

A DISTINÇÃO E A SUPERAÇÃO COMO TÉCNICAS DEMOCRÁTICAS FRENTE A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

LA DISTINCIÓN Y LA SUPERACIÓN COMO TÉCNICAS DEMOCRÁTICAS ANTE LA IMPROCEDENCIA PRELIMINAR DEL PEDIDO

Felipe Vaz de Mello e Silva¹

RESUMO: O presente artigo apresenta, como tema principal, estudo acerca dos avanços e retrocessos da renovada sistemática processual civil brasileira, em especial, quanto à técnica de julgamento de improcedência liminar do pedido (NCPC, art. 332). Objetiva-se, portanto, analisar referida técnica, bem como os institutos do *distinguishing* (distinção) e do *overruling* (superação) de precedentes, sob uma perspectiva crítica, a partir da principiologia do processo constitucional democrático, marco teórico do presente estudo. O procedimento metodológico utilizado consistiu na revisão bibliográfica acerca do tema proposto e da teoria do processo constitucional democrático. Atingido esse objetivo, foi possível concluir que, a partir da perspectiva do processo democrático, os institutos do *distinguishing* (distinção) e do *overruling* (superação) de precedentes são técnicas que garantem efetividade aos arts. 7º, 9º e 10, do NCPC, em face das decisões preferidas pelos magistrados de primeiro grau que, independentemente da citação do réu, julgam liminarmente improcedente o pedido, obstando a formação de pronunciamentos não democráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Constitucional Democrático; NCPC; Improcedência liminar do pedido; Precedentes; Distinguishing (distinção); Overruling (superação).

RESUMEN: El presente artículo presenta, como tema principal, estudio acerca de los avances y retrocesos de la renovada sistemática procesal civil brasileña, en especial, en cuanto a la técnica de juzgamiento de improcedencia liminar del pedido (NCPC, art. 332). Objetiva, por lo tanto, analizar referida técnica, así como los institutos del *distinguishing* (distinción) y del *overruling* (superación) de precedentes, bajo una perspectiva crítica, a partir de los principios del proceso constitucional democrático, marco teórico del presente estudio. El procedimiento metodológico utilizado consistió en el repaso bibliográfico acerca del tema propuesto y de la teoría del proceso constitucional democrático. Alcanzado ese objetivo, fue posible concluir que, a partir de la perspectiva del proceso democrático, los institutos del *distinguishing* (distinción) y del *overruling* (superación) de precedentes son técnicas que garantizan efectividad a los arts. 7º, 9º y 10, del NCPC, en faz de las decisiones preferidas por los magistrados de primer grado que, independientemente de la citação del reo, juzgan liminarmente improcedente lo pedido, obstando la formación de pronunciamentos no democráticos.

PALABRAS-CLAVE: Proceso Constitucional Democrático; NCPC; Improcedencia liminar del pedido; Precedentes.; Distinguishing (distinción); Overruling (superación).

¹ Advogado; Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Geras, na linha: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito, 2018; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Geras; Campus Coração Eucarístico (dezembro de 2015).

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva analisar os avanços e retrocessos trazidos pelo advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC) e sua relação com o Processo Constitucional, no Estado Democrático de Direito. Pretende ainda analisar os institutos do *distinguishing* (distinção) e do *overruling* (superação) de precedentes, tipicamente presentes no sistema do *Common law*, como técnica na petição inicial para garantir a efetividade dos arts. 7º, 9º e 10, do NCPC, em face das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau que, independentemente da citação do réu, julgam liminarmente improcedente o pedido que contraria a jurisprudência dominante dos tribunais.

Para que seja realizada tal análise, inicialmente se mostra pertinente compreender os modelos normativos constitucionais de Estado e sua relação com o Processo, de forma que seja possível entender o contexto em que se insere o CPC/73 e o NCPC. Nesta esteira, pretende-se analisar em primeiro lugar, a exposição de motivos que conduziu à elaboração do CPC/73, procurando destacar tanto a base teórica de processo e o modelo normativo-governamental que inspiraram sua elaboração. Prosseguindo, será analisado em linhas gerais, o objetivo das intermináveis reformas que foram introduzidas durante os mais de 40 (quarenta) anos de vigência do CPC/73.

