



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE
AÇÃO**

SAMUEL DOS SANTOS OLIVEIRA

Juazeiro do Norte - CE
2018

SAMUEL DOS SANTOS OLIVEIRA

**JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE
AÇÃO**

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito do
Centro Universitário Dr. Leão Sampaio,
como requisito para a obtenção do grau
de bacharelado em Direito.

Orientador: Italo Roberto Tavares

Juazeiro do Norte – CE
2018

SAMUEL DOS SANTOS OLIVEIRA

**JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE
AÇÃO**

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito do
Centro Universitário Dr. Leão Sampaio,
como requisito para a obtenção do grau
de bacharelado em Direito.

Orientador: Italo Roberto Tavares

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.(a) Me.Italo Roberto Tavares do Nascimento

Prof. (a) Esp.Christiano Siebra Felicio Calou

Prof. (a) Esp. Janio Taveira Domingos

Dedico a Deus, ao meu Senhor Jesus Cristo, que me amam em verdade, aos meus pais e avós, Eduardo Joaquim de Oliveira “voin” e a Geralda Lourdes de oliveira “voinha”, aos meus filhos Hércules e Rebeca que são meus amores incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus ao meu santo Senhor Jesus Cristo meu melhor amigo, ao amável Espírito Santo de Deus que me guia e me guarda de todo mal.

Agradeço a minha linda esposa e companheira em batalhas, Fernanda Lacerda Pereira, a quem eu amo em verdade.

Agradeço a minha mãe e irmãos, a toda minha amável e enorme família, grande não só na quantidade de membros, mas em amor.

Agradeço aos amigos que lutaram comigo durante a batalha, todos os meus colegas do ônibus.

Agradeço aos meus tios, Maria Socorro de Oliveira Montenegro e José de Sousa Montenegro, pelo simples fato de terem sido eles, as pessoas mais importantes para o meu alcance ao ensino superior particular.

Agradeço de uma forma muito especial ao meu amigo e irmão Absolom Pedrosa, da cidade de Bodocó Pernambuco, foi o meu melhor amigo durante a formação acadêmica.

Agradeço ao meu amigo Leo Mãozinha, um forte amigo que realmente me deu uma mãozinha para o pontapé inicial, me levando a faculdade para realização da matrícula.

Agradeço ao amigo Silvestre Carvalho por todo o esforço empregado a fim de contribuir para essa vitória.

Agradeço em especial ao meu grande amigo Adailton Leite, pessoa a qual não tenho as palavras certas para dizer tamanho sentimento e honra.

Agradeço ao meu amigo Pacelli, amigo do miolo do meu coração.

Agradeço ao meu tio em memória, Jacinto Barbosa “tôca”, que um dia me disse “você é um cabra conversador que sabe desenrolar, dava pra ser advogado”. Não obstante, foram suas palavras que me influenciaram ao estudo das leis. Hoje ao concluir esse curso digo: sou advogado meu tio.

Todavia, vale ressaltar, os que não lutaram ao meu lado durante a batalha, não merecem estar comigo durante a vitória.

RESUMO

A presente pesquisa intitulada de jurisprudência defensiva como lesão ao direito fundamental de ação buscou demonstrar a constitucionalidade da jurisprudência defensiva. Haja visto o sistema processual civil brasileiro, segue pelo modelo *civil law*, quanto a base legal se volta para as leis editadas, e o sistema *common law* guiado pelas decisões dos tribunais superiores na busca de uma nova orientação jurídica através de entendimentos sumulados. No entanto, esses entendimentos podem chegar a ferir alguns dos direitos fundamentais, os quais prevalecem como direitos protegidos de qualquer ato atentatório a sua existência ou eficácia. Limitamos ao estudo do direito fundamental de ação, e celeridade processual na busca de uma decisão em tempo razoável, e que pela jurisprudência defensiva pode vir a ser de certa forma violado. Sob a análise da efetividade dos direitos fundamentais, o direito de ação é de grande importância para o acesso do instrumento processual que resultou frente a garantia do indivíduo em exercer seus direitos assegurados na Constituição Federal de 1988. No desenvolvimento da presente monografia, fora tratado a respeito da análise histórica e conceitual do direito de ação, bem como dos direitos fundamentais, a efetivação dos direitos fundamentais perante este instrumento processual. O objetivo geral da pesquisa foi investigar a lesão causada ao direito fundamental de ação pela jurisprudência defensiva. Quanto aos objetivos específicos, restou analisar a tutela Constitucional do direito de ação assim como discutir a jurisprudência defensiva frente ao direito de ação. Foi elaborada a pesquisa do tipo bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Jurisprudência defensiva, Direito de ação, Direitos fundamentais, celeridade processual.

ABSTRACT

The present research, titled defensive jurisprudence as an injury to the fundamental right of action, sought to demonstrate the unconstitutionality of the defensive jurisprudence. It has seen the Brazilian civil procedural system, followed by the civil law model, as the legal basis turns to the edited laws, and the common law system guided by the decisions of the higher courts in the search for a new legal orientation through summarized understandings. However, such understandings may violate some of the fundamental rights, which prevail as rights protected from any act prejudicial to their existence or effectiveness. We limit the study of the fundamental right of action, and procedural celerity in the search for a decision in reasonable time, and that by the defensive jurisprudence can be somehow violated. Under the analysis of the effectiveness of fundamental rights, the right of action is of great importance for the access of the procedural instrument that resulted in the individual's assurance of exercising his rights guaranteed in the Federal Constitution of 1988. In the development of this monograph, respect for the historical and conceptual analysis of the right of action, as well as fundamental rights, the realization of fundamental rights before this procedural instrument. The general objective of the research was to investigate the injury caused to the fundamental right of action by the defensive jurisprudence. Regarding the specific objectives, it was left to analyze the Constitutional tutelage of the right of action as well as to discuss the defensive jurisprudence regarding the right of action. The bibliographical and documentary research was elaborated.

Key words: Defensive jurisprudence, Right of action, Fundamental rights, procedural speed.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TUTELA CONSTITUCIONAL	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE AÇÃO	12
2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DE AÇÃO.....	14
2.3 SISTEMA PROCESSUAL NO BRASIL	17
3 JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	20
3.1 A JURISPRUDÊNCIA.....	21
3.2 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES.....	23
3.3A JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE GARANTIA DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	28
4 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO LESÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO.....	30
4.1JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA.....	31
4.2 A INCOSTITUCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A LESÃO AO DIREITO DE AÇÃO.....	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade de analisar a constitucionalidade da jurisprudência defensiva no que tange ao direito fundamental de ação. Utiliza dos métodos de pesquisa qualitativas e exploratória analisando como área de conhecimento as ciências sociais. Assim como utiliza se de metodologia bibliográfica com base em material já publicado em livros, revistas e outros materiais além de físicos, como por exemplo: material em formato digital disponibilizado na rede mundial de computadores pelo sistema da internet, e que será tratado brevemente a força normativa dos precedentes, jurisprudência como forma de garantia da celeridade processual e como lesão ao direito fundamental de ação.

