

O ENSINO JURÍDICO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DESAFIOS DE REFORMA DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Daniela Veloso Souza Passos¹

Nestor Eduardo Araruna Santiago²

Resumo

No decorrer do processo de evolução do Estado, o sistema jurídico brasileiro assistiu a inúmeras transformações que implicaram na quebra de paradigmas e em uma nova compreensão e aplicação do Direito. Tradicionalmente, solidificou-se uma cultura jurídica firmada na segurança e certeza depositadas na estrita aplicação lógico-silogística da lei. De maneira sistêmica, essa cultura foi perpetuada por um modelo de ensino voltado para a leitura e análise de Códigos, distanciado da realidade social. Diante de um quadro de transformações do Estado e deslocamento do papel do Direito, o novo Código de Processo Civil (NCPC) estabelece um novo regramento dos precedentes no Brasil pautado na estabilidade e coerência do sistema. O grande problema reside no fato de que a adoção de novas práticas jurídicas e de uma cultura de precedentes, não pode não estar sendo acompanhada de mudanças no ensino jurídico, o que poderá implicar em sérias consequências para a construção de uma teoria de precedentes no Brasil. Por esse motivo, o presente trabalho tem por objetivo analisar a adequação do atual modelo de ensino do direito aos novos desafios impostos pela reforma implementada pelo NCPC. Para tanto, como objetivos específicos, delineou-se as razões que levaram à reforma e os seus impactos para prática profissional para, por fim, fazer um contraponto com o atual modelo de educação jurídica. Conclui-se pela necessidade de reforma do ensino do Direito baseada no desenvolvimento de competências e habilidades adequadas ao novo cenário jurídico de aproximação com uma cultura de precedentes.

Palavras-Chave: Garantismo. Reforma. Precedentes. Novo Código de Processo Civil. Ensino Jurídico.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro assistiu, nos últimos anos, a grandes transformações relacionadas ao processo de construção do modelo de Estado democrático. Tais mudanças, ocasionadas especialmente após a Constituição Federal de 1988 (CF), implicaram na necessidade de adoção de um modelo de Estado cujo grau de

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2013); Professora da Universidade de Fortaleza, Assessora do Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas e Coordenadora do Laboratório de Jurisprudência da Universidade de Fortaleza - Unifor. E-mail: danivspassos@hotmail.com

² Doutor em Direito (UFMG, 2005). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Ceará. Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

legitimidade democrática é avaliado a partir da submissão dos poderes República ao reconhecimento e aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Diante de tais transformações, sedimentou-se no campo jurídico que, no exercício da atividade judicante, o juiz não deve tratar o direito sob o aspecto meramente lógico-formal, mas também sob o ponto de vista social, de maneira a buscar os valores constitucionais diluídos na sociedade. Com isso, o campo da justiça passa a ser percebido como um espaço simbólico de lutas, depositando-se sobre o Judiciário todas as expectativas para a realização da justiça social, como objetivo da República Federativa do Brasil.

A importância de tal tema reside no fato de que esse fenômeno, vivenciado não somente no Brasil mas na maior parte dos países de tradição jurídica do civil law, tem gerado um deslocamento do papel da jurisprudência no sistema das fontes do direito, implicando em uma verdadeira aproximação com a tradição do common law. Tal aproximação foi intensificada, especialmente mediante reformas processuais voltadas para a uniformização de decisões judiciais, e, mais recentemente, com a reforma do Código de Processo Civil em 2015. O grande problema reside no fato de que a adoção de novas práticas jurídicas e de uma cultura de precedentes pode não estar sendo acompanhada de mudanças no ensino jurídico, tradicionalmente baseado em um modelo formalista e pautado no desenvolvimento de uma cultura legal, o que poderá implicar em sérias consequências para a construção e aplicação de uma teoria de precedentes no Brasil.

Partindo-se do pressuposto de que existe uma relação direta entre o funcionamento modelo de sistema de direito e o ensino jurídico, o presente trabalho pretende fazer uma análise da adequação do atual modelo de ensino do direito em um cenário de transformações do sistema brasileiro, especialmente após a reforma implementada pelo novo Código de Processo Civil (NCPC). Para tanto, utiliza-se do método dialético, necessário para possibilitar a compreensão e explicação dos problemas e das contradições existentes entre as transformações no sistema jurídico e na formação dos operadores do Direito. Tal análise será realizada mediante uma abordagem qualitativa com finalidade exploratória, centrando-se, através de pesquisa bibliográfica, na identificação dos fatores que determinaram as mudanças no sistema jurídico brasileiro e consequentemente contribuíram para a reforma do CPC.

Parte-se da compreensão de que o fenômeno jurídico e as mudanças no direito perpassam invariavelmente pela análise das transformações do Estado no decorrer da evolução histórico constitucional. Por este motivo, traça-se um percurso metodológico que se inicia em uma análise do processo evolutivo de desenvolvimento histórico do Estado, a fim de tentar compreender os motivos que levaram ao deslocamento do papel do direito jurisprudencial no Brasil. Posteriormente, faz-se um estudo das principais mudanças implementadas pelo NCPC que geram uma aproximação do sistema jurídico brasileiro ao modelo de precedentes, para, por fim, identificar, a partir de uma breve análise comparada dos métodos de ensino jurídico

adotado em países de tradição do common law, quais os principais desafios de reforma que o atual modelo impõe para o ensino jurídico no Brasil.

Não se pretende apresentar de maneira exaustiva a discussão sobre os o sistema de precedentes, mas tão somente fazer uma revisão das principais categorias relacionadas ao seu *modus operandi* que são fundamentais para condicionar e direcionar o modelo de ensino do direito. Objetiva-se com isso, gerar uma reflexão sobre a necessidade de reforma no ensino jurídico no Brasil, com a possibilidade de revisão de métodos e experiências adotadas em países de tradição do common law, baseada no desenvolvimento competências e habilidades adequadas ao novo cenário jurídico que a reforma do Código de Processo Civil trará para o direito brasileiro.

O GARANTISMO E AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO DE DIREITO

O processo de construção do Estado de Direito implicou na formação de sistemas jurídicos baseados em experiências de sociedades cujas estruturas, crenças e costumes apresentavam formas múltiplas. Apesar da convergência de fundamentações filosóficas, o fenômeno jurídico assumiu caráter diverso em vários países do mundo, congregando técnicas para formular regras e métodos para interpretá-las conforme a concepção da ordem social vigente, determinando o modelo de aplicação e a própria função do direito (DAVID, 2002, p.16).

Dentro dessa perspectiva, Weber (1979, p. 99) analisa que os países da Europa continental, de tradição do civil law, passaram por um processo de racionalização abandonando um modelo de Estado baseado nas relações de poder até chegar a um modelo de dominação legal, cujas relações são reguladas pela lei, e que é característico do Estado moderno: a autoridade se dá em razão da crença na validade do estatuto legal e da competência funcional baseada nas regras racionalmente criadas. “É o domínio exercido pelo moderno ‘servidor do Estado’ e por todos os portadores do poder que, sob esse aspecto, a ele se assemelham”.