Ademais, dando sequência ao tema, analisar-se-á também os motivos que conduziram à elaboração do NCPC, buscando apontar os evidentes avanços e retrocessos ali contidos, em especial sua manifesta preocupação de proporcionar um sistema processual civil efetivo e apto à realização dos direitos e garantias constitucionais, harmonizado com o Estado Democrático de Direito² e o Processo Constitucional.

Mais à frente, em capítulo próprio, estuda-se a atual e marcante tendência do processualismo brasileiro de se aproximar do sistema de precedentes, instituto próprio do *Common law*, como meio de se obter uma resposta segura, coerente e o

² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

mais célere possível. Nesse compasso, o Legislador brasileiro nas últimas décadas vem buscando maneiras e métodos para se reduzir o tempo e quantidade dos quase 109,1 milhões de processos ativos que tramitam perante o primeiro grau de jurisdição, segundo dados do Relatório Justiça em Números 2017, do Conselho Nacional de Justiça³.

É nesse contexto de busca pela celeridade a qualquer custo que o NCPD acolheu e reforçou, em seu art. 332, o revogado art. 285-A do CPC/73⁴, onde autoriza-se

o julgamento imediato de improcedência do pedido, independentemente da citação do réu, em duas circunstâncias (NCPD, art. 332): (i) quando o pedido contrariar súmula dos tribunais superiores ou de tribunal de justiça local; acórdão ou entendimento firmado pelos tribunais superiores a respeito de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (ii) quando se constatar a ocorrência de prescrição e decadência⁵.

Todavia, como bem adverte José Carlos Barbosa Moreira⁶ “O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”.

Assim, uma vez que o NCPD incorpora um sistema de precedentes ao Ordenamento Jurídico pátrio, necessário se faz também integrar técnicas que promovam a não aplicação automática do precedente ao caso apresentado perante o Estado. Tais técnicas são conhecidas como *distinção (distinguishing)* e *superação (overruling)* e, embora já apresentassem guarida no revogado código, a exemplo de seus arts. 518, §1º, 543-A, 543-B e 543-C, sua aplicação se restringia ao âmbito dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de segundo grau.

Dessa forma, o presente estudo pretende estender a aplicação das técnicas acima desde o ajuizamento da ação, na própria petição inicial, para se dar

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. p. 68.

⁴ Cujo caput previa que “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

⁵ THEODORO JÚNIOR, **Humberto. Curso de direito processual civil**. v.1 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 759.

⁶ Exposição de motivos NCPD, nota 12.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

completa efetividade a um contraditório constitucionalizado como direito-garantia à influência/participação⁷, vedando a possibilidade de decisão surpresa⁸ (art.10, NCPC), bem como possibilitando a comparticipação dos sujeitos processuais (art. 6º, NCPC).

2 REFORMA OU NOVO CPC? ANÁLISE DAS EXPOSIÇÕES DE MOTIVOS

Como bem expõem Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias *et al*

A exemplo do que aconteceu com o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), na época em que entrou em vigor, revogando o Código de Processo de 1939 (CPC/1939), percebe-se que, diante da sanção e publicação do novo Código de Processo Civil em 2015 (NCPC), os estudos sobre a ciência do direito processual recebem intenso impulso e renovado estímulo, focalizando não só as inovações consagradas no novel texto processual normativo, mas também revisitando antigas ideias e noções as quais ali não foram totalmente recepcionadas⁹.

Assim, antes de se analisar propriamente os avanços, retrocessos e peculiaridades do NCPC, reputa-se necessário entender primeiro o caminho que vem sendo percorrido pelo Legislador brasileiro, a partir de uma visitação ao CPC/73.

Nesse sentido, mostra-se indispensável compreender o contexto normativo-governamental da época, bem como os motivos que resultaram na elaboração do CPC/73. Ademais, deve-se entender, também, os motivos pelos quais o revogado Código incorporou extensa série de reformas ao longo de sua vigência e, por fim, os motivos que levaram à sua superação, para tão somente proceder à análise dos motivos que levaram à edição do NCPC.

⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 227.

⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 128.

⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, et al. **Estudo Sistemático do NCPC** (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256), de 4/2/2016 – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 13.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

2.1 O CPC/73 e o modelo social de processo

Não é possível conceber plenamente o Direito desvinculado de sua realidade histórica, de sorte que se mostra fundamental compreender os modelos normativos constitucionais de Estado e sua relação com o Processo, de forma que seja possível entender o contexto em que se insere o CPC/73.

