sentido próprio, porque com ela não se faz Direito, sendo antes, a declaração ou reconhecimento ou não de um Direito a ela preexistente. Só a norma Jursiprudencial, resultado de um conjunto de sentenças uniformes, possui as características essenciais da norma jurídica, valendo como modelo ou previsão de Direito. (VASCONCELOS, 2002, p. 149-150.)

Somam-se ainda, aos argumentos trazidos, a própria jurisprudência de conceitos conforme afirmava WARAT (1997), onde a tratava como uma das formas mais acabadas de racionalismo. Seu objetivo era o desenvolvimento do direito positivo até conseguir um sistema lógico fechado de conceitos, nos quais um conceito geral supremo permite, a partir dele, desenvolver os demais conceitos particulares, estes atribuídos à jurisprudência. Com a adoção dessa linha de pensamento, também era, possível, portanto, extrair conseqüências jurídicas dos conceitos jurídicos mediante o procedimento de construção de uma jurisprudência conceitual, anteriormente descrito<sup>95</sup>.

Ressalte-se, por derradeiro, que é Luhmann quem trata o assunto de forma mais incisiva, de modo que sugere uma igualdade de tratamento entre normas e decisões jurídicas, como elemento fundamental para a circularidade necessária aos processos autopoieticos do sistema, afirmando:

---

<sup>95</sup> Vale lembrar a célebre afirmação de Hegel(1770-1831) de que “tudo o que é real é racional e tudo o que é racional é real” . O sistema jurídico deve ser organizado de forma racional e lógica (pois, sendo real, ele deve ser racional) e, portanto, se uma afirmação é conseqüência lógica dos conceitos que formam o sistema, então essa afirmação será verdadeira (pois tudo o que é racional é real). Dessa maneira, aqueles enunciados que fossem conseqüências lógicas dos conceitos obtidos pela química jurídica, por serem logicamente dedutíveis dos conceitos fundamentais, seriam por isso obrigatórios, na medida em que configurariam normas implícitas no sistema jurídico.

Processos autopoieticos são recursivos, i.e., estruturados simetricamente – e este é um aspecto dessa abordagem teórica que tem implicações significantes para a teoria jurídica. A qualidade normativa de cada elemento é adquirida através da qualidade normativa de outros elementos, aos quais a mesma regra se aplica. Não pode, portanto, haver hierarquia normativa. Em termos de normatividade, uma simetria rígida existe inclusive entre a lei e a decisão judicial.(tradução. livre)<sup>96</sup>

Verifica-se que, na aplicação da lei aos casos concretos, a regra primária(positivada) não se amolda perfeitamente devido a sua universalidade, devendo-se socorrer à regra secundária(judicial), onde ressalta a normatividade que deve se fazer presente em ambas:

Um grupo de regras primárias, devido a sua fraqueza (incerteza, papel estático, ineficiência), tem que ser complementado por um grupo de normas secundárias. Mas, nas operações jurídicas, a relação entre essas duas esferas apenas pode ser reconhecida se a mesma qualidade normativa está presente em ambas as esferas. Caso contrário, a compensação da inadequação do Direito residirá fora do Direito( o que é possível, claro) [tradução livre]<sup>97</sup>

Dentro do contexto brasileiro, a proposta de uma jurisprudência( ou um incidente com a finalidade de uniformizá-la (de forma efetiva, eis que já há um incidente com este nome no Código de Processo Civil vigente) e dotá-la de maior eficácia(como é a proposta do PLS nº 166/2010, que prevê a reclamação para o tribunal competente em caso de decisões com teses jurídicas diversas<sup>98</sup>) nos remete, desde então, à questão da legitimidade dos tribunais superiores para atuarem como responsáveis pelo fechamento operacional do

---

<sup>96</sup> Autopoietic processes are recursive, i.e., necessarily symmetrically structured – and this is na aspecto f this theoretical approach which has significant na wide-ranging implications for legal theory. The norm quality of each element is owed to the norm quality of other elements, to which the same rule applies. There can therefore be no norm hierarquies. In terms of normativity a strict symmetry exists even between the law and the judge´s decision.(LUHMANN, 1988, p.21)

<sup>97</sup> A layer of primary rules, because of their immanent weakness(uncertainty, static character, inefficiency), has to be complemented by a layer os secondary rules. But in legal operations the interrelationship of these two spheres can only be recognized and only be practiced if the same norm quality is involved in both spheres. Otherwise compensation for the inadequacies of law would lie outside the law ( which is of course possible) (LUHMANN, 1988, p. 22).

<sup>98</sup> Ver anexo III (incidente de resolução de demandas repetitivas).

sistema, coibindo a produção de decisões discrepantes acerca de uma mesma tese.

No entanto, deve-se buscar outros fundamentos além dos consignados para dar maior legitimidade a tais propostas. Estes podem ser extraídos, também, da *teoria dos poderes implícitos*<sup>99</sup> como postulado de hermenêutica. Verifica-se, a partir da principiologia e da axiologia dela emanadas que embasam a técnica lógico-racional da interpretação judicial é que surge um dos fundamentos de validade da proposta de uma força vinculante das decisões judiciais sobre os demais tribunais superiores, conforme se extrai da evolução normativa brasileira e pela proposta de um novo Código de Processo Civil<sup>100</sup>.

Nomeadamente no campo do Direito Constitucional, tem-se utilizado desse postulado para afirmar que compete aos Tribunais Superiores, ao exercerem o seu *munus* constitucional, o direito e o dever de dispor de todas as funções — ainda que implícitas — indispensáveis para o fiel e adequado desempenho do seu ministério ficando a salvo, entretanto, no ponto, apenas as condicionantes constitucionais expressas, emanadas dos poderes constituintes originário e ou derivado, respectivamente.

A esse respeito a doutrina se manifesta expressamente no sentido de que o Supremo Tribunal Federal exerce uma série de competências que o modelo constitucional brasileiro lhe confere<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> A doutrina dos *inherent powers* exsurgiu no mundo jurídico a partir dos julgamentos dos casos *MacCulloch vs. Maryland* e *Myers v. Estados Unidos US — 272 — 52, 118*, realizados pela Suprema Corte norte americana.

<sup>100</sup> Ressalvadas as hipóteses do uso do incidente de demandas repetitivas em instâncias ordinárias, o que também está sendo proposto no PLS nº 166/2010 mas não será objeto de análise deste trabalho.

<sup>101</sup> Veja-se, ainda, MORAES (2009, p. 610) e TRIGUEIRO (1980, p. 84), para quem, respectivamente: “Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos — *inherent powers* —, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (*Myers v. Estados Unidos US — 272 — 52, 118*), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.” (...) Em princípio, pois, os poderes dos Estados se estendem a tudo o que não lhes é proibido por norma constitucional federal, ou não haja sido atribuído privativamente à União, quer por preceito explícito, quer por estar implicitamente contido nos poderes expressos.”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também admite a possibilidade extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional<sup>102</sup>. Na mesma linha são trazidas as palavras de Canotilho, que também admite, com limitações, a existência de tais competências. (CANOTILHO, 2002, p.953):

“A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de “poderes implícitos”, de “poderes resultantes” ou de “poderes inerentes” como formas autônomas de competência. É admissível, porém uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos

---

<sup>102</sup> O Supremo Tribunal Federal estabeleceu os seguintes entendimentos acerca da doutrina dos inherent powers: “Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional” o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.” (HC 91.661-PE, 03/04/2009) “Desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. Como é sabido, a reclamação, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões, é fruto de criação pretoriana. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos implied powers deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos. Em 1957, aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” (Rcl. 5.470-PA, DJ 10.03.2008, Tribunal Pleno) “Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina — construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) — enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) (MS 26.547-DF, DJ 20.06.2007, Tribunal Pleno) “{...} 2. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal — ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f). 3. Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual — na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos — possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal. 4. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 2.408-PA, 02/04/2007).

de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através de leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais”

*Mutatis mutandis*, o mesmo pode ser dito dos demais tribunais superiores brasileiros<sup>103</sup>. Nesse sentido foi o julgamento dos EDcl, no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.09.2009, onde foi consignado que, ainda que a legislação infraconstitucional não haja positivado tal instituto, cabe reclamação, com fundamento no art. 105, I, "f", para o STJ, quando a decisão de Turma Recursal de Juizados Estaduais violar a interpretação da legislação infraconstitucional federal dada pela jurisprudência do STJ (cf. Inf. 557/STF)<sup>104</sup>.

Essa preocupação com a uniformização das decisões judiciais foi transposta, no plano normativo, até mesmo para o sistema dos juizados especiais cíveis. Embora, ainda não tenha sido criada a Turma de Uniformização da Jurisprudência para os Juizados Especiais, esta foi proposta pelo Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 16/2007.

Por outro lado, a repetitividade dos temas levados aos Juizados Especiais Federais já levou à positivação da matéria no âmbito dos Juizados Federais (Lei n. 10.259/2001, inclusive com recurso para o STJ - art. 14, § 4.º)

---

<sup>103</sup> Até porque a proposta de se dar uma maior força normativa à jurisprudência não se restringe ao Supremo Tribunal Federal, pois o incidente de resolução de demandas repetitivas se aplica também ao Superior Tribunal de Justiça. E a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005 também possui previsão de súmulas de observância obrigatória também na Justiça do Trabalho, como será analisado detalhadamente em capítulo posterior.

<sup>104</sup> Onde concluiu a ministra. “Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda se dê à reclamação prevista no artigo 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução deste impasse”.

e, mais recentemente, na lei que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública (arts. 18 e 19 da Lei n. 12.153/2009).

Portanto, parte-se não apenas da aceitação de tal teoria, mas também do fato incontroverso que o direito positivo – seja a nível constitucional ou infraconstitucional - caminha no mesmo sentido, donde se conclui que foram outorgados, no ordenamento jurídico brasileiro, poderes implícitos aos tribunais para uniformizar a Jurisprudência conforme dispuser a competência constitucionalmente atribuída a cada órgão, cuja preocupação com a uniformização de jurisprudência foi transposta até mesmo para sistema dos juizados especiais.