Essa análise, apesar de ter como parâmetro a Europa continental, serviu de modelo para outros países, especialmente por força da expansão da tradição jurídica do civil law (WEBER, 1979).

Esse processo de racionalização do Estado moderno trouxe consigo uma série de consequências no tocante ao reconhecimento e operacionalidade do direito material e processual de maneira distinta dos países de tradição do common law. Diversos elementos ideológicos influenciaram na configuração de categorias de direitos que atendiam às necessidades políticas e sociais de cada período histórico, refletindo na forma de se pensar e aplicar o direito.

De acordo com essa análise de desenvolvimento do Estado racionalista weberiano, o modelo tradicional de dominação somente é rompido quando surgem elementos ideológicos ligados as desenvolvimento do capitalismo e do cientificismo (WEBER, 1979, p. 102; p.165).

É dentro desse contexto que, a partir de formulações teóricas de matriz filosófica, jusnaturalistas, filósofos e juristas colocaram em evidência as estruturas medievais de poder e trazem para o centro das discussões políticas os limites da atuação do Estado perante os direitos dos indivíduos, rompendo com o Estado absolutista e dando origem, mediante processos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, ao Estado de Direito de matriz liberal. Tal experiência nasce atrelada à ideia de que o progresso e o desenvolvimento do Estado somente se faria possível através da proteção a direitos e do limite ao poder e que somente o direito positivo poderia assegurar a ordem e a segurança necessárias para o progresso.

Por conseguinte, a partir das experiências norte-americana e francesa, nasce o primeiro paradigma do Estado de Direito que foi o Estado Liberal, cuja principal função era garantir a liberdade individual e econômica. Nos primeiros anos de sua consolidação, a ideologia liberal tinha como características principais a separação de poderes, a não intervenção da política nos aspectos econômicos e a supervalorização do princípio da legalidade, mediante o qual se estabeleceriam limites ao poder do monarca e a liberdade de regulação da vida social e econômica (ROCHA, 1995, p. 126-128; CAPPELLETTI, 1999, p. 31-33).

Esta forma de Estado baseada na supremacia do Legislativo, de onde adviria a legitimidade social das normas, convivia com um formalismo jurídico originado, em grande medida, pela tradição montesquiana, predominante no século XVIII, que definia um perfil de juiz passivo e mero aplicador da lei. A atividade jurisdicional baseava-se na lógica dedutiva, cabendo ao juiz apenas declarar o direito de maneira não criativa, sem envolver qualquer posicionamento crítico ou valoração pessoal. A norma jurídica, por sua vez, de caráter geral e abstrato, assegurava uma igualdade formal, independente de classe ou quaisquer critérios de diferenciação social. (CAPPELLETTI, 1999, p. 31-33, GARAPON, 2001, p. 173)

Por influência de uma ideologia positivista firmada na neutralidade científica, o Judiciário contemporâneo nasceu com uma função de mero defensor de uma ordem constituída. Seu papel limitava-se à resolução de conflitos entre indivíduos, atuando de forma pretensamente neutra, de maneira a não intervir nas relações interpessoais, nem nas relações entre os indivíduos e o Estado, sendo que o processo representava instrumento de manutenção das relações de poder (COSTA, 2013, p. 171-186).

Diversos fatores políticos, econômicos e sociais associados à evolução do capitalismo e abstenção do Estado deram origem a desigualdades sociais quase que intransponíveis, intensificadas especialmente após a Primeira Guerra Mundial (ROCHA, 1995, p. 129-133; CAPPELLETTI, 1999, p. 34). Essa negligência do Estado com os aspectos sociais colocou em evidência a natureza individualista do capitalismo, gerando a necessidade de redefinição das suas bases político-ideológicas.

O Estado de Bem-Estar Social surge, pois, como uma saída para a crise econômica que abalou as estruturas do Estado Liberal e promoveu profundas transformações nas relações sociais. Para o restabelecimento

das relações de produção, leva-se o Executivo para o centro das decisões políticas, intervindo e regulando na economia, lançando sobre este Poder as novas e crescentes expectativas. A função do Estado deixou de ser de mera manutenção ou restabelecimento da ordem para ser de transformação da realidade. Desta maneira, as normas jurídicas deixariam de ser meras "hipóteses de incidência e consequências jurídicas", para se tornarem "fins a se alcançar" (ROCHA, 1995, p. 131).

De acordo com Cappelletti (1999, p.34-35), um dos impactos do Estado e de Bem-Estar Social foi a introdução na ordem jurídica de legislação em um sentido prospectivo, deslocando o direito para o tempo futuro quando a promoção social estipulada pela lei deveria ser realizada por meio de intervenção do Estado, fenômeno este que repercutiu diretamente na atividade jurisdicional e no processo. O direito, em tese, deixaria, portanto, de ser um instrumento para a garantia de desenvolvimento que a princípio beneficiaria somente a classe dominante, convertendo-se em um instrumento de mudanças sociais e econômicas.

Por outro lado, como consequência lógica da globalização econômica e da massificação das relações sociais, novos conflitos decorrentes de danos de massa deram origem a uma verdadeira metamorfose do direito processual, deslocando ações antes limitadas à esfera individual para novas ações de natureza difusa e coletiva. Como consequência, novas responsabilidades e poderes foram atribuídos aos juízes, sobretudo, processuais, em decorrência do caráter criativo, dinâmico e ativo do processo jurisdicional, cujos efeitos viriam a ultrapassar a esfera das partes fisicamente presentes em juízo. (CAPPELLETTI, 1999, p.93; VIANNA et al., 1999, p. 20-22)

Do ponto de vista da proteção de direitos, tal momento constitucional representou um grande avanço, tendo como parâmetro o momento constitucional anterior; contudo, ainda não havia uma concepção universalista. O predomínio da racionalidade formal e do positivismo legalista em nome da segurança jurídica defendiam o afastamento entre direito e moral, inserindo o direito em um contexto meramente normativo, desprovido de toda e qualquer valoração de natureza política e ideológica. Tal formulação teórica, por estabelecer o debate sobre o direito apenas como categoria do ser e não do dever ser, em que o fundamento de validade e legitimidade da norma era extraído tão somente do seu caráter formal, independentemente de seu conteúdo material, acabaram por amparar as experiências nazistas e fascistas permitindo grandes violações a direitos humanos. (VIANNA et al., 1999, p. 22)

Tais acontecimentos colocam em evidência a fragilidade do positivismo e levam juristas e filósofos a fazer uma releitura do Direito, seja no sentido da superação do positivismo, seja para gerar um complemento e reforço dessa teoria e adequá-lo às novas necessidades do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2011, p.100).

É, portanto, somente após a Segunda Guerra Mundial que os direitos passam a adquirir um caráter universal, momento em que os países assumem o compromisso de respeito à dignidade da pessoa humana no plano das relações internacionais e internas mediante a criação de pactos internacionais e incorporação dos

princípios de proteção dos direitos humanos no âmbito dos textos fundamentais.

A incorporação nas constituições de princípios de justiça como igualdade e dignidade da pessoa reinsere o Direito na relação com a moral, não sendo mais compreendido somente de regras, mas também de princípios suscetíveis de ponderação e balanceamento, cabendo à teoria do Direito e da argumentação estabelecer critérios de solução de casos difíceis. Esse posicionamento é adotado em maior ou menor medida por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza (FERRAJOLI, 2011, p. 97).