Assim como na Política, o Direito foi fortemente influenciado pelos dois maiores eventos do século XX, a Primeira e a Segunda Grande Guerra, respectivamente durante o período de 1914-1918 e 1939-1945. A partir do final da Primeira Grande Guerra, como ensina André Del Negri, “[...] o mundo começou a reescrever as suas Constituições. Fundou-se o Estado Social [...]”¹⁰, momento em que se passou a perceber na ordem jurídica mundial, uma mudança do modelo normativo-governamental de um Estado Liberal “por via do qual se buscava entender o Direito como forma de assegurar o afluente e a proteção das iniciativas e interesses individuais”¹¹, para um Estado socializante e paternalista, “[...] como forma de corrigir os desvios do liberalismo econômico e político”¹². Ressalta-se que nesse modelo normativo de Estado, prevalecia a mítica do “juiz como guardião do Direito e o Judiciário passou a assumir um dos papéis centrais na sociedade, ao lado do Executivo.”¹³

No Brasil, essa preocupação socializante, tanto na Política como no Direito, teve início no governo de Getúlio Vargas, já em 1934, perdurando até o final da Ditadura Militar, em 1985, e o advento da Constituição da República, em 1988, que instaurou o Estado Democrático de Direito.¹⁴

Ademais, convém destacar que “de 1969 a 1973, de fato ocorreu um extraordinário crescimento econômico no país, aliado a baixos índices de inflação

¹⁰ DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 36.

¹¹ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26.

¹² DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48.

¹³ DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 36.

¹⁴ DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 49.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

(18% ao ano). O PIB cresceu na espantosa média anual de 11% (chegando a 13% em 1973).”¹⁵, momento que foi denominado “milagre econômico”.

É exatamente nesse contexto histórico que Alfredo Buzaid, então ministro da Justiça do governo Médici, enviou à sanção do aludido presidente o projeto do CPC/73. Evidentemente não haviam razões para romper com a ordem normativa socializante, que acabou se efetivando ainda mais por meio de um Estado intervencionista.

Tal realidade, transplantada para o campo do Processo, encontrou amplo respaldo no Código de Processo Civil da Áustria, o *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1895, considerado por Alfredo Buzaid quando da elaboração do CPC/73¹⁶. Esse, por sua vez, se apoiava na teoria do processo como relação jurídica, elaborada por Oscar von Bulow em 1868 que, em apertada síntese, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias nos apresenta uma noção como uma

[...] teoria [que] vislumbra no processo uma relação jurídica autônoma, singular e unitária, embora complexa, que vincula juiz e partes, os sujeitos do processo, definindo-lhes sujeição, poderes, direitos e obrigações. As ideias do vínculo pessoal coercitivo e da sujeição ou subordinação derivam dos traços marcantes de qualquer relação jurídica segundo doutrina civilista, desde o Direito Romano.¹⁷,

estando o juiz em plano elevado de superioridade cognitiva e decisional, o que torna o Processo mero instrumento da jurisdição centrada na autonomia e bom senso do magistrado¹⁸, que poderia até afastar a lei, caso a considerasse injusta.

Nesse aspecto, destaca André Del Negri, baseando-se nos ensinamentos de André Cordeiro Leal:

¹⁵ BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010, p. 393.

¹⁶ Nesse sentido, quando a Exposição de Motivos do CPC/73 trata dos métodos da reforma e modelos do projeto: “As nações mais adiantadas não se pejaram de exaltar os méritos dos Códigos de outros países. Na França, tão ciosa de sua elevada cultura, Tissier reconheceu que o Código de Processo Civil da Áustria é *“la meilleure procédure civile du continent”*”. BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei. 1974.v.1,t.1, p.13.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

¹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 108.

¹⁸ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimação democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 94.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

[...] é somente com a leitura de Gesetz und Richteramt (Lei e Magistratura), livro de 1885 que se compreende amplamente as cogitações de Bulow. Ao tratar do tema, em tese de doutorado, o referido professor afirma que 'o Processo de Bulow fora concebido não como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação de juizes ao reforço de convicções nacionais alemãs' [...] O trabalho do professor André Leal é um estudo crítico, de extrema relevância, o qual demonstra que Bulow (com esse trabalho de 1885), preparou a magistratura alemã com o objetivo de adotar técnicas que pudessem permitir 'a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas'. Em consequência, Bulow 'municou a magistratura de instrumentos de dominação idêntico aos dos pretores magistrados em Roma'¹⁹.