Tem o intuito de analisar de certa forma, uma insatisfação e insegurança para os de sujeitos com legitimidade e interesse de agir no polo ativo e passivo da demanda, assim como prejuízos causados às partes pelo excesso de formalidade aplicado na fase do processo civil e que não consegue atingir sua real função que é trazer a satisfação da tutela judicial pretendida em tempo hábil como determina o princípio da duração razoável do processo.

Jurisprudência defensiva pode ser entendida, como excesso de formalismo adotado pelos tribunais com propósito de dificultar a apreciação do mérito da causa, o que dessa forma, ataca fortemente o direito de ação. PR sua vez o direito de ação está compreendido como direito fundamental de segunda dimensão, está assegurado pelas garantias constitucionais previsto na lei maior.

A Constituição da República Federativa estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana capitulado em seu título I dos princípios fundamentais no artigo 1º inciso III (BRASIL, 1988), como um princípio maior. Esse princípio é, pelo doutrinador Freddie Didier, considerado um sobreprincípio dos quais todos os demais princípios e regras relativas aos direitos fundamentais são derivados, ainda que com intensidade variável (DIDIER, 2015).

Noutro giro, abordaremos a evolução do direito de ação, faremos um breve relato da autotutela umas das formas de resolução de conflitos e que hoje está superada em parte pelo nosso ordenamento jurídico. Também analisaremos a autocomposição, fundada no conceito de poder de Estado em sua jurisdição, onde

as partes sujeitar-se-ão ao poder constitucional do Estado juiz pelo fato de ter o Estado avocado à obrigação de elaboração de normas para gerenciar toda uma sociedade. As teorias utilizadas durante a fase de construção do direito processual de ação, a exemplo da teoria eclética, recepcionada pelo novo código de processo civil.

Entende-se processo como “método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo procedimento e relação jurídica” (Jr. DIDIER. P. 97. 2016). A Constituição da República Federativa do Brasil, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, assegura os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos a igualdade de todos perante a lei, e por assim entender, estar firmado o direito de acesso à justiça pela via do princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme exposto no art. 5º XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Tem um importante papel de cooperação para uma justiça célere, o Novo Código de Processo Civil no que busca a celeridade processual e duração razoável do processo conforme redação no art. 4º do CPC “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

A aplicação da celeridade processual é de grande importância para que venha afastar o formalismo vazio, desnecessário, que é causa impeditiva de seguimento da ação. Imagine uma ação que se tem pretendida uma tutela de urgência na busca de direito líquido e certo pretendido pelo autor e que esteja presente o perigo de demora, e assim ser denegada o seguimento da ação ou extinto o processo sem resolução de mérito por entender que na petição inicial não estão presentes todos os requisitos do art. 319 e 320 do Código de Processo Civil, assim causando danos a parte demandante. Portanto a formalidade processual funciona como orientação para uma melhor construção do processo, não podendo ser causa impeditiva de seguimento da ação em tempo processual.

2 TUTELA CONSTITUCIONAL

Tutela constitucional ou remédios constitucionais são meios adequados para que possa haver manifestação do poder do Estado em favor do povo nas causas e casos específicos e determinados legalmente protegidos em lei constitucional com base na própria Constituição Federal, a qual concede a toda pessoa e cidadãos na forma da lei, o direito de movimentar a máquina pública na busca de proteção dos seus direitos individuais e coletivos.

Do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrado na Constituição Federal, dos princípios fundamentais no artigo 1º, III, a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III, a dignidade da pessoa humana. Conforme DIDIER (2015, p. 75) o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável. A dignidade da pessoa humana abre o sentido para toda proteção possibilitada pelo Estado conferida ao seu povo.

Ao exercer tal medida em conformidade com as formalidades do processo civil o direito de ação passa a ser uma tutela constitucional assegurado pela Constituição Federal contra todos dos atos atentatórios aos direitos fundamentais, o que não se confunde com o direito de petição o qual defende abuso de poder ou ilegalidades e que também trata - se de tutela constitucional.

A Constituição Federal em seu título II capítulo I, dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos e deveres individuais e coletivos capitulados em seu artigo 5º, XXXV, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Todavia, conforme BULUS, (2015, p. 629) do princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso à justiça ou ainda, princípio do direito de ação, ele é decorrência do vetor da legalidade (CF, art. 5º, II), logo, todos os remédios constitucionais a saber Habeas Corpus, Habeas data,

Mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública são medidas adequadas ao direito de ação pela tutela constitucional na busca do exercício dos direitos fundamentais tutelados.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE AÇÃO

Para que se possa entender o que é direito de ação é de grande importância saber o conceito de ação. Ação é uma posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício do Estado, da função jurisdicional, existindo ainda que inexista o direito material afirmado. CÂMARA (2014, p. 144),

Direito de ação é um direito fundamental subjetivo que pertence ao sujeito detentor desse poder e está regulamentado em lei federal no tocante ao direito de pedir ao Estado como guardião da norma sua intervenção legal na solução de conflitos, pois ao próprio Estado incumbe a prestação de assistência jurídica assim prevalecendo o direito a tutela jurisdicional adequada garantido pela Constituição Federal a ser prestada em duração de tempo razoável efetivando o teor do Novo Código de Processo Civil que busca a aplicação da celeridade processual.

A teoria eclética da ação adotada pelo sistema processual civil brasileiro, que defende a obrigação de fazer a separação entre o direito material e o direito de ação, esse, independe de existência de direito material, bastando preencher os requisitos formais da lei processual os quais podemos citar: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir.

A teoria eclética da ação tem, também, natureza abstrata, visto que não condiciona a existência do processo à do direito material afirmado pelo autor. Em outras palavras, para a teoria eclética, assim como para a teoria abstrata, a ação existe ainda que o demandante não seja o titular do direito material que afirma existir. Difere porém, a teoria eclética da abstrata por considerar a existência de uma categoria estranha ao mérito da causa, denominado condições da ação, as quais seriam requisitos de existência do direito de agir. Para a teoria que ora se examina, o direito de ação só existe se o autor preencher tais “condições”, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, se alguma delas estiver ausente (hipótese em que se tem o fenômeno que se costuma designar por “carência de ação”). (CÂMARA, 2014, p. 143)

Essa teoria defende o direito de acesso à justiça na busca de uma resposta ao direito juridicamente protegido que tenha sofrido lesão por circunstância alheias ao sujeito lesado, seja ela em sentença de mérito favorável ou não, mas que seja completamente aplicado o direito ao que foi pedido na inicial, o que logo após a instauração do processo esse será julgado com ou sem resolução do mérito.

A autotutela (autodefesa) é um método de solução de conflitos que prevaleceu nas sociedades antigas sem a presença de uma autoridade que pudesse controlar as ações dos sujeitos em conflito. Em tempos modernos a figura do Estado representa autoridade e justiça por meio dos poderes que os detém. O poder judiciário meio controlador de vontade do homem como um ser civilizado, é capaz de transformar os pensamentos até mesmo daquelas pessoas que não tem conhecimento da existência de normas regulamentadoras no sentido de guiar as atividades de caráter humano. Atualmente o poder de autotutela tem suas limitações e exceções, como no que tange ao direito de posse, ser mantido na posse do bem juridicamente protegido.