Por sua vez, a teoria do garantismo desenvolvida por Luigi Ferrajoli propõe uma releitura da Teoria do Direito baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, modificando-se a compreensão a respeito da validade da normas. Normas válidas e legítimas são aquelas que respeitam o procedimento legislativo para sua elaboração, mas também possuem conteúdo compatível com a Constituição. Esse conteúdo é delimitado a partir de regras e princípios que passaram, especialmente a partir do pós guerra, a integrar as normas constitucionais (ROSA, 2003, p. 20-40; FERRAJOLI, 2014, p. 797-803).

Isso porque, segundo Ferrajoli (2014, p. 797-800), diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal para alcançar a “democracia substancial”, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da perda de legitimação das instituições estatais.

Por conseguinte, os direitos fundamentais representam limitações substanciais não somente ao Poder Executivo, mas também ao Poder Legislativo. Estabelece-se com isso uma esfera do indecível, ou seja aquela matéria que é indisponível de restrição ou violação por parte do Estado, impedindo, conforme o autor, que “eventuais majorias violem direitos indissociáveis” e construídos historicamente (ROSA, 2003, p. 29). A legitimidade do Estado democrático passa, portanto a ser aferida conforme o grau de respeito aos direitos fundamentais. O paradigma garantista leva, portanto à superação do paradigma weberiano da validade meramente formal do direito.

Com efeito, a partir dessa visão, os parâmetros nos quais se baseia as decisões dos juízes deixam de ser rígidos e baseados tão somente na lei, assumindo um caráter mais flexível, contendo princípios que representam poros necessários para se oxigenar a Constituição e atualizar o direito garantindo-se a máxima eficácia dos preceitos constitucionais (ROSA, 2003, p. 82).

Como decorrência lógica de todo esse processo de mudança de interpretação do Direito, visto a partir de uma perspectiva principiológica, os países de tradição jurídica do civil law presenciaram uma modificação no papel do Poder Judiciário que deixa de ser um mero aplicador da lei para assumir uma posição mais ativa diante do direito, com vistas à modificação da realidade econômica e social, gerando o fenômeno denominado de

“judicialização da política e das relações sociais” (VIANNA et al, 1999, p.16-44).

Tal fenômeno tem como consequência um gradativo deslocamento do papel da jurisprudência, gerando uma verdadeira aproximação com o sistema jurídico de precedentes adotado tradicionalmente nos países originários da família do common law.

AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO E A APROXIMAÇÃO COM O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Os reflexos dessas transformações do Estado constitucional ocorridas na Europa foram sentidas no Brasil especialmente após a transição democrática no fim da década de 1980. Diversos fatores de natureza social, política, econômica e ideológica são apontados como responsáveis por essas transformações como a explosão de litigiosidade, a maior complexidade das demandas e a abertura constitucional à interpretação de princípios e valores, dentre outros, que transformaram a atividade jurisdicional e os juízes em um novo ator no cenário político (PASSOS, 2012, p. 99-105; SADEK; ARANTES, 1994, p.36-40).

Partindo-se do pressuposto que a CF tenha caráter dirigente, além de garantir os direitos individuais, típicos do liberalismo, foram consagrados ainda uma ampla gama de direitos sociais e coletivos, definindo metas e programas a serem desenvolvidos pelo Estado. Essa previsão teve repercussões na demanda por prestação jurisdicional, aumentando-se e diversificando-se os litígios, não mais limitados aos de natureza individual, mas também de dimensão transindividual, gerando uma explosão de litigiosidade (SADEK; ARANTES, 1994, p.36-40).

Por conseguinte, diversos atores políticos e sociais passaram a buscar o Poder Judiciário para ter uma resposta a suas pretensões, depositando-se sobre tal instituição as expectativas sociais de realização de justiça, deslocando para esse Poder a arena dos debates antes travados em outros espaços (SADEK, 2004, p. 81; HESS, 2011, p. 604).

Por outro lado, seguindo a direção do garantismo, o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da República e abertura constitucional ao amplo catálogo de direitos fundamentais de natureza principiológica, inclusive a normas de caráter processual, geram uma mudança na clássica atitude do Judiciário: o juiz deixa de ter um papel passivo diante da lei e passa a atuar com relativa independência em face dela (SADEK, 2004, p. 80-84).

Assim, em consonância com as transformações surgidas em todos os países de tradição do civil law, redefiniu-se o papel do Judiciário no que diz respeito a sua posição na ordem jurídica contemporânea (SADEK, 2004, p. 80-84).

Essas mudanças implementadas com a democratização conferiram aos magistrados um poder nunca

antes visto na história do constitucionalismo brasileiro. Contudo, a inexistência de implementação de mudanças institucionais e estruturais na organização e na formação dos juízes colocou em evidência as deficiências do sistema de justiça e sua incapacidade para atender às novas exigências constitucionais, culminando em um quadro de crise gerada pela morosidade e ineficiência (HESS, 2011, p. 604-611; SADEK; ARANTES, 1994, p.36-40).

Como consequência, a multiplicidade de demandas associada à possibilidade de decisões discricionárias com base no livre convencimento do juiz gerou um fenômeno da diversidade de decisões e fundamentações comprometendo a segurança, igualdade e previsibilidade da tutela jurisdicional.

Esse quadro era, contudo, incompatível com os objetivos desenvolvimentistas de Estado que, a partir de um ciclo de reformas orientadas por interesses neoliberais na década de 1990, mudou o referencial de administração clássica para administração gerencial, como resposta à crise do Estado na economia globalizada. Com base nesse novo referencial ideológico, implementou-se no Brasil uma reforma administrativa por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que, dentre outros aspectos, inseriu princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como parâmetros para a atuação dos agentes públicos (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.19-21).

O Poder Judiciário, por sua vez, como parte do sistema estatal, amplamente apontado como moroso e ineficiente, também não ficou imune a essas novas exigências (KOERNER, 1999, p. 11-26). A partir de então, na busca pela celeridade processual e segurança jurídica, os princípios que passaram a reger a administração pública, voltados para a eficiência do serviço, passaram a impulsionar a modernização da “máquina judiciária”, culminando na reforma judicial orientada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, e na realização de Pactos Republicanos voltados para a racionalização de procedimentos. (HESS, 2011, p.609-610).

Assim, por meio da Reforma do Judiciário, novos paradigmas processuais passam a ser implementados na busca por eficiência, celeridade processual, segurança jurídica e uniformização da jurisprudência. Como base nesses novos paradigmas, adota-se no âmbito do sistema de justiça modelos de gestão judicial, estabelecendo-se metas direcionadas para a ampliação da agilidade na prestação jurisdicional.

Sob o prisma do garantismo, o acesso à justiça deixa de estar associado tão somente ao ingresso em juízo, mas também e principalmente, ao acesso a uma ordem jurídica justa, compreendida esta como aquela que assegura uma tutela jurisdicional efetiva e célere, garantindo-se o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade, o contraditório, publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais, dentre outros aspectos.