Assim, o CPC/73, contava com diversas normas que ampliavam os poderes e o protagonismo do magistrado frente aos demais sujeitos do processo.

Evidentemente, tais ideias, após o advento da Constituição da República de 1988 não podem mais prosperar se confrontadas pela crítica científica²⁰ pois, como destaca André Del Negri "há um enorme abismo" entre a teoria do processo como relação jurídica e a teoria do processo como procedimento em contraditório,²¹ (maior ainda se comparado à moderna teoria constitucionalista do processo). No mesmo sentido escrevem Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

O Código do Processo Civil adotou, na sua estruturação técnica, a teoria do processo como relação jurídica, que tem recebido críticas por parte da doutrina, após o surgimento da teoria de Fazzalari (processo como procedimento em contraditório) e da teoria constitucionalista do processo, que, no Estado Democrático de Direito, toma por base a supremacia das normas constitucionais sobre as normas processuais, formatando um modelo constitucional de processo, que o juiz deve observar, ao dirigir o processo (art. 125), tornando-se, assim, um juiz-dialogador com as partes.²².

¹⁹ DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimação democrática. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 95.

²⁰ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**. Trad. M. Amado. São Paulo: Ed. Itatiaia, 1975, p. 50.

²¹ DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimação democrática. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 94.

²² SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p.147.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Assim, após a outorga da nova ordem constitucional em 1988 que, em seu art. 1º instituiu o Estado Democrático de Direito “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” as ideias de superioridade cognitiva do Estado em julgamento solipsista, bem como o espaço para o magistrado “criar ou afastar a lei”, não podem mais subsistir, pois a própria essência do Estado Democrático de Direito se revela por meio da unidade dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático. Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, forte nas ideias de Canotilho:

[...] têm-se um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional [Estado de Direito], um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito.²³

Assim, deve-se entender o princípio Democracia não apenas como forma de governo/política em que se respeita a vontade da maioria, mas como verdadeiro princípio de influência em qualquer ato do Estado, em especial nos atos judiciais, qualquer que seja sua natureza.

2.2 A exposição de motivos no CPC/73, avanços científicos e técnicos

Apesar das críticas acima tecidas, a exposição de motivos do CPC/73 apresentou grandes avanços à ciência do Direito Processual. Nesse sentido, esclarece Humberto Theodoro Junior: “Por meio desse estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma de nossa legislação formal; operou-se grande atualização, criando-se, realmente, um código novo e, assinalou-se uma nova etapa na evolução do direito processual entre nos.”²⁴.

²³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 64.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Inicialmente, destaca-se que, como em qualquer reforma, a comissão de juristas, encabeçada por Alfredo Buzaid e formada pelos juristas José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade, deparou-se com duas possibilidades de conduzi-la: rever o estatuto processual vigente à época (CPC/39), emendando-o, ou criar código novo. Logicamente, elaborar um novo código não significava começar do zero, pois conforme expressou Cândido Rangel Dinamarco, citado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] não se faz ciência por saltos e ninguém pensa sozinho, ainda que se iluda ao crer que está pensando sozinho [pois] [...] o que escrevo eu, o que escreveram meus antecessores e o que continuará a ser escrito são passos de uma caminhada cujo começo se conhece razoavelmente, mas cuja consumação não ocorrerá jamais, enquanto o homem for homem e enquanto o gênio humano for capaz de criar.²⁵

Evidentemente, a primeira opção aparentava ser a mais tentadora, visto que apresentava a vantagem de não romper com o modelo e estrutura normativa à época. Todavia como o próprio Alfredo Buzaid advertiu:

[...] pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções.²⁶

Assim, após longos estudos, a comissão de juristas optou pela segunda opção, propondo uma reforma total do Código de Processo Civil. Logicamente, a reforma do Código não significaria simplesmente derrubar todos os institutos presentes e substituí-los por outros inteiramente novos, mas sim, seguindo os conselhos de Niceto Alcalá-Zamora, procuraram manter os institutos funcionantes e aplicar mudanças “[...] a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, p. 30 *in*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias: **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 7.