Também a jurisprudência caminha no sentido da aceitação do papel da jurisprudência dos tribunais superiores como fonte formal de direito, o que vem ganhando força, tendo como um de seus expoentes o Min. do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes. Essa aceitação revela-se a partir da objetivação das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade<sup>105</sup>. Colhe-se vários precedentes nesse sentido, a exemplo da Medida Cautelar no RE 376.852(DJ de 27.03.2003), onde foi ressaltado também o caráter objetivo que a própria evolução legislativa vem emprestando

---

<sup>105</sup> Cf. RE 582.760/RS, na parte que interessa, *in litteris*: "Senhores Ministros, acompanho a integralidade do voto da eminente Ministra Relatora. Faço-o tendo em vista inclusive as novas premissas que tem assentado este Tribunal em matéria de recurso extraordinário. Tal como já destaquei, o Tribunal não se tem, na verdade, atido a mais – e aí, diria eu, felizmente – àquela ortodoxia do recurso extraordinário apenas como matéria de caráter subjetivo, ou como elemento de defesa de caráter subjetivo. Pelo contrário, a partir de várias decisões, temos tido a manifestação do Tribunal no sentido de, especialmente quando se trata da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, se manifestar, a despeito daquela manifestação não aproveitar o caso concreto. Cito, então, vários precedentes. Claro, alguns não se referem a recursos extraordinários, mas todos dizem respeito ao controle incidental de normas.(...)Nesta mesma linha – e aqui nós adentramos no terreno do RE -, no RE 102.553, da relatoria do Ministro Francisco Rezek, RTJ 120.725, o Tribunal assumiu de novo a condição de titular da guarda da Constituição para examinar a constitucionalidade de outras normas, ainda que isso não interessasse ao recorrente. Tratava-se da apreciação de uma resolução do Senado que versava matéria de alíquota do ICMS.No caso, a terminologia adotada, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário do contribuinte, negou-lhe provimento, declarando, porém, a inconstitucionalidade da resolução questionada.(...) **São inúmeros os casos em que o Tribunal tem se pronunciado no sentido de uma *causa petendi* aberta ao que leva a uma ruptura com a tendência de estrita subjetivação do recurso extraordinário.(grifos não originais)**

ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional. Outro dado relevante que merece destaque e confirma essa tendência de objetivação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, onde foram decididos dois recursos extraordinários cuja questão jurídica resolvida foi aplicada uniformemente a 4.909 processos idênticos em matéria previdenciária.<sup>106</sup>

A partir de tais premissas inicialmente impostas pela jurisprudência<sup>107</sup> e pela evolução do direito positivado no Brasil, mais uma vez voltam-se os olhos dos juristas para o estudo do direito como sistema autopoietico, como nos afirma a concepção sociológica de Niklas Luhman.

Ocorreram, ainda, recentes reformas no Código de Processo Civil - por meio de alterações pontuais (Lei nº 9.756/98 e Lei nº 10.352/01) reforçadas por meio da Emenda Constitucional nº 45/04 e a legislação infraconstitucional que lhe seguiu (Leis nº 11.418/06 e 11.672/08) vêm positivando a força normativa que a jurisprudência das cortes superiores brasileiras vem ganhando com os institutos da súmula vinculante, repercussão geral e dos recursos repetitivos.

Outros argumentos de ordem pragmática diriam, ainda, que a adoção de uma jurisprudência vinculante se trata de um rumo necessário e inevitável, pois a redemocratização trazida à tona pela Constituição de 1988 criará, na falta de respostas, a uma asfixia do próprio sistema por ela criado, um processo paradoxal que levaria o sistema de controle de constitucionalidade ao colapso,

---

<sup>106</sup> Trata-se do julgamento dos Recursos Extraordinários (REs 416827-SC e 415454-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes), julgados na sessão plenária do dia 8 de fevereiro de 2007, como noticiado no Informativo n.455, disponível em <<https://www.stf.gov.br>>, acessado em 02 jan. 2011.

<sup>107</sup> A exemplo da decisão do STF no habeas corpus 82.959-7/SP, onde, após a decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, os demais órgãos do Poder Judiciário passaram a conceder progressão de regime para condenados por crimes hediondos, seguindo a orientação do precedente citado. Ressalte-se ainda que, em sessão plenária do dia 16.12.2009, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 26, *verbis*: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

uma vez que não há como processar, em tempo hábil e com a segurança que se espera, o elevado número de recursos extraordinários que chega diuturnamente à Corte Suprema Brasileira.

Uma vez delineado o quadro evolutivo do papel da jurisprudência e sua função até o momento, verificou-se, em 2010, a chegada de novas propostas de reforma do sistema de justiça colocadas em pauta pela proposta do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010). Com isso, o papel da jurisprudência merece ser reavaliado, bem como a análise de suas conseqüências e implicações correlatas ora apresentadas para o campo normativo, de modo a serem validadas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.6 A Importância da Jurisprudência Como Elemento de Controle das Expectativas Sociais**

Verificadas as funções dos tribunais e da jurisprudência, a necessidade de um fortalecimento da jurisprudência justifica-se não como uma imposição, mas sim como um critério de fechamento autopoietico do sistema<sup>108</sup> - refletida pelo nosso sistema recursal.

Apesar de se recorrer frequentemente a argumentos como a notória incapacidade de se viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa sem recorrer a alguns "filtros pragmáticos" das demandas, estes merecem revisão e podem ser validados no que concerne à aplicação do direito<sup>109</sup>, onde a proposta luhmaniana destaca:

Sua forma mais concreta e objetiva seria o controle hermenêutico da interpretação do sentido das normas jurídicas

---

<sup>108</sup> Que, no entanto, não implica na desvalorização das decisões de grau inferior que a contrariem, pois as irritações/vibrações do sistema podem levar a aprendizados, de forma que não se leva a um "engessamento" da atividade hermenêutica ou limitação da independência do julgador, mas tão somente uma discricionariedade regrada, que admite exceções.

<sup>109</sup> Ex.: súmulas vinculantes, recursos repetitivos, repercussão geral.

e da persuasão de argumentos, de forma que o processo da decisão jurídica está orientado não pelo resultado, mas sim em função de que os seus diversos procedimentos e argumentos possam ser controlados, tendo em vista a seletividade e a decisão almejada devidamente esclarecida e explicitada enquanto base cognitiva comum, (LUHMANN, 1983, vol II, p. 88).

Traçadas as peculiaridades do sistema tradicionais sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, verificou-se que essa *base cognitiva comum* não representa monopólio do Poder Legislativo, cabendo também ao Poder Judiciário a tarefa de fazer sínteses regulativas de sentido que criem segurança em termos de expectativas (LUHMANN, 1983, v.I, p.52). Portanto verifica-se que, em Luhmann, a relação entre competência legislativa e judiciária passa a ser muito mais uma relação de circularidade e não de assimetria linear, realizando uma restrição recíproca do espaço de decisão.

Verificar-se-á, a partir do relato a seguir, o problema que surge na sociedade ante uma falta de atuação dos Tribunais Superiores no sentido de uniformizar a Jurisprudência sobre determinados temas que são recorrentes nas demandas judiciais<sup>110</sup>.

Pode-se fazer uma demonstração prática a partir da análise dos processos criminais que versam sobre a tipicidade (ou não) do porte de arma quando esta encontra-se desmuniada, situação recorrente na Justiça Brasileira, onde se discutia sobre a interpretação do art. 10, caput, e § IV, da Lei n. 9.437/97, para verificar se há tipicidade em tais casos, sendo que o *leading case* fora relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence no RHC 81.057.

A lei 9.437/97, esta sob o aspecto formal considerada monopólio do Poder Legislativo, assim tipificou a conduta do art. 10, *verbis*:

---

<sup>110</sup> Nesse sentido: “É correto afirmar que a jurisprudência é formada – de baixo para cima – partindo de casos concretos e , quem deve encarregar-se de sua gênese é o juiz singular. Mas, legalmente, quem deve harmonizar a jurisprudência em todo o país são os tribunais superiores e o STF. Por isso cuidamos de estabelecer a diferença entre harmonização e formação de jurisprudência. A independência dos juízes está intocada na proposta aprovada pelo Senado Federal. Não Haverá sanção para o magistrado que, em obediência à sua formação de valor, descumpra a decisão com efeito vinculante. Lógico que ensejará prejuízo à parte. Não estabelecemos o que se convencionou chamar de “crime de hermenêutica”. ”Lima, Ronaldo Cunha in: EFEITO VINCULANTE:As decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser obedecidas por todas as instâncias do Judiciário. Correio Braziliense, Brasília, 5 de agosto de 1997.

#### Capítulo IV

#### DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - detenção de um a dois anos e multa.

Entretanto, dada a universalidade, generalidade e abstração inerentes à lei, verificou-se que esta não regulou a situação por completo, deixando a cargo do Poder Judiciário, neste caso, a complementação da norma no sentido de definir a questão: há tipicidade ou não na conduta quando, no caso concreto, a arma está desmuniada?

Colheu-se, a partir desse caso concreto, dentro de um mesmo Tribunal Superior (neste caso o Supremo Tribunal Federal) julgados no sentido de que (i) há crime em tal conduta (RHC 81057, HC 93816) e (ii) não há crime em tal conduta (HC 97811). Com isso surge o problema que Canotilho destaca, quando aborda o tema da segurança jurídica:

Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade na orientação dos tribunais. (CANOTILHO, 1993, P.381)

Para tentar por fim a esse impasse, tendo em vista que nenhuma das duas correntes contrárias chegou a ser pacificada, o Ministro Ricardo Lewandowski ainda chegou a propor uma solução intermediária, ao asseverar, no, RHC 90197, "ser necessário aferir, em cada caso concreto, se a conduta enseja ou não risco ao bem jurídico supra-individual, para além de um juízo de valor contido na escolha legislativa em incriminá-lo."

Sem aprofundar muito no tema específico, a constatação que se faz necessária é a de que a jurisprudência dos tribunais superiores vem, até o momento, oscilando em alguns temas importantes e recorrentes.

Conclui-se que, neste caso concreto, ao menos um posicionamento intermediário da jurisprudência já traria uma certa contingência, pondo fim à coexistência de posições diametralmente opostas, que se baseiam tão somente no fato de que a arma estar municada ou não seria critério bastante para tipificação ou não da conduta criminosa.

Essa indefinição age em desfavor da sociedade pois, mantidas as posições divergentes dentro das duas turmas julgadoras de uma mesma Corte Superior, cria-se a indesejável insegurança jurídica, ante a possibilidade de que dois cidadãos que tenham praticado o mesmo ato possam ter respostas diversas de acordo com a ordem de distribuição de processos no tribunal.

O também que se extrai desse problema é o fato de o moderno princípio da igualdade, positivado na CF/88, não comportar pesos e medidas diferentes em situações análogas, exigindo-se aplicação universal de critérios para a decisão “sem consideração da pessoa”: um princípio decisório que para o jurista e sociólogo seria altamente imoral em sociedades arcaicas, mas que dá lugar à implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência. (LUHMANN, 1983, vol II, p. 87).

Trata-se, neste caso, de abordar o problema da dupla contingência do mundo social proposta por Luhmann: captar, absorver as expectativas e experiências, de modo a construir estruturas de expectativas pois “há necessidade de se produzir confiança, de que comportamento dos outros deve ser expectável”(expectativas sobre as expectativas). (LUHMANN, 1983, v. I, p.47).

Portanto, muito embora não tenha sido editada, até o momento, nenhuma jurisprudência ou até mesmo uma súmula vinculante para o controle das expectativas sociais acerca da matéria, verifica-se que eventual integração da norma legal por meio da jurisprudência, a exemplo do entendimento do Min Ricardo Lewandowski não chegaria, desse modo, a “engessar” a liberdade de convencimento do julgador, mas tão somente traçar linhas mestras que

demonstrem dentro do universo de possibilidades inerente às peculiaridades de cada caso concreto, quais aquelas que não comportam aceitação, sob pena de, sob o manto da liberdade do convencimento de juiz, esta convolar-se em verdadeiro arbítrio<sup>111</sup>.