Conforme salienta o Código Civil artigo 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. “§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

Noutro giro, nos casos de injusta agressão atual ou iminente pode-se valer da autotutela para os casos de legitima defesa, logo essa deve ser feita dentro dos limites autorizados pelo Estado em lei infraconstitucional a saber o Decreto Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 Código Penal. “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940)

Superada em parte o exercício da autotutela prevalecendo apenas algumas exceções, o direito normativo por sua vez alcança as necessidades dos membros de uma sociedade politicamente organizada como é o caso do Brasil Estado democrático de direito.

Ademais a autocomposição também é um dos métodos de resolução de conflitos que pode ocorrer por meio do acesso à justiça pelo direito de ação ou pode ocorrer fora do processo jurisdicional. Segundo DIDIER (2015).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: "§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial" (DIDIER, 2015, p.166)

Pois nesse mesmo sentido aduz o Código de Processo Civil:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (BRASIL, 2015).

Exercer um direito é atividade a qual se exige um determinado conhecimento de regras e fatores sobre aquilo que se pretende buscar, garantir o acesso com precisão e o retorno com qualidade. Enfim é preciso saber qual caminho seguir com segurança de ter a certeza de que se está fazendo a coisa certa e pela via adequada. Pois pelo simples fato de ser um direito subjetivo do homem, não se pode pensar que tudo pode ser objeto de apreciação da justiça, que todo fato é motivo para ação ou privilégio legal do Estado detentor do poder de judiciário.

Uma das partes postulantes com direitos violados ou direito de exercer um direito será um sujeito parcial na demanda, e que a partir então é que se manifesta todo o poder de ação o Estado-juiz como sujeito imparcial a julgar um direito exercido de ação logo após a instauração de um processo. "Conclui CHIOVENDA que ação é um direito potestativo, ou seja, um direito que não tem como conteúdo uma obrigação alheia; a ação é um poder que sujeita o adversário, portanto um poder em face do adversário" (*apud* MARINONI, 2016, p. 201). Por tais motivos é que busca em determinados casos o apoio jurisdicional do Estado para pacificação dos conflitos.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DE AÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensão. Esses são direitos de todos os cidadãos. Os direitos de primeira dimensão conforme:

Lenza (2016, p.1156) “Conforme anota Bonavides, “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”(1997,P.563-564,apud LENZA,2016 p.1156).

O direito de ação consiste num direito fundamental de 2^a dimensão, no sentido de ter o Estado à obrigação de uma contraprestação em favor do povo. Não está limitado apenas ao autor da demanda a parte que teve lesado o seu direito juridicamente protegido, por força do princípio da igualdade com previsão Constitucional, o réu tem direito de acesso à justiça para exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, se não fossem os princípios da igualdade e acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e a ampla defesa, todos com previsão na Constituição Federal de 1988, o réu não teria o direito de exercer seu direito de ação em prol de sua defesa, estaria sujeito ao injusto.

Contudo, resulta das normas constitucionais, é direito subjetivo dos titulares, pois o princípio da inafastabilidade jurisdição previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, é o direito de opor-se ao Estado, logo, não ultrapassando os limites jurisdicionais, assim transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Pois os princípios Constitucionais que norteiam os titulares dos direitos fundamentais de ação, reforça ainda mais toda a estrutura da norma infraconstitucional, a lei nº 13.015/15 o Novo código de Processo Civil que está em conformidade com os direitos do cidadão brasileiro.

Na lição de Didier no que tange ao princípio do acesso à justiça conforme o artigo 5º, XXV, CF/88.

jurisdição. O principal efeito desse princípio é o direito fundamental de ação, também designado como direito de acesso ao Poder

judiciário, direito de acesso à justiça ou direito à jurisdição. O direito de ação é um complexo de situações jurídicas. Não se trata de direito de conteúdo eficacial único. O direito de ação contém o direito de provocar o judiciário, o direito de escolher o procedimento, o direito à tutela jurisdicional e o direito ao recurso, por exemplo." (DIDIER, 2015, p.177).

O acesso ao poder judiciário decorre do princípio da legalidade haja visto que somente a lei é capaz de regulamentar o exercício dos deveres e obrigações atribuídos as pessoas, Conforme BULOS (2015,p.629) o princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso à justiça ou ainda do direito de ação, são decorrências do vetor da legalidade (CF, art.5ºII).

No mesmo sentido vem regulamentando o Novo Código de Processo Civil em observância aos princípios constitucionais: "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil observando-se as disposições deste Código" (BRASIL, 2015). Assim, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o CPC em seu artigo art. 3º aduz que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Todas as questões que envolvem matéria de direito são passíveis de apreciação pelo judiciário logo, e existem, porém, algumas exceções, mesmo que não sendo matéria de ação no poder judiciário, não impede a aplicação da jurisdição.

A Constituição é, ainda, peremptória: não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder judiciário - ressalvadas raras exceções por ela mesma postas, como a do processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses (art. 52, I e II, CF/1988). Note que, embora a questão seja afastada do Poder judiciário, não é afastada da jurisdição: o Senado exerce, no caso, função jurisdicional. (DIDIER, 2015, p.178)

O direito de ação entendido como um direito potestativo, o qual para que haja sua existência é preciso apenas à vontade de uma das partes, ou seja, tratar-se de um direito subjetivo do homem. Este é fruto de muitas conquistas ao longo do tempo como o reconhecimento dos direitos humanos que buscam na verdade uma finalidade pautada no bem comum de todos. Fazendo parte de um processo histórico a dignidade da pessoa humana vem como um princípio, o qual está

regulamentado em lei e que ganhou força após a segunda guerra mundial quando da criação da Organização das Nações Unidas meados do ano de 1941.

Esse princípio tem previsão legal em nossa Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 mais precisamente em seu título I, dos princípios fundamentais, artigo 1º, inciso II.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com DIDIER (2015,p.75) é considerado como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável.

O Código de Processo Civil de 2015 está em consonância com a Constituição Federal de 1988 no que tange aos direitos fundamentais e suas garantias constitucionais. Quanto aos direitos fundamentais, à base constitucional, as normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil.

2.2 SISTEMA PROCESSUAL NO BRASIL

O novo Código de Processo Civil lei 13.105/15 adotou o sistema já predominante no Brasil, o sistema *CIVIL LAW*, Conforme DIDIER (2015, p. 57), costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *CIVIL LAW*, próprio da tradição romano-germânica, difundida na Europa continental. Não obstante, é preciso observar que pode ser entendido o sistema *COMMON LAW*, como também é adotado pelo sistema jurídico processual brasileiro no que tange a edição de súmulas, jurisprudência, decisões tomadas pelos

tribunais superiores que são tidas com força normativa, até porque a jurisprudência tem por base as leis já editadas.