²⁶ BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei**. 1974. v. 1, t. 1, p. 9. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

manejo, racionalizar-lhe o sistema e torna-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça.”²⁷

Nesse sentido, o Legislador brasileiro buscou apoio no berço do conhecimento científico à época, sendo fortemente influenciado pelos grandes Códigos da Itália, Alemanha, Áustria e Portugal. Assim, o CPC/73 apresentou, ao sistematizar seus 1220 artigos em cinco livros, e “[...] consagrou a tríplice divisão do processo civil, recomendada pela melhor doutrina [...]”²⁸e, como expõem Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

[...] adotou a tríplice divisão do processo civil em processo de conhecimento (Livro I), processo de execução (Livro II) e processo cautelar (Livro III), justamente as intitulações dos seus três primeiros Livros, como indica o Enunciado do seu art.270 [Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV)].²⁹

Por fim, o Livro IV se encarrega de normatizar os denominados procedimentos especiais, dividindo-os em procedimentos de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária; e o Livro V trata das disposições finais e transitórias, em seus 10 artigos, nos quais se mantém vivos alguns procedimentos regidos pelo revogado CPC/39 (o que, mais uma vez, demonstra a intenção da comissão de juristas de não jogar ao chão o CPC/39, bem como permanece a lição exposta por Dinamarco, supra.).

Mais adiante, a exposição de motivos do CPC/73 evidencia a preocupação de seus elaboradores de se manterem fieis à técnica e à ciência jurídica pois, como expõe Alfredo Buzaid, sem embargos, “um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica, não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.”³⁰. Dessa forma, uma das primeiras preocupações do CPC/73 foi endereçada à observância da rigorosa terminologia

²⁷ BRASIL. **Código de processo civil**: histórico da lei. 1974. v. 1, t. 1, p. 10. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

²⁹ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.136.

³⁰ BRASIL. **Código de processo civil**: histórico da lei. 1974. v. 1, t. 1, p. 12. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

técnica da linguagem jurídica.

O primeiro vocábulo que mereceu atenção da Comissão de Reforma foi a expressão “lide”, que, na sistemática do CPC/39, era empregado ora para designar “processo” (art. 96, CPC/39), ora para designar o “mérito” (arts. 287, 684, IV e 687, § 2º). Nesse sentido, o CPC/73 esclareceu que somente seria empregada a expressão “lide” na concepção esboçada pelo jurista italiano Francesco Carnelutti, como

[...] o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes³¹.

Outra expressão que reclamou grande atenção da Comissão foi o vocábulo “*instância*”, corriqueiramente empregado na atual prática forense, tanto por leigos, como a mídia ou cientistas políticos, por exemplo, como por técnicos, como juízes, promotores, defensores e até mesmo advogados. Nesse aspecto, preciso e irretocado se faz os comentários de Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sobre o praxismo atécnico do foro: “Em vão, a doutrina brasileira aponta ditas erronias, contrárias à ciência do direito processual, mas que o praxismo infecto-contagioso do foro, muito mais forte, em razão do despreparo técnicos dos práticos (ou operadores) do direito, as mantém enraizadas [...]”³² e “[...] na atualidade, o praxismo forense, de caráter infeccioso, golpeando de morte a técnica e a ciência do direito processual [...]”³³. O problema com o vocábulo em tela é a grande variedade de significados que ela pode apresentar, problema comum que ocorre no direito brasileiro: de uma só palavra designando institutos distintos entre si. Nesse contexto, na *práxis* forense, utiliza-se “instância” como sinônimo de “grau de jurisdição”, sendo comum se falar que “o processo encontra-se na primeira instância” ou “pretendemos reverter esse resultado na segunda instância”. Todavia,

³¹ BRASIL. **Código de processo civil**: histórico da lei. 1974. v. 1, t. 1, p. 13. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

³² SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.142.

³³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 95.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

como já advertia a Comissão de Reforma há mais de 40 anos atrás

[...] No antigo direito português se dizia que com a apelação ou o agravo começava nova instância. Mas, como já adverte João Mendes Júnior, não se deve confundir instância com grau de jurisdição, porque pode dar-se o caso de dois graus de jurisdição funcionando em uma só e mesma instância; assim a execução é uma outra instância no mesmo primeiro grau de jurisdição.³⁴

Ademais, por fim,

Nas fontes romanas significa atividade, empenho, diligência e pedido. Também exprime o exercício da ação desde a litiscontestação até a sentença. Para Pereira e Sousa e Ramalho, a instância é o tempo dentro do qual se trata e determina a causa com a decisão final. João Mendes Júnior define-a como a existência fluente do litígio [...]³⁵.