## **2.7 A Evolução Legislativa e Jurisprudencial Sobre Os Processos Repetitivos**

A realidade brasileira apontava, desde 1990, inúmeras ações versando sobre a mesma matéria (tese jurídica) ajuizadas por milhares de cidadãos, a exemplo das ações sobre desbloqueio de valores pelo governo Fernando Collor de Mello ou as correções monetárias do Plano Bresser. Tais ações revelavam um procedimento idêntico, não apenas com as mesmas teses, mas também com relação às teses contidas nas demais peças processuais (contestações, réplicas, sentenças e acórdãos). Essa repetitividade de ações com matéria idêntica já preocupava a comunidade jurídica internacional, conforme relato do Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

Os números aterradores da estatística de processos recebidos e julgados no Supremo Tribunal, nessa quadra, justificariam por si só essa proposição. Nos últimos dois anos, os números são notórios: em 1995, o pico da acelerada multiplicação de causas no supremo Tribunal resultou nesses números que têm assustado, nos encontros internacionais de que tenho participado com presidentes de Cortes similares, a todos. recebemos 30.706 feitos e emitimos 35.214 decisões.

Neste mesmo ano, a Suprema Corte Americana recebia cerca de 4.000 propostas de processos, aceitava julgar cerca de 300 e emitia 180 julgamentos. O Tribunal Constitucional Alemão era

---

<sup>111</sup> Nesse sentido, frise-se que "a fixação de limites entre a função legislativa e a função jurisdicional passa pelo antigo problema da "criatividade" dessa última. Trata-se de verificar, em outras palavras, se afinal o juiz, no exercício da função jurisdicional, é mero aplicar da lei ou se participa do processo criativo do direito, em atividade que se convencionou chamar de "função supletiva, complementando lacunas legislativas ou mesmo formulando o direito, quando é autorizado a decidir por equidade ou pela aplicação de princípios que emanam do ordenamento jurídico".(SIFUENTES, 2005, p.102).

procurado por cerca de cinco a sete mil queixas constitucionais, mas só 2% delas passavam pelo crivo da comissão encarregada da discricionariedade da escolha das queixas e julgamento. (manifestação do Ministro perante a Comissão do Senado Federal por ocasião da tramitação da Proposta de Emenda à constituição Federal nº 54 de 1995 Fonte: Efeito Vinculante. Lima, Ronaldo Cunha. Editora do Senado Federal,1995, p.27)

Vários outros casos retrataram essa multiplicação de demandas individuais com teses jurídicas idênticas. Em nossa jurisprudência, pode-se citar o Conflito de Competência 48.177/SP, onde pretendeu-se determinar a suspensão tanto das ações coletivas concorrentes quanto das milhares ações individuais que versavam uma tese jurídica idêntica.

À época, considerando o caráter superficial da cognição em sede liminar, não foram declinados, de início, pelo relator, os fundamentos jurídicos que suportariam a suspensão dessas ações (especialmente no que se refere às ações individuais – pois não havia possuía previsão no ordenamento jurídico), mas a realidade do Poder Judiciário brasileiro ficou bem retratada na passagem abaixo extraída da complementação de voto do Ministro Luiz Fux:

(...) Um outro argumento subjacente que gostaria de trazer é no sentido de que as ações individuais recorrentes nos juizados especiais têm a finalidade de transformar aqueles resultados individuais em resultados transindividuais. Essas ações repetidas nos juizados especiais estão fazendo as vezes de ações coletivas de altíssima complexidade - vejam agora como estamos nos deparando com essa dificuldade toda - nos juizados especiais, que não têm a menor competência para julgar tais causas. Na verdade, é um simulacro de uma ação individual. Esta é uma ação coletiva, que versa e que interessa a todos. Uma ação dessa tem gerado a repetição de inúmeras ações. Nossa opção na vida é: ira ou amor. Temos que fazer uma opção. Vamos receber cem mil ações, cada uma com uma decisão diferente e vamos bater no peito que somos um tribunal da cidadania, mas violando a isonomia, ou daremos uma solução para essa questão, que é nacional? Diante desse panorama, reformulando meu voto, já que entendo que não podem permanecer nos juizados especiais, assento que a ratio essendi da conexão das ações coletivas é manter a uniformidade das decisões, do contrário, estaremos criando, com as ações coletivas, a possibilidade de decisões contraditórias, isto é, estamos indo na contramão da finalidade do instituto. Sugiro que todas as ações sejam reunidas no juízo

federal para uma decisão única, porque, mesmo aquela primeira solução de grupos ficarem em locais diferentes, gera a possibilidade de essas decisões serem contraditórias nesses grupos. Essa é a complementação da minha sugestão de voto. Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

O fato é que, tendo em vista as circunstâncias factuais inerentes à hipótese versada, envolvendo cerca de 66 mil ações individuais, o risco de decisões contraditórias e, ainda, considerando o princípio da segurança jurídica, foi deferido o pleito da requerente para determinar o sobrestamento das ações coletivas acima indicadas, bem como das ações individuais nos juízos federal e estadual, em conformidade com a relação de processos constantes do documento nº 2 da petição protocolizada sob o nº 28202 daqueles autos.

Embora as razões de decidir do Min. Relator, quando explicitadas por ocasião, tenham sido no sentido de reconhecer o interesse da Anatel nessas ações e a necessidade de sua reunião para julgamento conjunto em um só juízo da Justiça Federal do Distrito Federal, em razão do âmbito nacional das ações e do art. 93, inciso II, do CDC, argumentos que merecem destaque surgiam, desde então, a partir da posição adotada na complementação de voto do Ministro Luiz Fux, que propunha, inclusive, a reunião também das ações individuais em conjunto com as ações coletivas, para um só julgamento único e unitário, de modo a manter a uniformidade de todas as decisões sobre o tema, tanto no plano individual como coletivo<sup>112</sup>.

Essa preocupação se fez presente também no Poder Legislativo onde, desde 1995, a PEC nº 54/1995 pretendia dar efeito vinculante à decisões das Cortes Superiores, conforme se extrai da redação original proposta pelo Senador Ronaldo Cunha Lima:

---

<sup>112</sup> Segundo o voto do ministro à época, “ações individuais recorrentes nos juizados especiais têm a finalidade de transformar aqueles resultados individuais em resultados transindividuais. Essas ações repetidas nos juizados especiais estão fazendo as vezes de ações coletivas de altíssima complexidade (...) nos juizados especiais, que não têm a menor competência para julgar tais causas. Na verdade, é um simulacro de uma ação individual”. (Conflito de Competência 48.177/SP)

art.102.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, após sumuladas, produzirão efeitos eficácia todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgão do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

No entanto, a proposta foi arquivada em razão da aprovação de Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que dispunha acerca de vários temas sobre a reforma do Poder Judiciário, inclusive este, o que prejudicou a tramitação da matéria.

Neste particular, aprovou-se a súmula vinculante, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988:

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.

Portanto, verificou-se, no plano do ordenamento jurídico brasileiro, a aprovação de propostas que, a exemplo da súmula vinculante e do julgamento de processos repetitivos, podem ser analisadas como instrumentos que: (i) se alinham com a posição de Luhmann sobre o papel dos Tribunais dentro do sistema jurídico, (ii) surgem como instrumentos de diminuição da complexidade, (iii) contribuem para o fechamento operacional do sistema, ao reduzir a possibilidade de construção de normas em desacordo com um núcleo reflexivo comum.

Mas, a despeito do acerto ou não da hipótese metodológica para aferir a opção do legislador brasileiro, a redação aprovada sobre a súmula vinculante abordou a matéria de forma parcial, pois não abordou a problemática da repetitividade de ações nas demais Cortes Superiores brasileiras. Essa temática estava em pauta mas foi sobrestada, e ainda será objeto de votação, pois tais matérias foram destacadas no curso do processo legislativo e deram

origem à PEC nº 358/2005, conhecida como a segunda etapa da reforma constitucional do Poder Judiciário.

Nessa proposta - que encontra-se pendente de apreciação na Câmara dos Deputados para apreciar as alterações ocorridas no Senado Federal, já foram protocolados inúmeros requerimentos de inclusão na ordem do dia desde 08/12/2009<sup>113</sup> - verifica-se um dispositivo que também permite a vinculação das decisões por meio de uma súmula, a qual seria impeditiva de recursos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e na Justiça do Trabalho, conforme se extrai das redações propostas abaixo:

“Art. 105-A. O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

Art. 111-B. O Tribunal Superior do Trabalho poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Já no plano infraconstitucional, essa repetitividade das “ações de massa” em diversas áreas do judiciário brasileiro, levou o legislador brasileiro a efetuar várias alterações pontuais para adequar o processo civil ao que a jurisprudência já pregava como uma necessidade para solucionar lides repetitivas.

Com isso, já foram aprovados institutos como aqueles previstos nos arts. 285-A (incluído pela Lei nº 11.277, de 2006) , 543-B (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). e 543-C((Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008), a seguir :

---

<sup>113</sup> <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=274765](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=274765)> Acessado em 27 fev. 2011.

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

(...)

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo .

(...)

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

Verifica-se, a partir de institutos como o art. 285-A supracitado, surgem hipóteses de antecipação da resposta jurisdicional pela notória repetição dos fundamentos jurídicos de uma ação, onde as primeiras decisões, que já foram alvo de cognição profunda, sirvam de paradigma replicados nos casos posteriores que se apresentem com idêntica estrutura. Também os institutos dos arts. 543-B e 543-C supra denotam um modelo que não passa ao largo de um moderno conceito de acesso à Justiça.

Verifica-se, portanto, que quanto mais aberta a população, mais democratizada ela será, e a Justiça deverá ajustar-se aos modelos dessa sociedade<sup>114</sup>.

Toda essa movimentação do legislador despontou como a tentativa de prover o Poder Judiciário de um instrumento apto a resolver o problema da atomização de litígios com idêntica controvérsia.

No entanto, mesmo com a aprovação desses institutos que buscavam reduzir as incertezas e imprevisibilidade das decisões judiciais e dar celeridade ao sistema de Justiça brasileiro, permaneceu o problema da atomização de milhares demandas individuais ante a falha que ainda se denota, no que tange à vinculação efetiva das decisões proferidas pelas Cortes Superiores e seus reflexos nos milhares de processos individuais com tese jurídica idêntica.

---

<sup>114</sup> E, se a massificação é um fenômeno inseparável da dinâmica social, é inevitável que a maior abertura da Justiça aos conflitos sociais comporte sua conseqüente massificação (RODRIGUES, 2010, p. 40)

Ressalte-se que a preocupação com a “repetitividade das questões de direito” apresentadas ao Poder Judiciário não se restringe a um ramo específico. A crescente complexidade das relações sociais cria situações repetitivas, que culminam com o ajuizamento de várias ações isoladas com idêntica tese jurídica, demandas essas que o Poder Judiciário não pode se furtar a resolver, mormente após o fato de ter sido positivada a duração razoável do processo como direito fundamental dos cidadãos<sup>115</sup>.

Tal situação também ocorre corriqueiramente também perante a Justiça do Trabalho, onde a crescente conscientização dos direitos dos trabalhadores também causa a atomização de demandas perante esse ramo especializado da justiça, conforme será analisado a seguir.

Tem-se, por exemplo, um caso específico no Estado de Goiás, no período de setembro a dezembro de 2010, onde grande parte dos empregados mora em local distante daquele em que efetivamente trabalha, especialmente em usinas e obras de grandes empresas como a Camargo Correa S/A. Isto obrigava os empregados a se valerem de condução diária para se deslocarem até o local de trabalho, esta fornecida pelo empregador, mas que tomava cerca de 1(uma) a 2 (duas) horas por dia dentro de tal transporte, sem que tal período fosse computado na jornada de trabalho dos empregados.