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do civil law), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do common law) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do common Law. (DIDIER, 2015, P. 58, 59).

Ao analisar como funciona o direito processual civil, pode ser notada a presença dos dois princípios no sistema jurídico brasileiro. Pelo princípio dispositivo adversarial as partes são responsáveis para elaboração do processo, enquanto sistema inquisitivo o poder maior é atribuído ao Estado na forma do poder judiciário, não sendo formas proibidas de sua aplicabilidade no âmbito dos processos civis já instaurados. Todavia, deve haver compreensão na busca de separação e interpretação dos dois princípios, onde as partes devem demonstrar interesse de agir para dar início ao processo.

Fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de “fundamento”, “orientação preponderante” etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-príncípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.(DIDIER, 2015, p. 121, 122).

O Novo Código de Processo Civil estabelece em seus artigos dois princípios básicos de orientação jurídica como normas fundamentais do processo civil, o princípio da boa-fé e o princípio da cooperação. Conforme previsto nos artigos. “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para

que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". (BRASIL, 2015).

É de fundamental importância a existência e aplicação desses dois princípios no processo civil para que se possa obter um melhor resultado e ainda satisfatório no âmbito da demanda entre as partes. Todavia, o princípio da boa-fé processual e o princípio da cooperação das partes possuem forte influência para efetivação do princípio da duração razoável do processo e atividade satisfatória, o que torna por mais aceitável a busca da aplicação da celeridade processual, essa de extrema importância para duração razoável do processo e supervalorizada pela Constituição Federal, Pacto São Jose da Costa Rica e o Novo Código de Processo Civil mais precisamente em seu artigo 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfatória, (BRASIL, 2015).

Mesmo não sendo capitulado na Constituição Federal, o princípio da boa-fé pode ser interpretado com base em outros princípios. Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana é tida como o princípio maior a base para todos os demais, o princípio da boa-fé processual é base para todo o devido processo legal, que fortalece a esperança jurídica na aplicação da celeridade processual.

A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais. Há quem veja no inciso I do art. 3º da CF/1988 o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva⁹³. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesta mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art.1º,III,CF/1988). (DIDIER, 2015.p.107).

O sistema processual civil brasileiro adotou o modelo *civil Law* que tem por base a norma, assim como também adotou o sistema *common Law* quando se trata de aplicação legal da norma interpretada pela jurisprudência. Assim é possível a aplicação de ambos os sistemas no processo civil, logo, cada um ao caso concreto determinado. Todavia, o sistema *common Law*, na jurisprudência defensiva dos tribunais pode trazer prejuízo à parte, no que tange ao mérito do processo, sendo esta decisão unconstitutional.

3 A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

As decisões dos tribunais superiores, o entendimento, o conjunto de uma série de decisões judiciais proferidas por esses órgãos em matéria de direito em sentido amplo são considerados como jurisprudência uma das fontes do direito, que no Brasil é considerado como fonte formal do direito e obrigatória a juízes e tribunais.

Jurisprudência, em noção bem simples, é o conjunto de decisões emanadas de um determinado órgão jurisdicional, que, orientadas em um determinado sentido, auxiliam ou indicam uma tomada de decisão. [...] A importância e o papel da jurisprudência variam a depender do modelo de ordenamento jurídico, ou seja, tem maior relevância nos países adeptos da common law do que naqueles de origem romano-germânica, como é o caso do Brasil. Todavia, isto não quer dizer que nos últimos a jurisprudência não goze de nenhum relevo ou importância, pelo contrário, uma vez que o presente trabalho pretende, ainda que de forma despretensiosa, demonstrar o alcance e o papel dado à jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, ademais após o advento da Emenda Constitucional de n. 45, de 2004, que promoveu a chamada “reforma do judiciário” e implantou a figura da súmula vinculante(SOUZA, 2014, p. 41-42).

Não podendo haver contradição, devendo seguir o mesmo entendimento, a jurisprudência deve ser coerente. O sistema de precedentes presentes em nosso ordenamento jurídico, o conjunto de precedentes normativo é que pode dar origem a jurisprudência. O tribunal é o formador de precedentes. O novo Código de processo civil trata da regulamentação dos precedentes.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA

Do latim *jus* "justo" ou *iuris+* *prudentia* "prudência". A jurisprudência, surgi com o direito romano, porém mais adequada ao sistema common Law. São decisões proferidas por tribunais superiores de maneira reiteradas num determinado sentido na busca de formar um pensamento jurídico capaz de assegurar as decisões, trazendo uma segurança jurídica para o sistema processual, assim como uma forma de garantir a celeridade processual que é um tema recorrente na sociedade face judiciário no que tange ao direito de ação, acesso à justiça, duração razoável dos processos.

A jurisprudência é usada na busca de uniformizar as decisões para que se possa ter uma base legal, servir de base para os demais tribunais, é de grande importância a aplicação da jurisprudência no sistema processual quando o caso concreto não for totalmente regulamentado em lei específica o que podemos entender como lacuna da lei.

Os tribunais devem uniformizar as jurisprudências, para que não seja possível, depara-se com qualquer decisão, não podendo ser omissos frente a possíveis divergências internas. O dever de uniformizar é encontrado no texto do artigo 926, § 1º, do Novo Código de Processo Civil: § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. (BRASIL, 2015).

O dever de uniformizar a jurisprudência pressupõe que o tribunal não pode ser omissos diante de divergências internas, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica. O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o entendimento sobre o assunto.

Assim, quando um juiz em suas atribuições necessitar de julgar determinado caso concreto, e que para este caso não haja já editada lei que o regulamente, desta feita, e claro o entendimento de haver presença de lacuna na lei, o magistrado irá socorrer-se de alguma jurisprudência uniformizada, logo, não sendo somente no caso de lacuna d lei.

A constitucionalidade da jurisprudência pode ser encontrada a partir da interpretação do artigo 103-A, o que determina não ser constitucional a jurisprudência proferida pelos tribunais superiores esclarece a Suprema Corte.

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de constitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 2004).

O papel da jurisprudência, como dito antes, é de trazer um novo entendimento legal para aplicação da lei, uma interpretação acertada, não podendo ficar nenhum caso concreto desamparado pela lei, não deixar de aplicar a lei quando da sua ausência ou lacuna o que nesse sentido, vale ressaltar as fontes do direito, e a jurisprudência é uma delas. Decisões reiteradas dos tribunais superiores, que sevem de base para outros tribunais e juízes ao se depararem com determinado caso não completamente regulado por lei.

3.2 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES

Os princípios como fonte do direito devem ser abordados para o estudo do caso concreto, assim como também para se ter como constitucional o precedente e a jurisprudência. A Constituição Federal e o Código de Processo Civil regulamentam o comportamento dos magistrados em suas decisões, no intuito de que seja dada a fundamentação adequada e a cada caso concreto e, aquela, seja obrigatória, matéria de direito material e processual, o direito como ciência jurídica busca o estado de bem comum satisfatório a sociedade.