Por outro lado, a solução para a segurança jurídica e a igualdade comprometidos pelo subjetivismo dos juízes parecia estar na fixação de técnicas de uniformização da jurisprudência que fossem capazes de estabelecer critérios de tratamento isonômico para casos idênticos (DANTAS, 2014, p.135).

Nesse sentido foram implementadas algumas reformas processuais no Brasil com vistas à celeridade e à efetividade da prestação jurisdicional e garantia da segurança das decisões. Colaboraram para este propósito, dentre outros fatores, o reconhecimento do efeito vinculante das ações controle concentrado de constitucionalidade, a previsão de súmulas impeditivas de recurso³, a previsão do julgamento liminar de demandas repetitivas⁴, a introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos⁵, além da súmula vinculante⁶ (WAMBIER, 2009, p.146-150; CARNEIRO JÚNIOR, 2012; p. 274-292).

Apesar das reformas implementadas para garantir a uniformização da jurisprudência, perduram uma série de problemas no ordenamento jurídico que impedem a realização da estabilidade, objetivos de todo sistema jurídico. Isso se deve em grande medida ao fato de que as reformas infraconstitucionais não foram acompanhadas de uma construção doutrinária a respeito de uma teoria do direito que delimite critérios para a atuação judicial (WAMBIER, 2009; DANTAS, 2014).

Outro fator apontado como importante para a criação de um modelo de precedentes no Brasil é o fenômeno observado no âmbito dos tribunais superiores de alteração sistemática de entendimentos jurisprudenciais sem qualquer garantia de segurança ao jurisdicionado. Assim, apesar do todo esforço legislativo no sentido de assegurar a uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais, não se tem notado, por parte da jurisprudência, essa preocupação, sendo comuns posicionamentos antagônicos sobre uma mesma matéria dentro de um mesmo tribunal (WAMBIER, 2009).

Por conseguinte, diante desse problema, seguindo na direção das reformas voltadas para a uniformização da jurisprudência o NCPC coloca em evidência o importante papel que o direito jurisprudencial passa a exercer no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo um novo regramento dos precedentes no Brasil e a necessidade de que as decisões judiciais mantenham a estabilidade, segurança e coerência do sistema (NUNES; HORTA, 2015, p. 308).

Antes de adentrar nas alterações no NCPC, cumpre, contudo, estabelecer breves delimitações teórico-conceituais para a compreensão do instituto dos precedentes, para, em seguida, analisar as principais inovações que aproximam o sistema jurídico brasileiro do sistema do common law.

³ Art. 557 e 518, §1º do CPC/73, introduzidos respectivamente pelas Leis n. 9.756/98 e n. 11.276/06.

⁴ Art. 285-A do CPC/73, introduzido pela Lei n. 11.276/06.

⁵ Art. 102, § 3º, da CF/88, introduzido pela EC n. 45/04, e arts. 543-A a 543-C do CPC/73, criados pelas Leis n. 11.418/06 e n. 11.672/08.

⁶ Art. 103-A da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

O sistema jurídico de precedentes: breves considerações⁷

O sistema de precedentes tem sua origem no direito inglês, que surge como um produto da história e da tradição. Diferentemente dos países de tradição jurídica do civil law que sempre tiveram na lei sua principal fonte de direito, no common law tradicionalmente a principal fonte do direito eram as decisões dos tribunais e não as normas originadas do legislativo⁸. O direito era tipicamente jurisprudencial, baseado nas decisões proferidas pelos tribunais, de maneira que, na linguagem de Caenegem (2010), eram os juízes e não os juristas, ou mesmo os legisladores, os oráculos do Direito. Tal teoria passou a ser adotada nos países integrantes do common law que foram colonizados pela Inglaterra, como Estados Unidos da América⁹ (exceto Louisiana), Austrália, Canadá (com exceção de Quebec), dentre outros. De maneira geral o sistema de precedentes consiste na adoção uma decisão que se tornará paradigma e de observância obrigatória para julgamento de casos futuros que se enquadrem na mesma realidade fática (WAMBIER, 2009; REDONDO, 2014, p.170).

No sistema de precedentes, “tudo gira em torno das decisões judiciais já proferidas”. “A decisão judicial transitada em julgado passa a ser um precedente com uma força tamanha que torna obrigatório o seu acatamento para todos os casos posteriores a ele que se enquadrem na mesma realidade fática” (CARPENA, 2010, p. 201). Sua principal função é gerar igualdade, segurança e previsibilidade, evitando que casos idênticos sejam tratados de maneira desigual (WAMBIER, 2009).

Conforme Wambier (2009, p. 131), na Inglaterra o sistema de precedentes é aplicado de maneira rígida, e “é comum que juízes, mesmo não concordando intimamente com a regra constante no precedente, decidam de acordo com ele, por apego à necessidade de preservar a igualdade”.

A fixação da regra do precedente depende da compreensão das partes que lhe compõe: a ratio decidendi e o obiter dictum. A ratio decidendi, também chamado de holding no direito norte-americano, é considerado o núcleo do precedente. É ela que vai fixar norma geral abstrata que vinculará todas as demais decisões futuras. O

⁷ Devido à complexidade do tema, os limites impostos pelos objetivos do presente artigo impedem que sejam abordadas suas minúcias históricas, limitando-se tão somente aos principais aspectos que caracterizam o sistema de precedentes, necessários para compreender a adoção do instituto no Brasil. Para uma maior compreensão do tema, remete-se o leitor às seguintes obras: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1998; SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999; SCHWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

⁸ Observa-se que há uma tendência mundial de ruptura desses modelos clássicos. Atualmente não é mais possível se falar em um sistema puro tendo em vista a absorção de características mútuas pelas famílias de direito. Por um lado, os países de common law tem manifestado uma tendência de sistematização de suas leis, tradicionalmente não escritas, a exemplo da Inglaterra com a criação das Rule of Civil Procedure. Por outro lado, os países de tradição do civil law, tem conferido paulatinamente importância às decisões judiciais reconhecendo a força vinculante, especialmente dos órgãos de cúpula. Para maior aprofundamento da matéria consultar: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

⁹ Conforme Soares (1999), apesar da origem inglesa do Direito Americano, este se desenvolveu com peculiaridades bastante distintas do Direito Inglês, tornando-se codificado desde os tempos coloniais, característica que lhe faz aproximar do sistema legal da civil law.

obter dictum, por sua vez, são argumentos acessórios que terão natureza meramente persuasiva, não possuindo natureza vinculante para decisões futuras (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 153-158; MARINONI, 2014, p. 810-825).

A distinção entre os dois elementos no caso concreto é fundamental para se estabelecer qual será a regra do precedente, tarefa que pode se tornar difícil a depender da complexidade da causa. Não existe um ponto pacífico na doutrina sobre o conteúdo de ratio decidendi. Todavia, de maneira geral, ela deve conter o juízo decisório (judgement), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning) e a indicação dos fatos relevantes da causa (statement of material facts) (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 153-158; MARINONI, 2014, p. 810-825). Isso porque, apesar de o precedente constituir em um pronunciamento sobre o direito, as decisões são compreendidas e lidas à luz dos fatos, motivo pelo qual sua compreensão é essencial para a decisão (WAMBIER, 2009, p.133).