Nesse caso específico, o grande volume de ações idênticas levou um magistrado de primeiro grau a enviar despacho notificatório da Empresa para participar de um mutirão de audiências, todas com idêntica tese jurídica: o pagamento das horas *in itinere*<sup>116</sup> devidas a seus empregados, situação

---

<sup>115</sup>Cf. Art 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.(redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>116</sup> Matéria já pacificada no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, conforme entendimentos sumulados: Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho:”I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula 90) (Res. TST 129/05, DJ,20.04.05).II – A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*. (ex-OJ SDI-1 50) (Res. TST129/05, DJ, 20.04.05). Súmula 08 do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região: HORAS IN ITINERE. LIMITES DO PODER NEGOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA. PACTUAÇÃO DO TEMPO DE PERCURSO. VALIDADE.

repetida, apenas naquele ato, em 500 ações individuais ajuizadas em menos de seis meses, todas dentro da jurisdição de uma única vara do trabalho<sup>117</sup>.

Essa situação levou, apenas naquele período, e dentro de uma mesma comarca, ao ajuizamento de cerca de 900 (novecentas) ações com idênticas teses jurídicas, onde as únicas variações de conteúdo naquelas sentenças proferidas pelo mesmo juízo foram no sentido de verificar a quantidade das horas *in itinere* devidas a cada litigante individual, conforme o tempo gasto de cada empregado no deslocamento de ida e volta ao trabalho, o que foi aferido por meio de certidão do oficial de justiça, que fez as medições de tempo necessárias, a depender do local onde cada empregado era pego e deixado pela condução da empresa.

É certo que tal situação poderia ser contornada por meio dos instrumentos processuais de cunho coletivo, onde haveria apenas uma ação e a variação do tempo despendido de cada empregado e os respectivos valores devidos a cada um seria feita por ocasião da execução do julgado coletivo.

Mas, como no ordenamento jurídico brasileiro vigora sistema que prevê inafastabilidade da jurisdição para os legitimados ordinários (o que torna estes capazes de "atomizar" a prestação jurisdicional), e como não há como conceber a jurisdição coletiva como único instrumento a resguardar os direitos coletivos ou individuais homogêneos, mormente se houver a inércia dos legitimados coletivos (extraordinários), essa dualidade revelou-se insuficiente para resolver o problema das ações de massa<sup>118</sup>.

---

RAZOABILIDADE. I. Ofende o interesse público e configura desrespeito aos comandos constitucionais mínimos a renúncia às horas *in itinere*, mas não a pactuação a respeito da quantidade de horas, razão por que são válidas as normas coletivas que fixam um número ou limitam a quantidade de horas *in itinere*. II. Se a limitação das horas *in itinere* mostrar-se desarrazoada em face das condições particulares de deslocamento do trabalhador, com dispêndio de tempo consideravelmente maior do que o definido na norma coletiva, deve-se apurar o tempo efetivamente percorrido. (RA nº 37/2010 TRT 18, DJE - 11.05.2010, 12.05.2010 e 13.05.2010)

<sup>117</sup> Vide publicação no DJE do TRT da 18ª Região, fls 150-161.

<sup>118</sup> Como se denota no caso em tela, a mera existência de tal instrumento coletivo não foi suficiente para coibir a atomização de tais demandas isomórficas.

Feitas essas considerações, resta clara a insuficiência dos sistemas processuais de direito individual e coletivo para resolver efetivamente o problema das denominadas demandas repetitivas.

Já se despertava para a necessidade de adoção de uma terceira via. Foi então que veio à tona a proposta de um novo Código de Processo Civil, o qual contempla um procedimento para o julgamento do "Incidente de resolução de demandas repetitivas, que surge como uma das respostas apresentadas aos problemas da denominada "crise do judiciário"<sup>119</sup>.

Com isso, surge a proposta desse novo incidente de resolução de demandas repetitivas como um instrumento para a reforma do sistema de justiça, a ser eventualmente inserido dentro dos movimentos da terceira onda renovatória proposta por Cappelletti, para tentar resolver os problemas de ações em massa com uma proposta não excludente, mas sim complementar, das já conhecidas ações coletivas<sup>120121</sup>.

---

<sup>119</sup> O termo "crise" aqui utilizado pode ser considerado como a série de desafios que, numa sociedade moderna e complexa, exige a incorporação de mudanças para garantir a sua permanência e manter a função do Direito como instrumento efetivo de controle das expectativas sociais.

<sup>120</sup> O grupo de juristas encarregados de criar o anteprojeto do novo CPC não alterou o sistema de ações coletivas, o qual estava sendo tratado em outra casa legislativa, pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009.

<sup>121</sup> Ressalte-se que até o momento as propostas foram explicitadas e questionadas à luz da jurisprudência e dos fatos narrados, devendo ainda ser submetidas ao crivo do marco teórico em momento oportuno.

### 3 PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 166/2010 (UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL): UMA RESPOSTA AOS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO BRASILEIRO?

É dentro do contexto da terceira onda renovatória proposta por Cappelletti que se tenta inserir a análise das grandes propostas trazidas pelo PLS nº 166/2010 e sua adequação para talvez, ao final chegar ao que se propõe ser objeto desta pesquisa: uma(ou algumas) respostas ao que seria a proposta de acesso a uma ordem jurídica justa no contexto da realidade social brasileira.

Cumprir destacar que o proposta legislativa do novo Código de Processo Civil traz várias outras alterações relevantes no campo do acesso à Justiça, tais como a reformulação do capítulo que versa sobre a conciliação e os demais métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

No entanto, como a presente pesquisa se volta eminentemente para o campo da teoria geral do Direito e do Direito Constitucional, apenas aquelas reformas de maior relevo foram destacadas da proposta legislativa para verificar sua aplicabilidade sob tais óticas.

Buscou-se sintetizá-las conforme quadro a seguir, fazendo remissão à numeração original dos artigos do PLS nº 166/2010, conforme redação aprovada no Senado Federal<sup>122</sup>:

<b>TEMA</b>	<b>SÍNTESE</b>	<b>CAPÍTULOS/ARTIGOS</b>
DESCONSIDERAÇÃO DE VÍCIOS FORMAIS PARA JULGAMENTO DE PROCESSOS PELOS TRIBUNAIS	O recurso, desde que tempestivo, mesmo com defeito formal(que não se repute grave) poderá ser julgado pelo	Artigo 944 e seguintes da redação original, renumerados para 983 e seguintes na redação aprovada pelo Senado

<sup>122</sup> Conforme dados fornecidos pela Comissão técnica de apoio à elaboração do relatório geral do PLS n.º 166, de 2010 - Reforma do Código de Processo Civil ([http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249). Acesso em 10 jan.2011)

SUPERIORES		Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.	Federal.
INCIDENTE RESOLUÇÃO DEMANDAS REPETITIVAS	DE DE	Incidente destinado a resolver julgar um ou mais processos que versam sobre temas que possam implicar numa multiplicação de processos com idêntica controvérsia	Artigo 895 e seguintes do projeto original, renumerados para 930 e seguintes na redação aprovada pelo Senado Federal.

Isso porque, ante o já exposto, as propostas a serem analisadas trazem mudanças de paradigmas que já vinham sendo anunciadas - e podem vir a ser positivadas<sup>123</sup> - razão pela qual se justifica essa análise como forma de preocupação para avaliar sua adequação dentro de uma suposta " terceira onda renovatória " de acesso à Justiça, bem como suas implicações sistêmicas na justiça brasileira.

### **3.1 A desconsideração dos Vícios Processuais – Que Não Sejam Considerados Graves (*Pas de Nullité Sans Grief*).**

Embora não seja tema da envergadura do porte do incidente de resolução de demandas repetitivas, esta proposta surge como corolário da implementação do crescente fenômeno da uniformização de jurisprudência

---

<sup>123</sup> O PLS nº 166/2010 foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal nos termos do Substitutivo (Emenda nº 221-CTRCPC) com alterações promovidas pelo Relator-Geral, ressalvados os destaques, em 15/12/2010, e recebido pela Câmara dos Deputados em 22/12/2010. Atualmente tramita como Projeto de Lei nº 8046/2010 nesta casa legislativa.

como instrumentos de consolidação das expectativas normativas e do próprio incidente de resolução das demandas repetitivas<sup>124</sup>.

Verificar-se-á, a seguir, que não devem ser mantidas decisões judiciais divergentes dos paradigmas utilizados tão somente por razões de ordem formal que não seja graves para então verificar sua contribuição como ferramenta de acesso à Justiça.

Atualmente a legislação pátria perfilha, em parte, desse entendimento, quando, no bojo do Código de Processo Civil, preceitua.:

"Art. 154, CPC - Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, **reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.**

(...)

"Art. 244, CPC - Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, **o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.**" (grifei).

No âmbito do Poder Judiciário, o tema vinha ganhando força na jurisprudência pátria dos tribunais superiores, mormente na esfera processual penal<sup>125</sup>. Com isso surgiram propostas legislativas para mitigar o rigor e a tecnicidade dos recursos, especialmente aqueles de natureza extraordinária.

---

<sup>124</sup> A preocupação com o enfoque dado a este tema decorre da valorização do direito processual em detrimento do direito material, o que tem gerado algumas disparidades no resultado final da prestação jurisdicional brasileira. Isso porque, dado o enfoque deste trabalho nas manutenções das expectativas normativas, mantidos os atuais paradigmas do processo civil, um defeito de ordem formal pode prevalecer sobre o mérito de uma ação, o que não se coaduna com uma proposta de um sistema de controle de expectativas que visa a retenção das expectativas congruentes e, ao mesmo tempo, repele as inovações inidôneas como forma de reduzir a complexidade do sistema, tornando-se necessária a unidade e a estabilidade das estruturas dos sistemas autopoiéticos.

<sup>125</sup> Nesse sentido o Supremo Tribunal federal já vem decidindo, especialmente em matéria criminal, dada a relevância do bem jurídico tutelado: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. DIREITO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DO RÉU COM SEU DEFENSOR ANTES DO INTERROGATÓRIO. CASO ANTERIOR À LEI N. 11.719/2008. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. Defensor público nomeado na audiência de interrogatório do Paciente e que não se manifesta neste ato nem posteriormente quanto à necessidade de audiência prévia com o réu, vindo a fazê-lo apenas no recurso de apelação. 2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do

Essa proposta passou então para a seara do Processo Civil<sup>126</sup>. A previsão dessa ferramenta estava contida, inicialmente, em uma das propostas de reformas parciais do Código de Processo Civil..

No entanto, essa proposta ganhou força com sua transposição para o PLS nº 166/2010 (novo Código de Processo Civil) que contemplou a possibilidade de desconsideração de vícios que porventura não fulminam o processo também nas hipóteses de conhecimento dos recursos de natureza extraordinária.

Como a eficácia irradiante dos direitos fundamentais tem alcançado também o direito processual, verificou-se que foi eleita como primado da efetividade da tutela dos direitos assegurados, especialmente para aqueles que adotam a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido, corrente à qual nos filiamos.

Com isso, a ciência e as formalidades vão sendo substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional, e os tribunais começaram a repensar o rigor com que tratavam os recursos judiciais, levando em consideração a relevância da matéria ali discutida, em detrimento da forma em que lhe era encaminhada<sup>127</sup>.