É imprescindível a fundamentação a fim de que não seja desconstruído todo o pensamento jurídico, assim abrindo espaço para fluir a celeridade processual junto à esperança de uma solução integral, duração razoável do processo e satisfação da atividade, afastando a fundamentação ocana impetração de recursos de embargos de declaração por obscuridade ou contrariedade nas decisões, o que de certa forma causa morosidade processual nesse sentido.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de

nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais do processo civil encontramos no Novo Código de processo Civil em determinação para sua aplicação e, fundamentação legal. O art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (BRASIL,2015)

Ao analisar a constitucionalidade do precedente, alguns princípios devem ser colocados em pauta, como o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões em conformidade com o Direito. A referência à “legalidade” é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do art.926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir em conformidade com o direito. DIDIER (2015, p. 467).

Precedente é, conforme DIDIER, (2015, p. 441), em sentido lato, a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Quando o judiciário é acionado pela parte para que se possa fazer valer seu direito de ação, ocorre que nesse exato momento surge o caso concreto para ser analisado pela ciência do direito frente aos limites estabelecidos pela lei.

Os precedentes são decisões tomadas com base em um caso concreto que servir de orientação para eventuais casos semelhantes no futuro. O sistema processual brasileiro busca uniformizar a jurisprudência dos tribunais e mantê-la coerentes, demanda repetitiva forma precedente obrigatório, uniformizar é o certo, o novo Código de processo Civil apresenta essa fora normativa quando da ordem dos processos e dos processos nos tribunais.

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

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

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.(BRASIL, 2015)

É na decisão judicial que se pode encontrar o precedente. Geralmente o precedente vai nascer a partir de decisão dos tribunais, o que não se confunde com jurisprudência, essa surge de decisões reiteradas de julgados no mesmo sentido. Precedente é uma decisão judicial, não pode ser confundido com súmula ou enunciado de súmula que em poucas linhas ou pequenos textos é apresentado o entendimento de determinado tribunal.

No que tange a eficácia jurídica do precedente que pode variar e conforme as disposições de um determinado direito positivo, seguindo o entendimento da doutrina majoritária: o precedente é um fato em qualquer lugar do mundo, onde houver decisão jurisdicional esse fato ocorrerá, conforme DIDIER (2015, p. 453).

É preciso entender a composição dos precedentes, o Novo Código de Processo Civil prevê como superar de forma acertada e legal os precedentes e jurisprudências.

A *ratiodecidendi* pode ser entendida como a razão para decidir, ou seja, as decisões devem ter razões, fundamentos nas razões de decidir. Entende-se que não se pode julgar com base nos precedentes sem que haja fundamentos, clareza no acordão ou sentença. Nada impede que uma sentença ou um a decisão de tribunal possua até muitas páginas com variáveis fundamentações, resta presente a razão para decidir na análise dos fatos, conforme DIDIER, (2015, p. 448), a *ratiodecidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente.

Entretanto, estamos falando de força normativa e fundamentação das decisões. O Novo Código de Processo Civil nesse assunto específico é a principal fonte de orientação do aplicador do direito, pois o mesmo determina com clareza, em seus artigos capitulados ao longo do diploma, como devem ser julgadas as demandas apresentadas ao poder judiciário sem que haja espaço para fugir à regra imposta, ao passo de quando da análise dos elementos e os efeitos da sentença sejam observados o dispositivo do artigo 489, elenca as decisões sem fundamentação ou com fundamentação inadequada.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

É a lei de direito processual civil explica em conformidade com o código, que a citações de enunciados sem fundamentação não podem ser tidas como decisões fundamentadas apenas por fazer referência a algum texto.

A simples referência a precedentes ou a enunciados de súmulas, ou a mera transcrição do seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão. É preciso e exigível que ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada para o caso em julgamento. DIDIER (2015, p. 338).

A doutrina tem por não fundamentadas as decisões que se limitam a invocar precedentes ou enunciados de súmulas sem que sejam identificados os fundamentos que se adéquam ao caso em análise, citar enunciados ou ementas de julgados em sentenças não pode ser visto como falta de argumentos ou fundamentos para decidir, mas, é de grande importância a exposição dos fundamentos para a decisão que se segue.

Há a possibilidade de o relator, quando existir demanda que contrarie precedente, negar provimento do recurso.

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

[...] (BRASIL, 2015).

Noutro giro, a força normativa dos precedentes obrigatórios capitulados no Código de Processo Civil diante das teses jurídicas a serem aplicadas possui papel importante no novo sistema processual, criando um micro sistema de precedentes

obrigatórios. Diante disso, surgi à possibilidade de o relator negar provimento a recurso que contrarie o microssistema de precedente. Todavia, resta claro que o legislador pensou em uma estabilidade e principalmente segurança jurídica no que tange ao relator negar provimento de recurso contrário a entendimento pacificado que já foi alvo de decisão, não se tratando de uma faculdade e sim de uma obrigatoriedade que deve seguir o relator.

O artigo 332 do Código de Processo civil também faz menção a sentença de improcedência liminar desde que contrarie entendimentos já pacificados.

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
 - II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
 - IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
- (BRASIL, 2015).

Assim, pode-se dizer que está sendo aplicada a celeridade processual diante da interpretação dos artigos do referido diploma, pois se estende o entendimento aos tribunais, não se limitando apenas aos juízes de primeira instância, o que deixa claro a observação do precedente e sua fundamentação.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE GARANTIA DA CELERIDADE PROCESSUAL

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional de número 45, de 08 de dezembro de 2004, com a seguinte redação: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2004).

O Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional que é tido como norma equivalente às emendas constitucionais, e o referendado pacto prevê em seu art. 8º, 1:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992)

Entende-se processo como “método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo procedimento e relação jurídica” (Jr. DIDIER. P. 97. 2016). A Constituição da República Federativa do Brasil, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, assegura nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos a igualdade de todos perante a lei, e por assim entender, está firmado o direito de acesso à justiça pela via do princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme exposto no art. 5º XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que é de grande importância e cooperação para uma justiça célere, o Novo Código de Processo Civil no que busca a celeridade processual e duração razoável do processo conforme redação no art. 4º do CPC “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 20115).

É, portanto, uma matéria de estudo de valor considerável, pois está em foco a manutenção da celeridade processual para que atinja sua finalidade que é a duração razoável do processo, não sendo como impedimento o excesso de formalidade, pois a norma infraconstitucional Lei nº 13.105 de março de 2015, Código de Processo Civil, que em seu art. 139, II diz: “velar pela duração razoável do processo” (BRASIL, 2015).

Todo processo deve durar o tempo que for necessário para que atinja sua finalidade, mas, não se pode confundir duração razoável do processo com morosidade, sendo esta, uma atitude que se torna negativa sob a égide de uma acertada decisão judicial, pelo fato de não ser o tempo quem determina ou indica a melhor resposta, mas, pelo contrário, a decisão acertada é fundamentada no direito acautelado pela via do direito a cautela, direito esse que deve respeitar o instituto da formalidade processual de modo que venha a atingir o objetivo final, que é a real satisfação pretendida.