Uma vez fixada a regra do precedente, há uma vinculação das decisões posteriores. Uma decisão será vinculante sempre que houver identidade de fato, quando a matéria jurídica se apresenta idêntica e desde que não tenha sido modificado ou revisto, isto é não tenha sido superado o entendimento (CARPENA, 2010, p. 203, REDONDO, 2014, p. 177).

A vinculação dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade através da seleção de aspectos relevantes de determinado caso que servirá de parâmetro a decisão de casos semelhantes. Uma vez identificada a incompatibilidade do novo caso com os precedentes existentes aplica-se o distinguishing, que é uma técnica utilizada para adequar a regra do precedente às peculiaridades do caso que faz com que ele seja diferente da regra. Assim no distinguishing a regra do precedente não é abandonada, mas é reformada para se adequar a circunstâncias (WAMBIER, 2009, p.136; MARINONI, 2014, p.848).

No sistema de precedentes, preza-se pela previsibilidade da justiça, de maneira que somente excepcionalmente é possível haver o afastamento ou revogação de um precedente (CARPENA, 2010, p. 203).

Um dos motivos para não se revogar os precedentes são os problemas financeiros e contratuais que disso decorreria. Na Inglaterra, por exemplo, ao contrário do que ocorre nos EUA, eventual revogação de precedente em determinadas situações tem efeito ex tunc, motivo pelo qual há uma resistência para se desconsiderá-lo (CARPENA, 2010, p. 203).

Dadas as peculiaridades do sistema norte americano, o juiz está vinculado aos precedentes da Corte onde se situar a sua jurisdição, bem como da Suprema Corte, não tendo de obedecer a jurisprudência de outros tribunais, não havendo que se falar em vinculação do juiz federal por decisão de uma corte Estadual, por exemplo. Na Inglaterra, apesar de não ser necessário que um tribunal obedeça a um precedente de tribunal inferior, é

comum que as decisões das cortes inferiores sejam respeitadas, em decorrência da rigidez do sistema (WAMBIER, 2009, p. 131).

O NCPC e o sistema de precedentes: aproximações

O NCPC, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que entrará em vigor em 17 de março de 2016, estabelece premissas para a construção de uma teoria de precedentes no Brasil (BRASIL, 2015, online). Acompanhando as exigências do garantismo constitucional, desde a exposição de motivos, a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o texto do Código deixa claro o objetivo do estabelecimento de “decisões que moldem o ordenamento jurídico”, apontando para a necessidade de que os tribunais mantenham a jurisprudência razoavelmente estável conferindo segurança e coerência ao sistema (FUX, 2015, p. 308).

Nesse sentido o NCPC estabelece um Livro próprio para reger os processos nos Tribunais, determinando no art. 926 que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, estabelecendo critérios impeditivos de recursos que são contrários ao entendimento pacificado. Evidencia, assim, uma clara preocupação com segurança jurídica comprometida em face de posicionamento diferentes e incompatíveis dos tribunais a respeito de uma mesma norma jurídica, importando alguns institutos semelhantes àqueles utilizados em países de tradição jurídica do common law, com vistas a imprimir maior organicidade e coesão ao sistema de maneira e a criar condições para a realização de uma tutela jurisdicional célere e efetiva.

Do ponto de vista sistemático, a regulamentação do sistema de precedentes é delimitada especialmente pelos artigos 926 a 993 do NCPC, que integram o Livro III, intitulado Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais. Contudo, apesar de haver previsão de procedimentos específicos voltados para a vinculação dessas decisões, é em todo o corpo do CPC que devem se extrair a teoria de precedentes no Brasil (BRASIL, 2015, online).

Conforme por Dierle Nunes e Frederico Horta (2015, p. 310), a chave dessa delimitação encontra-se nos artigos 926 e no § 1º do art. 489 os quais “constituem comandos contra-fáticos e núcleo normativo para o desenvolvimento e a aplicação do direito jurisprudencial no Brasil (...) cujas técnicas de aplicação, de distinção e de superação, devem partir das premissas neles estabelecidas – a estabilidade, a integridade e a coerência”.

O artigo 926 orienta a atuação dos tribunais estabelecendo um comando normativo no sentido de que eles devem uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Nesse sentido os parágrafos 1º e 2º orientam os tribunais a criarem súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. Com isso o NCPC, segundo Cintra (2015, p. 276) procura evitar que os tribunais extrapolem as circunstâncias fáticas dos precedentes que lhe deram ensejo

legislando positivamente por via oblíqua, violando o princípio constitucional da separação de poderes.

Apesar de os artigos 926 e 489 §1º estabelecerem as premissas básicas sobre a uniformização das decisões, é o artigo 927 que delimita as decisões que terão força obrigatória no ordenamento brasileiro. O artigo 927, nos incisos I e II, seguindo a previsão constitucional, obriga os juízes singulares e tribunais a seguir as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e Súmula Vinculante (NUNES; HORTA, 2015, p. 310).

No mesmo sentido, na manutenção da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, os juízes e tribunais deverão ainda observar os acórdãos em incidente de competência e incidente de demandas repetitivas (art. 927, III), cuja vinculatividade é assegurada pela reclamação prevista nos artigos 988 e seguinte do NCPC. São ainda considerados obrigatórios “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (art. 927, IV); além da “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (art. 927, V). Esse rol não é exaustivo, não excluindo outras decisões que tiverem “aptidão para constituir indício formal da viabilidade de determinada interpretação do Direito” (NUNES; HORTA, 2015, p. 312).

Ao estabelecer no seu artigo 926 que os tribunais devem manter a jurisprudência íntegra, o NCPC limita a ação e a fundamentação dos juízes em conformidade com todo o sistema, evitando assim arbitrariedades e atitudes voluntaristas, de cariz solipsista, tão criticadas pela doutrina e que acabavam por gerar insegurança nos jurisdicionados. Assim, a aplicação da norma jurídica, mesmo que de caráter principiológico, deve verificar a coerência do princípio com a integridade do Direito (STRECK, 2012, p. 21; NUNES; HORTA, 2015, p. 309).

As premissas da teoria dos precedentes estabelecida por estes artigos somente podem ser compreendidas em conjunto com o artigo 489, §1º do NCPC, que estabelece obrigação de fundamentação das decisões judiciais em qualquer grau de jurisdição em consonância com o artigo 93, IX, da CF. Apesar de não haver qualquer necessidade dessa previsão, já que o dever de fundamentação é uma exigência constitucional, o NCPC inova no sentido de orientar as decisões seja para a construção de um precedente, seja para a sua utilização pela parte (CINTRA, 2015, p. 278).

Conforme analisado no presente estudo, a construção de um precedente depende do enfrentamento das questões de fato e de direito envolvidas na causa gerando uma fundamentação necessária para a construção da *ratio decidendi*. Nesse sentido, a partir dessa nova previsão normativa, os juízes devem enfrentar todas as questões suscitadas na causa, de maneira a criar condições necessárias para a construção da norma jurídica abstrata. Assim, segundo o artigo 489, §1º, não se considera fundamentada a decisão que: “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou questão decidida (I); “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (II); “invocar motivos que se

prestariam a justificar qualquer outra decisão” (III); “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (IV) (NUNES; HORTA, 2015, p. 323; CINTRA, 2015, p. 280).