---

ato. Precedentes. 3. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 4. Ordem denegada (HC 100867 / MG). No mesmo sentido: HC 98891 / SP, HC 101643 / MG, HC 99053 / MG. Resta migrar essa preocupação também para a esfera cível, onde também são defendidos bens jurídicos envergadura, como a vida e saúde dos cidadãos(ex: ações sobre distribuição compulsória de medicamentos, etc.).

<sup>126</sup> Nesse sentido: AUSÊNCIA. FOLHA. CONTRARRAZÕES. A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo por entender que, no caso, a ausência de cópia de apenas uma das diversas folhas que integram as contrarrazões do recurso especial não impede a exata compreensão da controvérsia e, também, não inviabiliza a análise dos argumentos apresentados pela defesa do recorrido. Devem-se flexibilizar as regras formais do processo conforme as peculiaridades de cada caso, no intuito de salvaguardar o direito material, desde que não ocorra prejuízo à outra parte e o ato possa atingir sua finalidade. Precedentes citados: EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.192.594-ES, DJe 4/2/2011; AgRg no Ag 611.078-SP, DJ 14/11/2005, e AgRg no Ag 645.671-SP, DJ 16/5/2005. AgRg no AgRg no Ag 1.321.854-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/2/2011.

<sup>127</sup> Nessa linha de entendimento, as formas do processo são meios para alcance da tutela jurisdicional e, caso a tutela jurisdicional pretendida seja alcançada, mesmo em detrimento das formas legalmente exigidas, não há nulidade. (*Pas de Nullité Sans Grief*).

Assim, verifica-se que as amarras do conservadorismo processual devem ser postas de lado em prol da obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, pois a interpretação dos dispositivos legais que regem o processo também deve sempre ser pautada pela razão, deixando de lado uma análise fria da letra da lei.

Entretanto, não se pode perder de vista a preocupação com o devido processo legal, que aparece como elemento central da constitucionalização do processo<sup>128</sup>. Mas este princípio deve ser sempre ligado à idéia de processo justo<sup>129</sup>, ou seja, dotado de um mínimo de garantias em relação aos meios e aos resultados, conforme Paulo Lucon (2005, p.17):

Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas garantias mínimas:

- a) de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas;
- b) de resultados, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão.<sup>130</sup>

Essas observações ventiladas revelam a preocupação no que tange ao devido processo em sua feição pelo viés substantivo. A visão que se pretende dar ao *due process* não é apenas aquela de um processo legal ou ordenado, mas, além disso, a de um processo justo e adequado, pois nele são impostas de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade, sobre as quais todos os cidadãos possuem certas expectativas, as quais não devem ser frustradas em razão da técnica processual.

Trata-se, portanto, de propor um processo materialmente informado por princípios básicos de justiça, decorrendo disto, o dever de razoabilidade dos

---

<sup>128</sup> CF, art. 5º “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>129</sup> Como assinala MATTOS em sua obra "O processo justo na Constituição Federal de 1988". *Ajuris* 91:224.

<sup>130</sup> “Vale dizer: a fórmula mínima do devido processo legal processual brasileiro está em garantir-se a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, a paridade de armas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação e a duração razoável do processo.” (MITIDIÉRO, 2005, p.44-45)

atos estatais, onde se inserem, por óbvio, aqueles praticados pelo Poder Judiciário<sup>131</sup> (NERY JUNIOR, 2002, p.39).

É sob tal ótica que resta ao intérprete a missão de aplicá-la: com a máxima carga de efetividade, combinando aspectos sociológicos e políticos, pois a abordagem dessa pesquisa supera os limites do tradicional Direito Processual Civil, focando-se na análise do Direito enquanto instrumento de justiça.

Com isso, ganha força o argumento que o Poder Judiciário, encarregado institucionalmente de fazer justiça e torná-la efetiva(alcançar o fim), deve optar por relevar o meio(a forma), que é, a bem da verdade, apenas um instrumento para tanto.

O tema ganha importância no âmbito dessa pesquisa pois, uma vez que o enfoque dado a presente trabalho se insere no contexto do direito como sistema de controle das expectativas sociais, a relevância da matéria que é debatida nos autos de um processo deve preponderar sobre os rigores processuais.

Concluindo: não se admitindo a possibilidade de um recurso ser conhecido, a matéria debatida nos autos pode deixar de adequar-se à jurisprudência dos tribunais superiores, órgãos reconhecidos por Luhmann como responsáveis para realizar o fechamento operacional do sistema autopoietico do Direito. Essa superação do rigor processual em casos de defeitos sanáveis se faz necessária pois, além de reassegurar o princípio da instrumentalidade das formas, vem contribuir para adequação do sistema recursal ao paradigma luhmaniano, pois este não aceita a prevalência de argumentos de ordem formal como instrumentos aptos a relevar a necessidade de se produzir decisões expectáveis.

---

<sup>131</sup> (LUCON, 2005, p.5) Ressoa este dever na atividade do juiz:"O juiz, para averiguar qual a norma aplicável ao caso particular submetido à sua jurisdição, não deve deixar-se levar por meros nomes, por etiquetas ou conceitos classificatórios, mas, pelo contrário, tem que ver quais são as normas, pertencentes ao ordenamento jurídico positivo a ser aplicado no caso concreto, que ao dirimir o conflito estejam em consonância com os valores albergados e priorizados por este mesmo ordenamento." Recaséns Siches apud ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2009. p. 5.

Ou seja, este tema surge como corolário da necessidade da uniformização e aplicação dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, revelando-se como importante ferramenta de acesso à Justiça.

### 3.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Suas Implicações

A proposta que foi apresentada e aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2010<sup>132</sup> vem trazer, na esteira do que foi implementado com a EC/45 e a regulamentação da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, um "incidente" que, em apertada síntese, se destina a *i) firmar o entendimento dos tribunais superiores sobre matérias com risco de multiplicação de processos e grave insegurança jurídica ii) atribuir força normativa à tese jurídica adotada, devendo esta ser observada pelos demais juízes e tribunais.*

Trata de um nova proposta de abordagem e resolução de processos judiciais que se distingue da tradicional divisão contida no CPC e na legislação processual extravagante em vigor<sup>133</sup>, onde de vislumbram os direitos coletivos, direitos difusos e direito individuais homogêneos.

---

<sup>132</sup> CAPÍTULO VII "DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS". Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas **sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica**, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. § 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. § 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente. § 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.(...) **Art. 903. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito. (...)Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.(grifos não originais)**

<sup>133</sup> Lei 8078/90, art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como destaca o próprio nome, é o processo de julgamento de direitos "repetidos" (idêntica questão de direito), ou seja, eles poderiam ser considerados uma categoria semelhante à dos direitos individuais homogêneos, mas sem o requisito da origem comum.

Essa proposta elaborada por uma comissão de juristas que apresentou ao Senado Federal o anteprojeto do novo CPC foi – e ainda está sendo – amplamente debatida na comunidade jurídica<sup>134</sup>, onde já desperta preocupações de toda ordem, mormente devido a um eventual caráter vinculante que se quer dar às decisões dos Tribunais Superiores quando forem proferidas sob este rito especial e sua viabilidade ante uma eventual liberdade de convencimento dos magistrados de grau inferior no contexto brasileiro.

A abordagem que se faz necessária sobre esta proposta encontra diversos argumentos levantados em defesa da sua implantação como a redução numérica dos processos que são levados aos tribunais superiores, além da avocação do princípio de uma igualdade de forma a evitar decisões conflitantes sobre uma mesma tese jurídica (que pode incluir situações de fato e de direito).

Além desses fundamentos de ordem prática, o fundamento jurídico de relevo que se opõe de forma recorrente e deve ser analisado vai além desses ora levantados, pois esse processo de generalização da forma de decidir revela preocupações acerca de eventual limitação da liberdade de decidir inerente ao exercício da magistratura.

---

difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>134</sup> Conforme Plano de Trabalho assinado em 11 de agosto de 2010 pela Comissão Temporária destinada a analisar o anteprojeto, que previu a realização de 10(dez) audiências públicas em todo o país, bem como o envio de ofícios a todos os órgãos que compõem o Sistema de Justiça, dando ciência e colhendo sugestões acerca do tema.

Cumpra, então, verificar se essa preocupação é relevante e constituiria, em tese, óbice à adequação do uso de tal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

Essas propostas surgem para uma superação da jurisdição tradicional prevista no CPC vigente, ou aquela do sistema brasileiro de ações coletivas, de forma a resolver resolver – ou minimizar – o problema da dicotomia entre jurisdição tradicional e jurisdição massificada, reavaliando o papel do Poder Judiciário em uma sociedade globalizada.

Para descrever esse incidente de forma sucinta (até porque o foco deste trabalho é com base na teoria geral do Direito), mas que aborda a problemática de modo suficiente para o desenvolvimento de uma análise da proposta, pede-se vênha para transcrever a descrição elaborada por RODRIGUES (2010, p.20):

O incidente projetado procura contornar o óbice prevendo a reprodução da tese jurídica definida no julgamento do incidente para cada ação individual. Ou seja, não haveria, como no direito coletivo, uma só sentença em processo de que não participaram efetivamente todos os afetados; na concepção do anteprojeto, haverá tantas sentenças quantos forem os processos individuais, sugerindo que todo o cidadão afetado esteve em um processo. Em suma, conforme o art 895, §1º, do anteprojeto, verificada a repetitividade de uma “questão de direito”, o magistrado – ou as partes, ou o Ministério Público - , mesmo em primeiro grau de jurisdição, encaminhará ao órgão máximo do Judiciário o exame do caso para que lá se decida sobre o sentido exato do direito para a solução do tema repetitivo. E esse órgão de cúpula define o paradigma, que será de compulsória observação para todos os magistrados, inclusive do próprio tribunal, nos casos que versarem sobre a mesma hipótese(art. 903).Do ponto de forma há várias decisões, mas materialmente parece haver uma só, não apenas pela força da decisão, mas também porque seu descumprimento implica reclamação ao tribunal que a prolatou(art. 906).

Em suma, o que está sendo proposto pelo PLS nº 166/2010, vem criar um método de decisão em bloco que parte de um caso concreto entre litigantes individuais. Trata-se da instauração do chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas” que, a partir do reconhecimento da multiplicidade de processos individuais sobre temas idênticos, alguns casos-teste serão

selecionados para apreciação do tribunal(enquanto as demais demandas com tese idêntica ficam sobrestadas) e uma vez julgados os casos-teste, a orientação neles contida(tese jurídica) será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”<sup>135</sup>.

Uma vez apresentada a proposta, cumpre verificar, com base no direito comparado, que procedimentos semelhantes já foram adotados em outros países como na Alemanha (*musterverfahren*).

CABRAL(2010) já pontuava, ao analisar o *musterverfahren*<sup>136</sup>, procedimento que guarda algumas semelhanças em relação ao procedimento do PLS nº 166/2010, onde as mesmas considerações podem ser feitas acerca da proposta ora apresentada:

“É a idéia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada. Mantêm-se os princípios e instrumentos do processo civil individual, assegurando o respeito às singularidades. Preservam-se a garantia do devido processo legal e o princípio dispositivo em sua plenitude.”