Satisfação essa que não representa vitória para uma das partes e a derrota para outra parte, pois o direito não está atendendo a competição, visto que em processo o que se pede é a efetivação do direito que ora está provado, competir para ve quem

ganha ou quem perde não faz parte do Direito, tem por diferencial é o ganho mútuo das partes em litígio, combatendo a má-fé material e processual.

Não obstante, ao aplicar a jurisprudência para solução de casos em que não estão totalmente previstos em lei a sua regulamentação dada a interpretação adequada ao caso concreto, a jurisprudência é a fonte do direito e meio capaz de dar celeridade aos processos, contribuindo para o melhor funcionamento do judiciário afastando a morosidade processual. A jurisprudência somente pode ser conhecida em certos casos como constitucional quando se torna causa impeditiva do seguimento do direito de ação, como é o caso da jurisprudência defensiva.

4 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA COMO LESÃO AO DIREITO DE AÇÃO

O papel da jurisprudência é interpretar o direito que deverá ser aplicado aos casos que chegam aos tribunais superiores, assim, servindo de base para futuras decisões no mesmo sentido. O direito de ação não deve ser violado por nenhuma matéria de direito, não se pode impedir o seguimento de ações judiciais com base em entendimentos que buscam criar manobras para o desdobramento do sistema processual no que tange ao acúmulo de demanda nos tribunais.

O direito de ação entendido como um direito potestativo, o qual para que haja sua existência é preciso apenas à vontade de uma das partes, ou seja, tratar-se de um direito subjetivo do homem. Este fruto de muitas conquistas ao longo do tempo como o reconhecimento dos direitos humanos que buscam na verdade uma finalidade pautada no bem comum de todos.

A jurisprudência defensiva viola o direito de ação, afronta diretamente os direitos fundamentais e as garantias constitucionais. É inconstitucional a jurisprudência defensiva. Todavia, como fonte do direito, busca a jurisprudência dar celeridade aos processos, trazendo uma força maior para a segurança jurídica e assim a conformação da aplicabilidade da celeridade processual para efetivação do princípio da duração razoável do processo e acesso à justiça, um dos principais objetivos a ser alcançado pelo novo código de processo civil é a celeridade processual afastada a morosidade nos processos.

4.1 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

A jurisprudência defensiva, artifícios, formalismo oco, entraves e pretextos para impedir o conhecimento de recursos nos tribunais. O excesso de formalidade frente à incidência desses recursos, são causas de contrariedade ao exercício do direito de ação, são medidas tomadas pelos tribunais superiores na busca de indeferimento de recurso pelo excesso de formalidade, pelos artifícios criados pelos tribunais como uma forma de negar o direito de acesso à justiça, e o direito de ação.

Não se pode entender que dessa forma se está dando prioridade aos julgamentos, a julgar uma grande demanda de causas, pois não é a quantidade de processos julgados que irá proporcionar uma atividade satisfatória perante a sociedade ou até mesmo as partes em litígio, mas sim uma decisão acertada voltada para a satisfação do mérito em que as partes poderão ter seus direitos alcançados frente o judiciário. A jurisprudência defensiva não está prevista em qualquer diploma jurídico, são criações dos tribunais para barrar recurso que sejam passivos de apreciação.

Pode-se entender que: A jurisprudência defensiva tem por prioridade o julgamento de uma leva de processo e não a qualidade de suas decisões o que traria uma maior atenção a cada processo a ser apreciado de forma a trazer satisfação pela via da celeridade processual, essa, não se pode confundir com rapidez ao julgar, nem ao menos ser usada pela jurisprudência defensiva como causa de satisfação perante a sociedade, pois é no excesso de formalidade que a jurisprudência ganha forças para ser aplicada a um grande número de recursos que podem se encontrar pendente nos tribunais.

A negativa de seguimento de recursos somente pode dar-se com base naquilo que a legislação processual previr de modo expresso. Mais ainda, por se tratar de regras meramente instrumentais e limitadoras de direito, as normas que fixam os requisitos recursais devem ser interpretadas restritivamente. AASP, (2018, p. 01)

Vale ressaltar, que o código de processo civil trabalha o direito processual de forma a dar prioridade ao direito material, não no sentido de ter maior importância até porque ambos caminham juntos, um serve de base para o outro. Assim podendo se chegar a satisfação do direito, e ter o direito de acesso à justiça um impacto maior no sistema processual brasileiro afim de que sejam reformados os pensamentos dos sujeitos à frente das cortes.

Esses sujeitos processuais devem observar os princípios fundamentais do processo ou devido processo legal, não bastando conhecer da lesão ao direito material e julgar por julgar, julgar sem pensar, baseando-se em outros posicionamentos, o que não é errado, devendo fundamentar suas decisões. O importante é a firme decisão fundamentada para satisfação do mérito, e ainda em tempo razoável como manda a Constituição Federal, o próprio código de Processo

civil e demais diplomas fazendo pública a celeridade processual que é um dos pilares do atual Código de Processo Civil.

O novo Código de Processo Civil determina o comportamento da boa-fé a todos os que participarem do processo, ou seja, não somente os sujeitos parciais como é o caso das partes, mas sim os sujeitos imparciais como é o caso dos magistrados. Por força dos artigos, a aplicação adequada junto à interpretação justa diz: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (BRASIL, 2015).

O juiz participa diretamente do processo como sujeito imparcial, assim o relator também participa do processo como sujeito imparcial, na incumbência de observar o princípio da boa-fé processual. Uma vez superado esse entendimento, deve ser de vez afastada até mesmo a possibilidade de uma eventual aplicação da jurisprudência defensiva, pois a boa-fé é constitucional e visa a satisfação dos litigantes em tempo razoável diante de um processo bem construído e disciplinado, traçado nas linhas das formalidades processual como aduz a Constituição Federal, o Pacto São José da Costa Rica e o Novo Código de Processo Civil, um marco importante, o ápice da celeridade processual.

Pelo princípio da cooperação processual, uma das formas de pensamento até mais que acertada do legislador, incumbe às partes o dever de cooperação conforme o que determina a redação do art. 6º “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 21015).

Uma flecha certeira no coração da jurisprudência defensiva é o parágrafo 5º do artigo 932 do Código de Processo Civil que determina a não aplicação da jurisprudência defensiva, ou seja, abre-se um prazo de cinco dias para que as partes possam sanar eventuais irregularidades ou falta de documentos considerados indispensáveis para apreciação do mérito. O art. 932. Incumbe ao relator: Parágrafo único. “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 05 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível” (BRASIL, 2015). Aqui estamos diante do princípio da primazia do julgamento do mérito que está perfeitamente interpretado pelo artigo 4º

do Código de processo Civil e Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, e Pacto São José da Costa Rica 8º 1º.

Conforme DIDIER (2015, p. 136), o CPC consagra o princípio da primazia das decisões de mérito. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. Assim é bem visto o posicionamento do Novo Código de Processo Civil que não só tem por prioridade uma nova estruturação processual, mas também uma melhor apreciação do mérito, não deixando de atender as demandas mesmo em grande número, o que por si só não é causa ou motivo suficiente para as cortes superiores adotarem comportamentos inconstitucionais como é o caso da aplicação da jurisprudência defensiva, repudiada pelo novo diploma processual jurídico.