No mesmo sentido, o referido dispositivo ainda delimita premissas para a utilização do precedentes, na medida em que obriga o magistrado a indicar os fundamentos determinantes que levaram à utilização de um precedente, não sendo considerada como fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (V); ou “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (VI). Este dispositivo será fundamental para garantir segurança ao jurisdicionado e criar condições para a parte identificar o precedente que se adequa ou difere da situação jurídica por ele enfrentada, podendo invocar o precedente ou utilizar a técnica do *distinguishing* ou do *overruling* para afastar a sua aplicação. Caso a decisão não apresente esses elementos da fundamentação, poderá a parte suscitar sua nulidade (NUNES; HORTA, 2015, p. 314).

O artigo 489, §1º, pretende, portanto, em conjunto com o artigo 926, estabelecer regras para fundamentação de decisões mantendo a coerência e considerando a integridade do direito, de maneira a evitar a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país, sem qualquer relação com os fatos que lhe deram origem. Tais previsões terão o condão de evitar subjetivismos e atitudes discricionários baseadas em valores dos magistrados cabendo a eles, no ato das suas fundamentações, levar a integridade da reconstrução da história institucional. Por conseguinte, as antigas decisões sobre a matéria em apreço não poderão ser descartadas, mesmo diante de uma hipótese de *overruling*, quando o magistrado deverá indicar as razões para a quebra do posicionamento acerca da temática (NUNES; HORTA, 2015, p. 312).

Apesar de o artigo 489, §1º, do NCPC estabelecer um comando normativo para o juiz, parece demasiadamente óbvio que “constitui ônus argumentativo das partes desenvolver os padrões de analogia e de contra-analogia que favoreçam os seus interesses” (NUNES; HORTA, 2015, p. 323). Isso se justifica em grande medida pelo fato de que o NCPC adota a teoria da comparticipação, cooperação ou colaboração, que determina um comportamento cooperativo de todas as partes envolvidas no processo (MITIDIERO, 2011, p. 58). Desse modo, em nome do princípio da boa fé objetiva e da cooperação processual estampados nos artigos 5º e 6º do NCPC, as partes devem alegar no primeiro momento em que se manifestarem nos autos – petição inicial ou contestação - os precedentes ou enunciados sumulares que expressem entendimento favoráveis à sua pretensão, estabelecendo padrões de semelhança, distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente (NUNES; HORTA, 2015, p. 325).

A construção do precedente dependerá, portanto, de um diálogo entre as partes, que terão o ônus argumentativo de provar que causa sub judice segue orientação jurisprudencial. Isso terá que ser feito não somente citando decisões ou ementas isoladas, mas exaurindo todos os argumentos que demonstrem a identidade dos fatos com outros que já tenham sido julgados. Quando a parte provar que já existe tese firmada em julgados de casos repetitivos ou em súmula vinculante, poderá ter concedida uma tutela de evidência que, conforme previsão do NCPC, pode se dar independentemente de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 311). A negligência da parte, por outro lado, poderá trazer um prejuízo incalculável, haja vista a previsão do artigo 332 do NCPC, que estabelece a possibilidade de que a causa seja julgada improcedente em sede de liminar, caso não apresente argumentos que demonstrem que a causa em questão não contraria enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) ou Superior Tribunal de Justiça (STJ); acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamentos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; enunciado de súmula de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal sobre direito local (NUNES; HORTA, 2015, p. 326).

Nesse sentido, Dierle Nunes e Frederico Horta (2015, p. 331) chamam a atenção para a necessidade de que a parte leve a sério a fase pré-processual, operando corretamente as técnicas de identificação e distinção dos precedentes, “de modo a se proceder uma preparação da causa, inclusive com análise de riscos, tomando por base, entre outros fatores, os precedentes (art. 927), para que se vislumbre as potencialidades decisórias”.

ENSINO JURÍDICO E OS DESAFIOS DE REFORMA DIANTE DO NCPC

O NCPC traz para o sistema jurídico brasileiro alguns desafios tanto para a prática quanto para a formação jurídica. Conforme apontado por Lima (2013, p.435), a aplicação de precedentes judiciais pelos operadores do direito “exige do intérprete/aplicador um esmerado exame do caso pretérito (de sua *ratio decidendi* em especial) e não apenas o resumo de seu julgamento (ementa do julgado)”. Essa é, contudo, uma prática comum em países de tradição jurídica do civil law em que os juristas recebem uma formação generalista pouco conectada com a prática dos tribunais.

Tradicionalmente, os países vinculados à família do civil law sofreram influências de elementos ideológicos do Estado que associava a segurança jurídica e igualdade à legalidade. Como consequência, os estudos das universidades vinculavam o ensino do direito à aplicação lógico-silogística da lei em uma atitude meramente dedutiva e isolada de qualquer relação com justiça ou adequação da norma à realidade social. Assim, solidificou-se a tradição da prática jurídica voltada para a aplicação das leis e do ensino jurídico voltado para leitura e análise dos Códigos, não havendo uma preocupação com o estudo das decisões dos tribunais (DAVID, 2002, 44-45).

De maneira diversa, os países de tradição jurídica do common law, por questões históricas relacionadas

ao desenvolvimento do sistema, sempre estiveram mais atrelados à prática jurídica. Desde dos primórdios da sua formação, o Direito era aprendido da melhor maneira nos tribunais, nos livros que relatavam as ações (os *yearbooks*), nos precedentes dos pergaminhos dos tribunais e nos repositórios de julgados. Nesse sentido, Caenegem (2010, p.75) aponta que somente entre o século XVIII e XIX que o direito inglês passa a ser ensinado nas universidades de Cambridge e Oxford. Segundo o mesmo autor, enquanto na Alemanha as faculdades eram centro do ensino e gozavam de fama universal, na Inglaterra ainda estavam longe de receber apoio unânime.

Com base nisso, nos EUA, por exemplo, solidificou-se o método de ensino por meio de estudo de casos (*case system*) e em métodos baseados em problemas (*problem based learning - PBL*). O objetivo principal das escolas é treinar profissionais capacitados para o exercício da profissão. O método de ensino coloca o aluno no centro dos debates, havendo uma participação ativa na discussão de casos particulares extraídos da jurisprudência ou situações hipotéticas, para as quais devem apresentar soluções adequadas com base em argumentos variados. Esse método requer do aluno preparo prévio e estudo dos repertórios de jurisprudência. Com isso, o acadêmico é avaliado com base na sua capacidade de argumentar, analisar e articular o direito aplicado aos fatos, sendo levado a estudar os precedentes nas suas minúcias analisando casos semelhantes que lhes permitam construir argumentos jurídicos para os casos concretos (BARRETO FILHO, 1967, p.355-378).