---

<sup>135</sup> Verifica-se semelhança com o que foi positivado pelo art. 543-C do CPC. Entretanto, a proposta do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi um pouco além, ao deixar expresso que a tese jurídica será de observância obrigatória para os demais processos(art. 903 do PLS), sob pena de reclamação para o tribunal competente(art. 941 do PLS nº 166/2010), enquanto a redação atual do 543-C apenas dispõe que, publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (i) terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; (ii) serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça e, caso seja mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

<sup>136</sup> Implantado na Alemanha em 16 agosto de 2005 para dar celeridade à resolução de considerável número de demandas dos investidores da Bolsa de Valores Alemã, onde havia cerca de 2.500 ações envolvendo em torno de 17.000 poupadores e 700 advogados, fundadas no mesmo fato, qual seja, os danos causados pela divulgação falsa, em prospectos, com relação ao valor dos ativos mobiliários pela 'Deutsche Telekom', em 1999 e 2000. Maiores informações em "Act on the Initiation of Model Case Proceedings in respect of Investors in the Capital Markets". Disponível em: <[http://www.bmj.bund.de/files/-/1110/KapMuG\\_english.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/1110/KapMuG_english.pdf)>. Acesso em: 07/02/2011., e "The German "Capital Markets Model Case Act". Disponível em: <<http://www.bmj.bund.de/files/-/1056/EnglishInfoKapMuG.pdf>>. Acesso em: 07/02/2011.

Agora migra, para dentro do contexto brasileiro, proposta similar, sendo necessário ressaltar de plano que existem peculiaridades da proposta apresentada no contexto brasileiro em relação à fórmula aplicada na Alemanha.

De início, verifica-se, como fundamento comum em defesa de tais propostas que, com base em CANARIS (1996), o sistema jurídico e os princípios fundamentais do Direito se concretizam por meio da realização do princípio da igualdade e revelam uma tendência para a generalização, *verbis*:

(...) outro valor supremo, a segurança jurídica aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como previsibilidade da aplicação do direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um direito adequadamente ordenado. (CANARIS, 1996,p.22)

Soma-se ao fundamento inicial o fato de que, apesar de considerações sobre a existência do uso efetivo do sistema brasileiro de ações coletivas como instrumento apto a causar uma considerável redução no número de ações e recursos dirigidos aos tribunais, este sistema ainda não deu resposta ao problema da atomização de demandas isomórficas que abarrotam o Poder Judiciário.

A partir das constatações supra é que surgem propostas de um novo instrumento<sup>137</sup> de tutela dos interesses metaindividuais<sup>138</sup> que criam uma

---

<sup>137</sup> Que, como ressaltado, não é de todo inédita, possuindo semelhanças no direito comparado quando comparada com o Procedimento Padrão do direito Alemão (*Musterverfahren*) e com o *pleito-testigo* espanhol, bem como o próprio procedimento do incidente de reserva de plenário (art.97 da Constituição da República de 1988 e art.480 e ss. do CPC) para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais, bem como o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art.476 do CPC onde a cognição da questão prévia é remetida ao pleno ou órgão especial dos tribunais, deixando às câmaras ou turmas (órgãos fracionados), além do que foi estabelecido pelas leis no. 10.259/2001 e 11.672/2008.

“ficção de extensão da coisa julgada” ou “vinculação” de terceiros que não participaram do julgamento, mas que, por força da lei, ficarão vinculados ao que foi decidido. Um instrumento que vai além das limitações teóricas e práticas dos tradicionais procedimentos de tutela coletiva e surge como uma proposta de efetivar o acesso dos litigantes individuais e atomizados à Justiça.

### **3.3 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Sob o Crivo de Luhmann**

Niklas luhmann, em sua teoria, reiteradamente ressalta a idéia da contingência. Aliás, trata-se de um dos fatores que determinam o surgimento dos subsistemas sociais, ao criar uma redução da complexidade do ambiente e propiciar a sua previsibilidade (contingente) das operações futuras do sistema.(VIANA, 2010, p,133).

Dentro desse contexto, o incidente de resolução de demandas repetitivas surge como um instrumento<sup>139</sup> de observação das questões que são apresentadas reiteradamente ao Poder Judiciário e que repercutem nos demais sistemas parciais (Política, Economia), de modo que essa proposta possa coordenar os programas condicionais<sup>140</sup> como um instrumento de harmonização e previsibilidade das questões mais relevantes levadas a julgamento.

Em suas passagens, quando explica a programação condicional, Luhmann ressalta a necessidade de fixação das condições para que as

---

<sup>138</sup> No sentido que, se todos devem ser iguais perante a lei, esse direito de igualdade irradia seus efeitos para definir os limites à atuação dos julgadores quando da prolação da norma que rege situações jurídicas idênticas.

<sup>139</sup> Com base em Luhmann, onde este deposita nas "estruturas" a função de fortalecimento da seletividade, restringindo o âmbito de possibilidade de opções, "delimitando o optável" (1983, I, p.53),

<sup>140</sup> Tais programas condicionais se baseiam, ainda, na força que Luhmann dá às expectativas normativas que, ao contrário das expectativas cognitivas que podem ou não possuir uma disposição de assimilação, as normativas não se dispõem a assimilar os desapontamentos.(1983, I ,56)

decisões sejam consideradas corretas<sup>141</sup>. Esse posicionamento vincula-se a uma tendência de condicionamento das normas jurídicas que não se expressa necessariamente na formulação dos princípios jurídicos, mas sim na sua utilização através de decisões. Essa forma básica pode ser assim resumida: se forem preenchidas determinadas condições (se for configurado um conjunto de fatos e de direitos previamente definidos) , deve-se adotar uma determinada decisão, tida como correta.

Com esse formato especial de eliminação da contingência das expectativas normativas, o direito significa não apenas uma expectativa comportamental justificada, não mais a indicação ética de um bom objetivo, cuja atualização realiza a essência da ação e a virtude do ator. Mais que isso, agora o direito estabelece uma expectativa condicional, numa relação se/então entre os conjuntos de fatos e conseqüências jurídicas, cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja um ato decisório. (LUHMANN, 1983, vol II, p. 28).

A partir da constatação da insuficiência no uso do silogismo aristotélico entre premissa maior/premissa menor/conclusão para resolver individualmente várias decisões com teses jurídicas idênticas, posto que a carga de subjetividade contida na interpretação dos milhares de juízes que abordarão a mesma matéria certamente acarretará uma série de decisões divergentes, verifica-se a necessidade de adotar uma série de decisões contingentes<sup>142</sup>(súmulas vinculantes, recursos repetitivos) que se desvinculam da visão tradicional da eficácia da norma aplicável apenas ao caso concreto, de forma individualizada.

A multiplicação de ações com idêntico conteúdo (atomização), ao tempo em que revela a insuficiência da proposta aristotélica, também nos mostra que essa situação encontra-se devidamente explicitada sob a ótica luhmaniana,

---

<sup>141</sup> Deixando aberta, entretanto, a possibilidade de que decisões judiciais inferiores também possam influenciar as instâncias superiores, de modo que os juízes possam continuar a atuar como construtores da norma, desde que seus argumentos sejam aptos a inserir uma nova programação dentro do sistema.

<sup>142</sup> Aliás, a contingência é um dos fatores que determinam o surgimento dos subsistemas sociais, ao criar uma redução da hipercomplexidade do ambiente e propiciar uma previsibilidade(contingente) das operações futuras do sistema. (VIANA,2010,p.133)

onde a reprodução de uma decisão com a mesma tese jurídica passará a ser uma operação de reprodução das decisões anteriores, que pelo fato de não possuir conteúdo inovador, e não exige maiores argumentações, pois não chega a produzir diferença no mundo jurídico<sup>143</sup>.

Em suma: um processo repetitivo novo é o mesmo processo já apreciado reiteradas vezes pelo Poder Judiciário, que observado de dentro do sistema, submete-se ao crivo da programação condicional e do controle Luhmanniano<sup>144</sup>.

O argumento contrário que surge de forma recorrente à adoção de tais propostas seria no sentido de um engessamento do processo de evolução da jurisprudência.

Entretanto, como fora ressaltado, a proposta de visão do sistema do direito atua no sentido estabelecer premissas comunicativas de sentidos (*sinn*), determinando quais irritações são consideradas incompatíveis - dentro da linguagem do Direito - com o núcleo de sentido comum estabelecido pelos Tribunais, o que também afasta o argumento do "engessamento".

Sob a teoria evolutiva de Luhmann, percebe-se que uma decisão judicial discrepante do paradigma adotado como expectável pode ocorrer, mas será tratada no âmbito das expectativas normativas sendo, no sistema proposto, passível de reforma pela via de institutos como a reclamação para os tribunais superiores. Verifica-se que a consequência processual não vincula a decisão dos magistrados, apenas prevê institutos que coíbem a produção de expectativas diversas daquele núcleo de sentido comum que foi determinado pela decisão paradigmática, como sendo um limite razoável a que o julgador está adstrito.

---

<sup>143</sup> Nesse sentido, as decisões repetitivas seriam apenas operações de comunicação jurídica, e não decisões em sentido estrito, a partir da teoria dos sistemas de Luhmann. A autêntica decisão jurídica seria aquela que produz variação e mexe com a redundância do sistema, provocando variações estruturais toleradas e assimiladas (re-estabilização) (LUHMANN, 2007)

<sup>144</sup> Por controle deve-se entender o exame crítico de processos decisórios objetivando uma intervenção transformadora no caso do processo decisório em seu desenrolar, seu resultado ou suas consequências, não corresponder às considerações do controle. (LUHMANN, 1983, v. II, p. 84)

Nesse sentido, as preocupações de relevo surgem apenas no sentido de saber se (i) a tese jurídica de um caso concreto é diversa daquela utilizada pela decisão paradigmática ou (ii) as condições presentes no momento de se estabelecer uma decisão vinculante serão mantidas no futuro.

Tais preocupações podem ser contornadas com o uso de técnicas como a do direito norte-americano, onde o princípio do *stare decisis* impõe o conhecimento das *ratio decidendi* que fundam a norma jurídica, conduzindo a um exame das circunstâncias que justificam a aplicação do precedente ou demonstram sua inadequação ao caso (*distinguishing*).<sup>145146</sup>

Sem maiores preocupações em se recorrer a institutos de direito comparado, pode-se recorrer, ainda, à "fórmula do risco" luhmanniana. Esta surge nesse contexto de contingência das decisões atuais e a projeção de seus efeitos futuros no que tange ao caráter não mais persuasivo, como a doutrina atual prega, mas sim determinante, como instrumento de contingência (determinabilidade) das operações futuras do sistema.

LUHMANN (1995, p.197-198), apesar de se basear na premissa de que o direito opera sempre como um sistema que depende do passado quando da decisão, destaca que o sistema do direito e seus programas condicionais não fecham seus olhos para o futuro, apesar de levarem em conta fatos e situações pretéritas. Nesse sentido, o próprio autor reconhece e assevera: "os riscos são aspectos da observação das decisões, inclusive a observação do próprio autor da decisão (auto-observação) (LUHMANN, 2008, p.104). Trata-se, ainda de se reconhecer a existência de uma observação de segunda ordem, conforme assevera (LUHMANN,2008, p.220):

A distinção entre os que decidem e os que são afetados pela decisão também se relaciona com a observação de segunda ordem. Aqueles que decidem observam que eles são observados. Cada uma delas (observações) lhe esclarece nos

---

<sup>145</sup> No mesmo sentido, VIANA (2010, p.33) ressalta: " Isso não implica na idéia de que, à luz dos conjuntos de fatos existentes e observáveis no momento da decisão, não de possa "prever" os resultados da própria decisão e, de antemão, tomar precauções no sentido de serem evitados ou minimizados prováveis danos"

<sup>146</sup> Ainda nessa linha, (SHAUER, 1987,p.599), alerta sobre o uso indiscriminado de um precedente de maneira totalmente abrangente, e deposita em técnicas como a do *distinguishing* um meio de se permitir a alteração evolutiva do Direito.

termos das características presumidas daqueles que no caso ele está observando.