Parte da doutrina adota posicionamento mais severo, considerando até mesmo perversa a prática da jurisprudência defensiva, a exemplo de José Rogério Cruz e Tucci que, em artigo de sua lavra, destaca: "É certo que determinados óbices à admissão dos recursos aos tribunais superiores são fruto de construção engenhosa, que guardam certa coerência hermenêutica com as regras processuais em vigor. Todavia, há, em significativo número, outras barreiras que mais se identificam à 'perversidade pretoriana', as quais não têm qualquer razão plausível para subsistirem no âmbito de um ordenamento jurídico civilizado, comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional. (...) Ressalte-se que esta orientação, como ocorre na generalidade das vezes nas quais vem aplicada a denominada jurisprudência defensiva, evidencia que o direito material do recorrente não tem a menor relevância para o tribunal. Entendo, com o devido respeito, que tal posicionamento representa inarredável denegação de jurisdição. Realmente, no que toca ao STJ - o autodenominado 'Tribunal da Cidadania' -, a despeito de alguma flexibilização observada nos últimos tempos, continua ele se valendo de questiúnculas e estratégias, no afã de afastar o julgamento do mérito do recurso, em detrimento de sua missão constitucional em prol da unidade da aplicação do direito federal (CRUZ E TUCCI, 2014 *apud* VAUGN, 2017, p. 18).

Os tribunais superiores traziam modelos de jurisprudência defensiva, hoje superados pelo Código de Processo Civil. Vejamos alguns exemplos: Erros ou irregularidades no preenchimento da guia do preparo, a falta de procuração na instância especial súmula 115 STJ ou até mesmo quando o carimbo do protocolo se encontrava inelegível.

O erro ou irregularidade no preenchimento das guias é uma das questões em que as cortes se fortalecem para julgar com base na jurisprudência

defensiva. É dever de a parte apresentar comprovação das custas processuais quando for expressamente previsto em lei.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, essas práticas são tidas como inconstitucionais, o Código não permite mais a aplicação de jurisprudência defensiva. O Código busca dar preferência ao direito material sim, logo não afastando toda a apreciação do direito processual. O direito material violado é em primeiro lugar mais importante do que o direito processual. O processo é o meio pelo qual percorre o direito material, pela via do direito de ação. Os aplicadores do direito, intérpretes do direito preocupam-se com a celeridade processual frente à morosidade dos processos. O processo deve percorrer as esferas da justiça em tempo hábil, tempo mínimo possível para solução dos casos, a fim de que se possa ter em circulação os processos nas comarcas desafogando o judiciário.

A jurisprudência defensiva muda toda a regra processual violando assim o direito material das partes, ou seja, o processo possui força até a sua subida ao tribunal. Lá chegando, tem a jurisprudência defensiva para fazer com que não seja dado seguimento pelo excesso de formalidade. O novo código de processo civil quer superar esse entendimento, quer afastar de vez essa aplicação nos processos, pois como dito acima, viola o direito de ação, criando obstáculos para barrar o exame do mérito, e é isso que fracassa os direitos garantidos na Constituição Federal, mas não só fracassa quanto causa um descrédito social no poder judiciário. Os fins não justificam os meios, não é barrando os recursos que milagrosamente arrumará a casa, digo, excesso de volume de processos pendentes, e aplicando a jurisprudência defensiva esses processos não farão parte da leva de processos junto às cortes superiores.

O congestionamento de pautas dos tribunais superiores jamais poderá ser argumento em prol dessa prática nefasta, inconstitucional, abusiva, atentatória às garantias individuais e, por conseguinte, a um dos pilares da democracia, que é o respeito aos direitos da cidadania. AASP, (2018, p. 01)

Não obstante é de grande importância relembrar as palavras do ministro do Superior Tribunal de Justiça no seu Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros (2011, p.24) “para fugir a tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada “jurisprudência defensiva” consistente na criação de entraves e

pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos".

Na análise dos pressupostos de admissibilidade recursal, diversos tribunais brasileiros vêm adotando condutas para, deliberadamente, limitar o número de processos julgados pelo mérito respectivo. Esses expedientes – que visam reduzir o excessivo número de feitos a cargo das Cortes – tornaram-se conhecidos pela expressão “jurisprudência defensiva” Mais do que recusar recursos com apoio em formalismos exacerbados, a jurisprudência defensiva atenta contra o direito fundamental de acesso à jurisdição e ao devido processo legal, e contraria os princípios da primazia do julgamento do mérito e da instrumentalidade do processo, sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro e, agora, positivados no novo Código de Processo Civil. AASP, (2018, p. 01)

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem adotado a jurisprudência defensiva como forma de baixar processos, e causando entraves pela via do formalismo excessivo que se denega os recursos que chegam até a referida corte.

Como se pretendeu expor neste trabalho, a jurisprudência defensiva não é a melhor solução para o impasse enfrentado pelo STJ. Em que pese o número excessivo de recursos, o exame de admissibilidade recursal, calcado em formalismos descomedidos, de caráter meramente utilitarista, e, muitas vezes, não previstos em lei, torna o posicionamento jurisprudencial defensivo ilegítimo e afrontoso à tutela jurisdicional. Ao contrário do que, a priori, demonstra ser, a jurisprudência defensiva não zela efetivamente pela celeridade processual, pois, ao adotar expediente rigorosamente burocrático, obsta a análise do mérito e, como consequência disso, viola o princípio constitucional garantidor do acesso à ordem jurídica justa, gerando grave insegurança jurídica. O formalismo oco, pernicioso, deve ser extirpado da aplicação do direito como instrumento de pacificação de conflitos. Para que seja válido, o formalismo processual deve observar o emprego da equidade, levando-se em consideração as finalidades teleológicas das normas jurídicas, os princípios, os valores e as garantias constitucionais (formalismo-valorativo), a fim de evitar prejuízos desnecessários aos jurisdicionados. VAUGHN, (2017, p. 18).

Sem nenhum amparo constitucional ou previsto em qualquer outra lei, a jurisprudência defensiva é realmente inconstitucional por ferir direitos previstos na lei maior como perfeitamente o direito de acesso à justiça e satisfação do mérito em tempo razoável. Isso é chamado de celeridade processual constitucional. Todavia para que se possa negar algum recurso, essa negativa indubitavelmente deve ter previsão expressa em lei, não se pode limitar o direito material em infundadas decisões de determinadas turmas restitutivamente.

4.2 A INCOSTITUCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A LESÃO AO DIREITO DE AÇÃO.

Assegurado pela Constituição Federal de 1988, o direito de ação é, pela via do acesso à justiça, um direito comum a todos, direito de resposta, de ter seus conflitos pacificados e solucionados em tempo razoável com uma real satisfação do direito material ora violado e que pelo Estado é devidamente protegido através de leis editadas como podemos bem mencionar, a lei Civil e processual Civil.