No Brasil, seguindo a lógica de desenvolvimento do sistema do *civil law*, o ensino jurídico estruturou-se por métodos de ensino eminentemente teóricos, presos à estrutura curricular no geral excessivamente dogmática e distanciada da prática, impedindo a formação de uma consciência crítica dos alunos. Sob influência do positivismo normativista de inspiração kelseniana, desenvolveu-se uma cultura jurídica que concebia o direito como um mero conjunto de normas, valorizando o seu aspecto lógico-formal, condicionando a prática pedagógica e o modo de pensar dos juristas. Como consequência, criou-se no Brasil uma cultura legal baseada na ideia de que o direito deve ser ensinado de maneira a transmitir as premissas básicas do sistema, tendo como função precípua informar o aluno de maneira acrítica, sem uma visão orgânica do conjunto e desvinculada da realidade social (GENTIL, 2013, p. 417; GRINOVER, 1978, p.105). Com base nessa ideologia é que os cursos de direito foram estruturados “condenando os estudantes, em nome da segurança da lei a uma informação burocrática”, limitando-se a simples escolas de legalidade por meio das quais são reproduzidas soluções pré-elaboradas (FARIA, 1986, p. 51).

Assim é que por décadas apontava-se para uma crise do ensino jurídico, acusando-o de gerar uma inércia reflexiva por seu conhecimento padronizado e forjar uma mentalidade estritamente legalista, dando origem ao que Warat denominou de “senso comum teórico dos juristas”, sem qualquer comprometimento com a realidade social (STRECK, 2007, p. 31).

Essas preocupações com o modelo de ensino que datam ainda do período da instalação dos cursos

jurídicos no Brasil, no século XIX, perduraram durante toda a história do constitucionalismo brasileiro. Não obstante, especialmente após a CF, acompanhando as mudanças vivenciadas no Brasil, inclusive no sistema de justiça, as discussões sobre a necessidade de aproximação do ensino jurídico com a realidade social passam a fazer parte dos debates sobre aprimoramento da educação jurídica (SANCHES, 2014, p. 504).

Diante de uma quadro recorrente de crise, algumas mudanças foram implementadas mediante reformas curriculares, na tentativa de superação do modelo positivista de ensino. Nesse sentido, em 2004, instituíram-se as Diretrizes Curriculares do Curso de Graduação em Direito voltadas para a formação de um perfil do graduado com base não mais em uma formação puramente normativista, mas, sim, em uma formação geral, humanística e axiológica, articulando-se os curso com base na formação por competências capazes de conferir ao futuro operador do direito o domínio do conhecimento jurídico científico, aliado a uma postura reflexiva e uma visão crítica capaz de fomentar “a capacidade e aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica indispensável ao exercício da ciência do direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania” (art. 3º, Resolução n. 9, de 2004). Todavia, em que pesem todas as críticas e tentativas de superação dos problemas, as práticas pedagógicas continuam condicionadas aos métodos tradicionais de ensino, tendo grande repercussões no perfil do egresso e na prática profissional (PAULINO, 2008, p.115).

Não existe a prática de estudo de casos do ensino jurídico de maneira a preparar os alunos para extrair os fatos realmente relevantes, as questões jurídicas enfrentadas pela decisão e os motivos determinantes para determinada conclusão jurídica: “isso implica dizer que o estudante de direito, na maioria dos casos, cola grau sem que nunca tenha sido introduzido a conceitos básicos como o de *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ou mesmo de outros instrumentos relacionados à aplicação dos precedentes” (LIMA, 2014, p. 443). O ensino da jurisprudência limita-se em regra à compreensão da busca nos endereços eletrônicos dos tribunais, não havendo, contudo, a instrução da análise dos julgados na íntegra a fim de deles extrair a real conclusão adotada no julgamento.

Como consequência desse modelo sedimentado, há no Brasil uma equivocada forma de se aplicar e interpretar os precedentes, existindo ainda, na linguagem de Lênio Streck (2014, p. 235), um “modo positivista de fundamentar as decisões”. Desde as petições iniciais até a motivação das decisões, os precedentes são utilizadas como meros recursos argumentativos. Essa utilização é feita muitas vezes sem qualquer compreensão dos fatos que lhe deram origem ou mesmo de decisões passadas, fazendo-se tão somente uso da ementa ou trecho do julgado que se adequa a sua pretensão, sem enfrentar todos os argumentos da causa. Todavia, a simples análise do resumo de uma decisão limita a atividade do intérprete, não sendo suficiente para se extrair a norma geral abstrata (*ratio decidendi*) que servirá de paradigma para outras decisões (LIMA, 2013, p. 442).

Todavia, com as novas mudanças implementadas pelo NCPC, os juízes não poderão mais proferir

decisões desconectadas com os fatos que lhe deram origem. Tendo em vista os poderes do juiz ou do relator de rejeitar liminarmente uma causa que seja manifestamente contrária ao entendimento pacificado dos tribunais, o magistrado deverá analisar se o precedente invocado pela parte se adequa a sua pretensão, ou seja, se a ratio decidendi se aplica ou não ao caso apresentado em juízo; se o entendimento não já está superado e se de fato está em consonância com o entendimento pacificado no próprio tribunal ou nos tribunais superiores. Para tanto, em conformidade com o artigo 498, §1º, os magistrados devem justificar as razões da sua decisão não somente com base no resumo de uma acórdão ou de enunciado de súmula, mas com base nos fatos e demais ações que deram origem à decisão ou ao enunciado de súmula utilizado como parâmetro decisório. A omissão do magistrado quanto a essa exigência, além de gerar invalidade da decisão, poderá comprometer toda a técnica de aplicação dos precedentes judiciais.

Portanto, os sujeitos processuais devem ser capazes de construir um pensamento jurídico apto a diferenciar fatos semelhantes ou alheios à sua pretensão. Por este motivo, o estudo do Direito jurisprudencial deverá fazer parte da formação acadêmica a fim de preparar o egresso dos cursos de direito quanto à incorporação da técnicas de formação, aplicação e superação do entendimentos dos tribunais, à semelhança do que acontece nos países de tradição do common law. Assim, o refinamento argumentativo deve ser o norte para o aprimoramento deste novo sistema.

CONCLUSÃO

A transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito trouxe uma série de consequências que implicaram em mudanças no papel da instituição de justiça, saindo de uma posição neutra e objetiva para um posição mais ativa diante da política. A supremacia constitucional e a inserção de uma série de regras e princípios, dotados de uma carga valorativa e considerados a alma da Constituição, trouxeram a necessidade de uma mudança de paradigma na interpretação do Direito até então apreendido no seu aspecto puramente lógico-normativo, para levar em consideração aspectos sociais e valorativos na adequação da norma aos fatos.

Essas transformações alcançaram de modo geral por todos os países de tradição do civil law e, conforme demonstrado no presente trabalho, o Brasil não ficou aquém dessas mudanças.

Por aqui, tais mudanças foram sentidas especialmente após a transição democrática, com a explosão de litigiosidade, a maior complexidade das demandas e a abertura constitucional à interpretação de princípios e valores, dentre outros fatores, que transformaram os juízes em novos atores no cenário político. Essas transformações, contudo, não foram acompanhadas de mudanças na estrutura judicial ou mesmo na cultura jurídica, culminando em um quadro de crise judicial.