Com isso, a possibilidade de proliferação de decisões divergentes fica contida, então, pela utilização de prognósticos, utilizados como delimitadores das diversas interpretações que possa se dar a um mesmo texto normativo, intervindo na noção de possibilidade, visando a lógica de relação entre o antecedente e o conseqüente(estabilização contrafática)<sup>147</sup>.

Portanto, a possibilidade de legitimação pelo procedimento judicial proposto não limita a construção do sentido das normas pelas instâncias inferiores. Verificada a alteração no contexto e nos fundamentos que levaram ao uso de uma decisão paradigmática, o que pode se dar, inclusive, pela repetitividade de julgamentos de instâncias inferiores em desacordo com a tese jurídica utilizada como paradigma. Com isso poderá ocorrer ressonância causada pela irritação intrassistêmica (pela falta de comunicação de sentido nas operações internas) ou extrassistêmica (pela insatisfação e inadequação de uma decisão paradigmática que não leva em conta os outros subsistemas) insuportáveis<sup>148</sup>.

A previsão de procedimentos de revisão das teses firmadas em julgamentos de questões repetitivas surge, portanto, como instrumento para permitir a re-estabilização do sistema do direito, quando necessário. Nesse sentido, quando Luhmann introduz a idéia de variação em sua teoria evolutiva, ele a reconhece e concebe como uma reprodução desviante dos elementos do sistema. Mas lembre-se: a seleção refere-se às expectativas, ou seja, à

---

<sup>147</sup> Cf. VIANA (2010, p.136) "Ou seja, a sociedade moderna impõe, com suas incertezas e contingências, o aumento das presunções das conseqüências lógicas possíveis(negativas ou positivas) que passam a servir de critério para as decisões judiciais).

<sup>148</sup> Causadas pela falta de comunicação de sentido entre suas operações, as quais acabam por repercutir na autorreprodução de um subsistema, culminando, em determinados casos, com a possibilidade de ressonância(resonanzfahigkeit) - o resultado positivo de admissão por meio de uma filtragem dos estímulos(irritações) advindos do ambiente , de acordo com seus critérios próprios de seletividade

estrutura, no sentido de que uma referência pode ser construtiva, mas esta só o será se for idônea e puder produzir expectativas, e não frustrá-las<sup>149</sup>.

Portanto, deve-se reconhecer que o sistema jurídico não está, por meio da criação de uma jurisprudência com efeito vinculante ou da proposta de resolução de demandas repetitivas, impedido de evoluir, pois em todas as propostas analisadas até o momento foram previstos institutos de revisão em todos os procedimentos positivados no intuito de reduzir o problema da contingência, a exemplo da súmula vinculante<sup>150</sup>.

Dentro das propostas analisadas, também o sistema social do Direito, ao ser irritado pelo ambiente, fará a transformação dos estímulos recebidos (irritações) em conhecimento, causando informação (cognição) jurídica, a qual pode gerar a "alteração evolutiva de seus programas, em um processo compatível com a autopoiese do sistema jurídico, por meio dos acoplamentos estruturais" (LUHMANN, 2000, p. 373).

Portanto, nessa linha de justificação da proposta analisada, verificou-se que (i) a teoria luhmaniana admite a criação judicial do Direito, eliminando o problema da contingência das expectativas normativas; (ii) todas as propostas já positivadas (repercussão geral, súmulas vinculantes, recursos repetitivos) vêm, aliadas à proposta do incidente de resolução de demandas repetitivas, conceber uma integração funcional quanto a um aspecto que lhes é comum: o reconhecimento da eficácia *extra partes* de certas decisões (meta-decisões); e (iii) as decisões de caráter vinculante proferidas pelos tribunais superiores surgem exatamente para efetuar o fechamento sistêmico, a ser realizado em

---

<sup>149</sup> No sentido de que as decisões isoladas que, por fundamentos impugnados ou afastados pela divergência do núcleo comum de sentido (tese firmada pela jurisprudência utilizada como paradigma) não produzem ressonância cognitiva no campo da autorreferência do subsistema do direito.

<sup>150</sup> Como se denota da própria ementa da lei 11.417/06: "Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, **a revisão e o cancelamento** de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências". A hipótese de revisão também é contemplada no incidente de resolução de demandas repetitivas do PLS 1662010, art.933, o qual permite seja suscitado novamente um incidente pedindo a revisão de tese firmada anteriormente: "O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial. § 1º Na admissibilidade, **o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.**" (grifei)

última instância pelos demais tribunais, de forma a coibir decisões judiciais heterogêneas sobre teses jurídicas idênticas<sup>151</sup>.

### **3.4 A Participação do *Amicus Curiae* e a Realização de Audiências Públicas Como Instrumentos de Abertura Cognitiva do Direito**

Verifica-se, ainda, na proposta do incidente de resolução de demandas repetitivas a previsão do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiências públicas, ambas utilizadas como instrumentos para dar maior legitimidade à proposta a partir de sua migração para dentro do procedimento de resolução de demandas repetitivas<sup>152</sup>.

É dentro desse contexto que as organizações e outras entidades surgem dentro da proposta como legitimadas a atuar como *amicus curiae* e participar de audiências públicas, dotando o subsistema social do Direito de capacidade de comunicação externa com os outros sistemas parciais da sociedade. O incidente de resolução das demandas repetitivas fez constar, expressamente, a possibilidade desses instrumento, nos termos a seguir:

Art. 935. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

---

<sup>151</sup> Aliados aos argumentos expostos nesse tópico, observou-se ainda que, conforme se dá a aproximação entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, abordada em tópico anterior, os argumentos de eventual usurpação do Poder Legislativo perderam validade.

<sup>152</sup> Note-se que o art. 320 do texto original do PLS nº 166/2010 previa seu cabimento de forma irrestrita em todos os tipos de processos: "O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação." Entretanto, esse artigo que foi suprimido da redação final, deixando a possibilidade de participação do *amicus curiae* e de realização de audiências públicas restrita ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Verifica-se que, com base em Luhmann, trata-se do reconhecimento da abertura cognitiva do sistema parcial do direito para que, dentro do contexto de resolução das demandas repetitivas, as irritações sistêmicas recíprocas passem a constituir informações, no sentido de comunicações internas de sentido para o sistema<sup>153</sup>.

A única ressalva que deve ser feita ao uso de tal instituto, mas que não gera, por si só, a necessidade de sua supressão, seria a de que, apesar dos benefícios das informações trazidas para o conhecimento dos julgadores, essa participação de terceiros não deve ser analisada *ipsis litteris* como aquela prevista no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro pois, uma vez transportada a utilização do *amicus curiae* para o procedimento de resolução de demandas repetitivas, o problema de se aferir a legitimidade daqueles que podem atuar como tais ganha relevo, sob pena de seu uso desmedido desvirtuar o instituto e causar tumulto processual, inviabilizando seu uso.

Explicando melhor, a preocupação que se faz necessária é tão somente de se estabelecer um critério que não venha legitimar todos aqueles que figuram como litigantes individuais nos processos com teses jurídicas idênticas, pois adotando-se tal premissa, o processo de julgamento restará inviabilizado pelos milhares de pedidos de ingresso como *amicus curiae* dentro de um mesmo procedimento judicial<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Nesse sentido, MENDES(2007) também destaca em sua obra *Jurisdição Constitucional* a finalidade do *amicus curiae* como instrumento de operacionalização da abertura cognitiva do direito, quando inserido no controle de constitucionalidade brasileiro. Positiva-se, por meio de sua inserção nos diversos procedimentos judiciais(controle de constitucionalidade, incidente de resolução de demandas repetitivas e outros), a figura do *amicus curiae*, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

<sup>154</sup> VIANA (2010, p.145) também revela sua preocupação quanto ao uso de critérios para a seleção do *amicus curiae* ao analisar o instituto da repercussão geral, os quais, *mutatis mutandis*, aplicam-se ao caso em tela:" Ora, se admitida a participação geral e indiscriminada de todos os indivíduos individualmente interessados - quer pessoas naturais que pessoas jurídicas - como *amici curiae*, restariam inviabilizados *ab initio* os possíveis efeitos esperados da repercussão geral, no campo da redução de quantidade de feitos submetidos ao julgamento da Suprema Corte."

Ficam consignados, portanto, os argumentos em prol do uso desse instituto como forma de maior legitimação do procedimento de resolução de demandas repetitivas à luz da teoria de Luhmann.

## 4 CONCLUSÃO

Todos trabalhamos com expectativas, mas estas expectativas aumentam a complexidade e ainda, na dupla contingência luhmanniana, as expectativas das expectativas de modo que os outros esperem que se adote uma determinada conduta estabelecida como razoável, impondo uma padronização. Se o direito, como sistema parcial, é mecanismo de controle que observa a forma, a unidade da diferença, mediante seu código de licitude/ilicitude, ele deve regular o futuro.

A análise da evolução do conceito de acesso à Justiça dessa pesquisa demonstrou a necessidade de evolução não apenas no campo do direito material, mas também na seara processual.

Nesse sentido, destaca-se a distinção de Luhmann, entre as expectativas normativas, dogmáticas e construídas pelo passado, mas que se projetam para o futuro e as cognitivas, que podem vir a produzir diferença no subsistema do Direito, colocando-se o conceito de programação finalística, em que se tem a pretensão de construir o futuro.

Soma-se a tais razões o direito à igualdade (material e processual) que decorre dos direitos fundamentais, o qual possibilita uma interpretação das decisões com caráter vinculante como instrumento que contribui positivamente para o processo de construção judicial do direito. Dentro desse contexto, o jurista se insere como um operador da programação, consistente nas normas jurídicas.

Se por um lado a legislação (vista como a dogmática em Luhmann) reflete o pensamento do passado pelos dogmas e possibilita a manutenção das expectativas normativas no intuito de controlar o futuro, por outro lado, os argumentos trazidos nesta pesquisa revelaram sua insuficiência para analisar milhares de casos concretos sobre teses jurídicas idênticas, dada a generalidade e abstração da legislação, que a torna insuficiente face ao grau de complexidade das modernas relações sociais, que tornando-a dependente de uma programação condicional para a aplicação uniforme do Direito, a fim de tornar as decisões expectáveis.

Ou seja, é a partir da programação condicional, quando se toma conhecimento de forma mais complexa, de todos os elementos traduzidos para dentro do código binário do direito/não direito, que uma decisão judicial pode ser repetida conforme decisões já proferidas, tornando-se mais defensável.

No caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que surge como evolução do direito processual, verifica-se que o juiz também decide para o futuro, pois há expectativa de que sua decisão seja a mesma em casos análogos.