É através autoridade maior o Estado, que os indivíduos atuam sem precisar de manifesta-se pela autotutela, tema já discutido no início do trabalho. Todavia, esse direito vem sofrendo restrições inadequadas ou até mesmo ilegais por parte do Estado. As partes detentoras então passando por certas limitações quando se apresentam perante Estado para acioná-lo e fazer jus a uma ferramenta disponibilizada pelo próprio Estado que é a ação, que logo após é melhor entendida como a manifestação direito de ação.

Ato Constitucional, tutelado, é o exercício do direito de ação. Ato inconstitucional é o posicionamento dos tribunais superiores no sentido de fazer valer a aplicação da jurisprudência defensiva. Esse modelo de jurisprudência adotado pelas cortes, frente ao atual Código de processo Civil é tido como inconstitucional, viola diretamente o direito de ação juntamente com o direito de recorrer, que não deixa ser direito de ação.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 é realmente diferente do Código de 1973, não é somente uma atualização da norma processual, vigora um novo pensamento processual fundamentado nos princípios constitucionais, não que o anterior não o fosse, mas o atual é com bem mais aceitação por parte dos profissionais do direito, pois tem por prioridade o acesso à justiça, preenchido os requisitos mínimos legais da ação, não somente o acesso, mas, a resposta do Estado no conteúdo do direito violado.

Essa resposta tem que ser em tempo razoável, célere, não podendo mais aceitar que a justiça possa demorar além do tempo adequado e esperado pelas partes para ser resolvido, até porque quando se interpõe recurso se tem confiança

no judiciário na medida de que ele por parte do processo tem o poder de julgar com precisão o mérito da ação.

Esse ato de aplicação da jurisprudência defensiva nos tribunais superiores com a finalidade de barrar o seguimento de recursos é um atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador do qual todos os demais derivam. Uma vez violado tal princípio, automaticamente correm sérios riscos de serem violados os demais princípios como o caso dos princípios da inafastabilidade de jurisdição e da não culpabilidade e acesso à justiça, assim como também, não poderá ser aperfeiçoada a celeridade processual, uma das matérias processuais contemporâneas mais discutidas na busca de uma efetiva e satisfatória resolução do mérito em tempo razoável.

Pode-se afirmar, ainda, afirmar que o direito de ação é um direito que enfeixa todas as situações jurídicas decorrentes da incidência do princípio do devido processo legal. Assim, é correto dizer que o direito de ação garante, dentre outras prestações, um processo adequado, paritário, tempestivo, leal e efetivo. No conteúdo eficacial do direito de ação, há, então, direito a uma prestação. O direito a um procedimento adequado é um direito a uma prestação – devida pelo Estado, juiz e legislador. O direito à tutela jurisdicional é, também, um direito a uma prestação, que, aliás, deve ser cumprida com os tributos inerentes ao devido processo legal- deve ser uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. DIDIER (2015, p. 258)

Identificar o conteúdo do direito de ação é fundamental para que se conheçam os limites de atuação do legislador infraconstitucional. Limitações ao direito de ação podem existir, como sempre em tema de direito fundamental. Mas é preciso que tais limitações tenham justificação razoável, sob pena de incostitucionalidade. SILVA E NOVAIS, 2010, *apud*, DIDIER, (2015, p. 285)

O direito de ação não pode ser limitado pela jurisprudência defensiva, pois toda limitação sem justificação corre sérios risco de serem conhecida como limitações inconstitucionais, e pelo fato de ser inconstitucional é contrário ao direito material, direito esse que dá fundamentos para o exercício do direito de ação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso teve como principal tema a jurisprudência defensiva como lesão ao direito fundamental de ação. Com a finalidade de apresentar a Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito, e aos demais leitores, a constitucionalidade da jurisprudência defensiva.

Para se chegar à compreensão dos efeitos assustadores da jurisprudência defensiva e a sua incostitucionalidade, os métodos utilizados e desenvolvidos para elaboração do trabalho foram às pesquisas do tipo bibliográficas e documentais. Todavia, buscamos cautelosamente na medida do possível, como um dos objetivos específicos, analisar a tutela constitucional do direito de ação, restando à visão de sua constitucionalidade com base na Constituição e Federal e no Código de Processo Civil.

Com novo diploma jurídico, reforços constitucionais foram suficientes para apresentação do sistema processual de precedentes determinados pela lei infraconstitucional, um novo pensamento do legislador para composição de bases constitucionais que fazem proteção ao direito de ação frente a decisões das cortes.

Outro objetivo específico foi discutir a jurisprudência defensiva frente ao direito de ação, um dos temas contemporâneos discutido por muitos doutrinadores e profissionais do direito, no sentido de jurisprudência defensiva atacando novamente, porém desta vez, não terá muito sucesso em suas investidas, haja visto a força normativa dos precedentes e primazia dos julgamentos dos recursos. A importância do trabalho foi analisar a lesão ao direito de ação causado pela jurisprudência defensiva, e que para acadêmicos possam ter o conhecimento de que muitas das regras ou entendimentos seguidos pelos juízes, às vezes podem ser alvo de discussão a respeito de sua constitucionalidade, pois ficou explicado que as decisões devem ser fundamentadas, e que não pode ser qualquer fundamentação, deve seguir o que determina a lei.

O direito fundamental de ação é sem dúvidas um direito a tutela jurisdicional oferecida pelo estado pela via do direito acautelado. Jurisprudência defensiva é

inconstitucional, pois viola o direito fundamental de ação, direito à apreciação dos recursos interpostos perante as cortes devendo ser julgado o mérito sem obstáculos inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

AASP.Adotada por diversos tribunais brasileiros, para não conhecer recursos em razão de apego formal e rigidez excessiva, técnica é tida como perversa por advogados de entidades. 2018. Disponível em:<<https://www.aasp.org.br/empauta/manifesto-contra-jurisprudencia-defensiva/>>. Acesso em 05 de novembro de 2018

BARROS, Humberto Gomes de.**DISCURSO DE POSSE DO MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS NO CARGO DE PRESIDENTE DO STJ.** 2011. Disponível em :<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes%20de%20Barros.pdf>. Acesso: 25 de outubro 2018

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 de Agosto de 2018

BRASIL. **Código de processo civil.** [Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.](#) Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 26 de Agosto de 2018

BULOS, LammêgosUadi. **Curso de direito constitucional**, 9ª Ed. Revista e atualizada. Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil.** 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR,Fredie.**Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LENZA,Pedro.**Direito constitucional esquematizado.** 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição.** 2ª Ed. Coimbra. 2010

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais-conteúdo essencial,restrições e eficácia.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Rogério Soares de. **A jurisprudência como fonte de Direito.** Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade | v.5 | n.2. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/ILHA-08/Downloads/411-1404-1-PB.pdf>. Acesso: 25 de outubro de 2018.

VAUGHN, Gustavo Fávero. **A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual.** Revista de Processo VOL. 254. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli Bol_2006/RPro_n.254.17.PDF>. Acesso: 28 de outubro de 2018.