Conforme já assinalado, a natureza principiológica da Constituição tem o condão de permitir a

oxigenação constitucional de maneira a atualizar as normas com base no contexto social. Contudo, a inexistência de limites ou critérios de interpretação gera uma abertura a atuação discricionário que, além de impactar no princípio democrático da separação de poderes, perpetua o problema do excesso de demandas, muitas delas em sentido contrário mesmo diante casos idênticos, gerando instabilidade e insegurança. Dentro deste contexto, algumas reformas foram implementadas na tentativa de impor celeridade e uniformidade trazendo institutos processuais que geraram cada vez mais uma valorização da atividade jurisprudencial.

Com a reforma do NCPC, o ordenamento jurídico brasileiro dá um novo passo para resolver os obstáculos com reação ao acesso à justiça, preocupando-se com a duração do processo, sua excessiva formalidade, a integridade do sistema e a coerência das decisões judiciais. De acordo com a Exposição de Motivos, restou evidente que a reforma teve por objetivo estabelecer sintonia entre o processo e a Constituição, reduzindo a complexidade do sistema e imprimindo maior organicidade e coesão, de maneira a criar condições para a realização de uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Evidencia-se, portanto, uma clara preocupação com segurança jurídica comprometida em face de posicionamentos diferentes e incompatíveis dos tribunais a respeito de uma mesma norma jurídica.

O NCPC deixa apenas algumas premissas para a adoção de uma política de precedentes no Brasil; contudo, a construção da teoria dos precedentes no Brasil dependerá de uma ação conjunta entre as partes envolvidas no processo e os juízes. O NCPC estabelece essa obrigação não somente para o juiz, mas também para as partes que, à semelhança do sistema norte americano, deverão ter conhecimento aprofundado sobre as decisões judiciais de maneira a identificar antes mesmo de ingressar em juízo se sua pretensão encontra amparo em entendimento pacificado dos tribunais, se já foi superado ou mesmo se existem razões para o seu reexame. Dessa forma, não basta mais citar trechos de acórdãos, ementa ou enunciado de súmula sem qualquer conexão com as causas que lhe deram origem: o refinamento argumentativo por parte dos procuradores é essencial para o sucesso na causa e para a construção de um verdadeiro direito jurisprudencial.

Necessário se faz, portanto, que o ensino jurídico adote novos métodos que capacite os egressos das universidades para a prática jurídica, seja na exercício do direito de defesa e contraditório, seja no ato da interpretação, contribuindo assim para a construção cooperativa de uma teoria dos precedentes no Brasil.

THE LEGAL EDUCATION AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: CHALLENGES OF REFORM UNDER THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM TRANSFORMATIONS

Abstract

During the process of evolution of the State, the Brazilian legal system witnessed many transformations that resulted in the break of the paradigms and in a new understanding and application of the law. Traditionally, it solidified a culture grounded in the security and certainty deposited on the strict logic syllogistic application of the law. Systemically, this culture was perpetuated by a teaching model focused on the analysis of codes, distanced from social reality. In face of the transformation framework of the State and the role of law, the new Code of Civil Procedure (NCPC) establishes a new theory of precedents in Brazil based on stability, security and consistency of the system. The problem lies in the fact that the adoption of new practices and a culture of legal precedents aren't being accompanied by changes in legal education, which may result in serious consequences for the construction of a theory of precedent in Brazil. For this reason, this work aims to analyze the appropriateness of the current model of law education to the scenario of Brazilian legal system transformations, especially after the reform implemented by the NCPC. Therefore, as for specific objectives, the reasons that led to the reformation and the main impacts of the NCPC to professional practice were identified in order to ultimately make a counterpoint with the current model of legal education. It can be concluded that there is a need for a law teaching reform based on the development of competencies and skills adequate to the new scenario of legal approximation with a culture of precedents.

Keywords: Garanteism. Reform. Precedent. Code of Civil Procedure. Legal Education.

REFERÊNCIAS

BARRETO FILHO, Oscar. **Novos métodos no ensino do direito: a experiência americana**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 63, p. 355-378, dez., 1967. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66567>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://migre.me/qQozP>>. Acesso em: 13 jul. 2015

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, ano 47, v. 120, n. 1, p. 07-40, jan/abr., 1996.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. **Coleção Andrea Proto Pisani**, v.3, Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. **Os Poderes do Juiz no Common Law**. Revista de Processo -RePro, n. 180, p.195-220, fev., 2010.

CINTRA, Fernando Vogel. **Dogmática dos precedentes no novo código de processo civil brasileiro**: uma perspectiva comparada a partir do direito estaduniense. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. ano 6, v. 11, p. 274-301, jan/abr., 2015.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Resolução CNE/CES nº 9. 29 set. de 2004**. Institui as Diretrizes Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providência. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf> Acesso em: 02 de mar. 2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In. DIDIER JR. Fredie et al (Org.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodium, 2013. p.171-186.

DANTAS, Bruno. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do no Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivum, 2014. p. 123-146.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas Jurídicos do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
_____. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba, PR : ABDConst., 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 07 fev 2015.

FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 21, p. 45-68, nov. 1986.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil Comparado- Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. A (in)eficiência da justiça e a preparação do bacharel. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti. **Educação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415-430.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O advogado e a formação jurídica**. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, v. 73, p. 103-114, jan. 1978. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66847>>. Acesso em: 04 maio 2015.

HESS, Heliana. **Reformas, políticas públicas e gestão do Conselho Nacional de Justiça**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 589-625, jul/dez. 2011.

KOERNER, Andrei. **O Debate sobre a Reforma do Judiciário**. Novos Estudos - CEBRAP, n. 54, p.11-26, jul. 1999.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.), **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do no Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivum, 2014. p. 807-868.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil como “Prêt-À-Porter”? Um convite ao Diálogo para Lênio Streck**. Revista de Processo- RePro. v. 194, p. 55-68, abr. 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-334.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. **O ensino do direito em crise**: reflexões sobre o seu desajuste epistemológico e a possibilidade de um saber emancipatório. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

PASSOS, Daniela Veloso Sousa. **Concurso público e transformações no judiciário brasileiro**: o modelo de seleção e as novas competências para o exercício da magistratura. 2013. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167-188.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é Garantismo?** Florianópolis: Habitus, 2003.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP, Brasil, n. 21, p. 34-45, mai. 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário**: Mudanças e reformas. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n.51, p. 79-101, ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext> Acesso: 14 abr. 2013.

SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Napolini; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A reprodução do Paradigma dogmático da ciência do direito no ensino jurídico e a necessidade de mudança na pesquisa jurídica, que permitam uma efetiva educação jurídica. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira et. al. **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495-513.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

STRECK, Lênio; MOTTA, Francisco José Borges da. **Um debate com (e sobre) o formalismo valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio?** Revista de Processo- RePro, v. 213, p. 14-34, nov., 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 46, p.27-50, 2007. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/13495>>. Acesso em: 04 maio 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito:** civil law e common law. Revista de Processo. v. 172. p. 121-153, jun. 2009.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

Trabalho enviado em 10 de julho de 2015.

Aceito em 08 de outubro de 2015.