Entretanto, há uma possibilidade - risco - de que uma ou mais ações representem tese jurídica diversa daquela adotada como paradigmática, e isso pode gerar desapontamentos. Mas, como esse risco decorre da contingência e mais, da dupla contingência, ele se torna suportável, e, no caso do incidente, contornável por meio da possibilidade de procedimentos específicos de irritação.

As propostas trazidas pelo PLS nº 166/2010 (novo Código de Processo Civil) analisadas neste trabalho se inserem dentro da terceira onda renovatória de acesso à Justiça proposta por Mauro Cappelletti e podem ser consideradas como uma evolução necessária para além da dicotomia processo individual/coletivo que venha a contribuir para a solução de alguns dos problemas que o Poder Judiciário Brasileiro vem enfrentando.

A devida compreensão da tarefa atribuída ao Poder Judiciário à luz de todo o exposto é, talvez, a única forma de se garantir uma prestação jurisdicional efetiva, operacionalmente possível e racionalmente aceitável dentro da realidade brasileira, o que se pode afirmar com base em pressupostos não se assentam apenas nos instrumentos de coação do Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

\_\_\_\_\_. **Constitutional rights, balancing and rationality**. Ratio Juris, v. 16, n. 2, Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. 2003

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 2ª ed. Tradução do grego e notas: Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1992.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BROGGINI, Gerardo. Aspetti storici e comparativistici. In: CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (org.). **L'equità**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 17-45.

CABRAL, Antonio do Passo. **O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão**: uma alternativa às ações coletivas. Disponível em: <<http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144617/O-novo-Procedimento-Modelo--Musterverfahren--alem%C3%A3o--uma-alternativa-%C3%A0s-a%C3%A7%C3%B5es-coletivas>>. Acesso em 05 jan. 2011.

CAPPELLETI, Mauro. **Giudici legislatori?** Milano: Giuffrè, 1984.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleeth. Porto Alegre: Fabris. 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão intitulado: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**, Coimbra, 1991.

\_\_\_\_\_ **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_ **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5.d, Ed.Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELLUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Tradução: Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARVALHO, Luis Fernando Ribeiro de. **Cidadania e justiça**. Ed. da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. 2000.

**III Diagnóstico da Defensoria Pública**. Ed. do Ministério da Justiça. Brasília, 2009.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario Sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann**. México: ITESO, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.v.1.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986; 3.ed.1988.

\_\_\_\_\_ **O direito Inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Tradução: Luis Recaséns Siches. Barcelona: Bosch, 1921 apud SILVEIRA, Alípio. **Conceitos e funções da equidade em face do Direito Positivo**: (especialmente do Direito Civil).

\_\_\_\_\_ **Filosofia del derecho**. 1946, t. II.

DELTA LAROUSSE. In: **ENCICLOPÉDIA** Delta Larousse. Rio de Janeiro, 1970. v.7.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e Notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_ **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_ **O Império do direito**. Tradução e Notas: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_ **Uma questão de princípio**. Tradução e Notas: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIÑAS DULCE, María José. **La sociología del derecho de Max Weber**. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes. 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 30 dez. 2010

GODOI, Marciano. **Seabra de Justiça**: igualdade e direito tributário. 1.ed. São Paulo: Dialética, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_ Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução: Leonel Cesarino Pessoa. In **Cadernos de Filosofia Alemã**, nº 6, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soether. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_ **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume I e II. 2. Ed. Jürgen Habermas. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

\_\_\_\_\_ **Direito e Democracia** – entre a Facticidade e a Validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.2v.

\_\_\_\_\_ **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_ **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Tradução: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_ **Leviatã**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_ **O problema da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

\_\_\_\_\_ **Teoria Pura do Direito**: Introdução à Problemática Científica do Direito. Versão condensada pelo próprio autor. Trad. de Agnes Cretella e J. Cretella Jr. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5.ed.Tradução: José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: Editora LTR, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. in **Processo civil: leituras complementares**. Org. Fredie Didier Junior. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto, s/d.

\_\_\_\_\_ **Sociologia do Direito** I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.1983. 2v.

\_\_\_\_\_The Unity of the legal system. In: Teubner, Gunther (org). **Autopoietic Law: a new approach to Law and society**. Berlim: De Gruyter, 1988.

\_\_\_\_\_ **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Revista Ajuris, n.49, 1990.

\_\_\_\_\_ **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

\_\_\_\_\_ **Social systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

\_\_\_\_\_ **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_ **El derecho de la sociedad**. México: Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito In: Arnaud, André-Jean:LOPES JR, Dalmir(orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Tradução: Dalmir Lopes Jr, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_ **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder, Universidad iberoamericana, Daad e Cátedra G.A. Humboldt, 2007

\_\_\_\_\_ **Risk: a sociological theory**. 4. Reimp. New Brunswick: Aldine Transaction, 2008.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Notícia do Direito brasileiro, in: **O Direito como Sistema Social: a teoria do Direito de Niklas Luhmann como contraponto ao positivismo jurídico**, 2006.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARTINS, Ana Lúcia Nina Bernardes. Florida Vote: direito e política na perspectiva do Legal Realism. In VIEIRA, José Ribas (org.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **O processo justo na Constituição Federal de 1988**. Ajuris 91:224.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov. de 2000.

Hobbes, Leviatã, 2003,).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Tássia Baia. **Stare Decisis e a Aplicação do Precedente no Sistema Norte-Americano**. Belém: Mimeo, 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. s.l: Editora Atlas, 2009.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7 ed. São Paulo: RT, 2002.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoietico. In **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 1, n. 1, jan-jun, PucMinas, Belo Horizonte, 1998.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. Ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos tribunais, v.2, 1991.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta & Lenita. M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_ **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Saraiva: São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_ **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_ **Filosofia do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

\_\_\_\_\_ **Ética, ação política e conflitos na modernidade**. Danilo Santos de Miranda (org.) Ética e cultura. São Paulo: Perspectiva, 2004.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas**: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SHAUER, Frederick. **Precedent Stanford Law review**. Stanford, CA, v.39.Feb 1987.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2006.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. S.l: Editora Forense, 1980.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito** . Porto Alegre:Fabris, 1997.

## **ANEXO I - LEIS APROVADAS COM O I PACTO REPUBLICANO DE ESTADO**

1. Lei n.º 11.187/2005 - confere nova disciplina ao cabimento dos agravos retidos e de instrumento.
2. Lei n.º 11.232/2005 - estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos a execução fundada em título judicial.
3. Lei n.º 11.276/2006 – altera a forma de interposição de recursos, o saneamento de nulidades processuais e o recebimento de recurso de apelação.
4. Lei n.º 11.277/2006 – acrescenta o art. 285-A ao Código de Processo Civil, racionalizando o julgamento de processos repetitivos.
5. Lei n.º 11.280/2006 - Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.
6. Lei n.º 11.382/2006 – altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução.
7. Lei n.º 11.341/2006 – altera o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial (adoção de meios eletrônicos para prática de atos judiciais).
8. Lei n.º 11.417/2006 - disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.
9. Lei n.º 11.418/2006 – regulamenta o procedimento para aferição da repercussão geral do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.
10. Lei n.º 11.419/2006 - dispõe sobre a informatização do processo judicial
11. Lei n.º 11.441/2007 – possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

12. Lei n.º 11.789/2008 - proíbe a inserção, nas certidões de nascimento e de óbito, de expressões que indiquem condição de pobreza ou semelhantes.
13. Lei n.º 11.790/2008 - altera o art. 46, da Lei de Registros Públicos, para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal diretamente nas serventias extrajudiciais.
14. Lei n.º 11.900/2009 - prevê a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.
15. Lei n.º 11.671/2008 – Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima.
16. Lei n.º 11.689/2008 – altera o Código de Processo Penal não mais permitindo o protesto por novo júri, caso a pena decretada seja igual ou superior a 20 anos.
17. Lei n.º 11.690/2008 - Determina que as provas obtidas ilicitamente não serão válidas, não poderão ser juntadas pelo juiz ao processo e o juiz que tomar conhecimento de uma prova ilícita fica impedido de julgar o processo. As perguntas durante o julgamento poderão ser feitas diretamente às testemunhas. Não haverá mais a necessidade da intermediação do juiz.
18. Lei n.º 11.719/2008 – altera o Código de Processo Penal, tratando dos procedimentos durante o curso do processo.
19. Lei nº 11.925/2009 - altera a Consolidação das Leis do Trabalho, permitindo ao advogado declarar a autenticidade das cópias de documentos oferecidos como prova no processo.
20. Lei nº 11.495/2007 - confere nova redação ao caput do art. 836 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a fim de dispor sobre o depósito prévio em ação rescisória.
21. Lei nº 11.496/2007 – altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT para modificar o processamento de embargos no Tribunal Superior do Trabalho.
22. Lei n.º 11.925/2009 - autenticação de cópias para advogados no processo trabalhista

## **ANEXO II - LEIS APROVADAS(ATÉ SETEMBRO DE 2010) COM O II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM JUDICIÁRIO MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO**

1. Lei n.º 11.965/2009 - participação de defensores públicos em atos extrajudiciais
2. Lei n.º 11.969/2009 - permite a carga rápida aos advogados
3. Lei n.º 12.011/2009 - estruturação da Justiça Federal de primeiro grau
4. Lei n.º 12.012/2009 - criminaliza o ingresso de celulares em penitenciárias
5. Lei n.º 12.016/2009 - nova disciplina o Mandado de Segurança individual e regulamenta o Mandado de Segurança coletivo
6. Lei n.º 12.019/2009 - regulamenta a convocação de magistrados para instrução de processo de competência originária do STJ e STF.
7. Lei Complementar 132/2009 - atualiza a Lei Complementar 80 de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União e promove normas gerais às Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal.
8. Lei n.º 12.063/2009 - regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
9. EC 61/2009 - altera normas sobre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)
10. Lei n.º 12.100/2009 – retificação de erros pelos próprios Oficial do Registro Público
11. Lei n.º 12.126/2009 - dá nova redação ao § 1º do art. 8º da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.
12. Lei n.º 12.137/2009 - altera o § 4º do art. 9º da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
13. Lei n.º 12.153/2009 - dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

14. Lei n.º 12.275/2010 – determina o depósito recursal nas hipóteses de interposição de agravo de instrumento em processo trabalhista.
15. EC nº 66/2010 - implementa medidas para agilizar o processo de divórcio consensual.
16. Lei n.º 12.322/2010 – transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em retido nos próprios autos.

### **ANEXO III - CAPÍTULO VII DO PLS nº 166/2010 - DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS<sup>155</sup>**

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze

---

<sup>155</sup> Redação do vencido para o turno suplementar, aprovada pelo Senado Federal em 15/12/2010. ([http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo\\_Cons=6&orderby=0&Flag=1&RAD\\_TIP=PLS&str\\_tipo=XXX&selAtivo=XXX&selInativo=XXX&radAtivo=S&txt\\_nu m=166&txt\\_ano=2010&btnSubmit=pesquisar](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=6&orderby=0&Flag=1&RAD_TIP=PLS&str_tipo=XXX&selAtivo=XXX&selInativo=XXX&radAtivo=S&txt_nu m=166&txt_ano=2010&btnSubmit=pesquisar))

dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

Art. 934. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 935. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 936. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 937. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a

suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no caput.

Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Art. 939. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 937.

Art. 940. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. 941. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação observará o Capítulo VIII, deste Livro.