2.3 Atecnicas na exposição de motivos do CPC/73

Apesar do grande rigor técnico na elaboração do CPC/73 e o contínuo estudo das grandes obras científicas da época, o CPC/73 não foi feliz quanto ao uso do vocábulo técnico “ação”, fazendo, inclusive, comum confusão ao emprega-lo como demonstrativo de determinada “pretensão”, fruto de uma tradição romanística. Nesse sentido, expõem Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

O próprio Código de Processo Civil não ficou de todo imune à assinalada confusão de ideias, quando, ao disciplinar os procedimentos especiais, de jurisdição voluntária (Livro IV, arts. 890 a 981), valeu-se de expressões indevidas sob o ponto de vista técnico, como ‘ação de consignação em pagamento’, ‘ação de depósito’, ‘ação de prestação de contas’, ‘ação de usucapião’, rotulando-se impropriamente, quando especial é o procedimento estruturado e não a ação, esta, tão somente, direito à jurisdição, sem adjetivos ou designativos, exercidos no processo, no qual o autor revela ao Estado-judiciário sua pretensão, postulando-lhe solução decisória.³⁶

³⁴ BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei**. 1974. v. 1, t. 1, p. 13. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016.

³⁵ BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei**. 1974. v. 1, t. 1, p. 13. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

³⁶ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.142.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Ocorre que não se pode confundir dois conceitos tão díspares, embora, novamente, a inepta prática forense não reconheça diferenças. Modernamente, o termo *ação* deve ser entendido nos termos expostos por Eduardo Couture, transcritos por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “a ação é ‘o poder jurídico, que tem todo sujeito de direito, de acudir aos órgãos jurisdicionais, para reclamar-lhes a satisfação de uma pretensão’”.³⁷ Assim, forte nas ideias acima sintetiza para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

[...] a ação é proposta de forma conectada ou coligada a uma pretensão, colocada à apreciação do Estado pelo autor, por meio do processo constitucionalmente instaurado e desenvolvido, mediante pedido formulado na petição inicial, cuja entrega ao Estado inicia o processo, quase sempre contestada a pretensão pelo réu, daí possível afirmar-se que a contestação, tecnicamente, em síntese, significa pretensão resistida, devendo o órgão jurisdicional lhe dar uma resposta decisória na forma da sentença de mérito.³⁸

Lado outro, o termo *pretensão*, aparece nos trabalhos de Windscheid como *anspruch*, no alemão original e, como esclarece Francesco Carneluti, novamente citado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “[a] pretensão é exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”³⁹. Dessa forma, podemos concluir que a pretensão é a razão manifesta no pedido; diz-se, assim, que o autor ajuizou uma ação (provocou a jurisdição estatal), formulando, na petição inicial, a pretensão de “prestação de contas”, ou “de despejo”, ou “prestação de contas”.

³⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 100.

³⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 101.

³⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 99.

2.4 As infinitas reformas no CPC/73

Como dito no início da presente pesquisa, o CPC/73 permaneceu operante ao longo de mais de quatro décadas desde sua entrada em vigor, em 1973, o que, em tese, sugeriria sua harmonização e sintonia com o restante do Ordenamento Jurídico Pátrio. Todavia, talvez seja possível afirmar que o aludido diploma legal foi o que mais sofreu modificações ao longo do tempo, contando com mais de 70 alterações legislativas, conforme lista disponível no endereço eletrônico do Planalto⁴⁰, antes de ser revogado pelo Lei nº 13.105/15 (NCPC). Sobre o tema, escrevem Alexandre Bahia e Dierle José Coelho Nunes

“Essa última referência é particularmente importante no Brasil, onde se acredita que os problemas do direito são resolúveis pela alteração constante das leis ou pela fixação de novo posicionamento pretoriano. Tomando-se o exemplo do Processo Civil, percebe-se que, a despeito das reformas incessantes pelas quais vem passando a lei e, a despeito do ‘aperfeiçoamento’ do sistema de Súmulas, a crise do Judiciário não foi resolvida, pois que nosso problema não é de texto – como poderia parecer a uma comunidade de regras.”⁴¹

De todas alterações acrescentadas ao CPC/73, é possível traçar um objetivo em comum entre elas: “[...] acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.”⁴² Nesse sentido pode-se destacar profundas alterações no Processo de Execução, correlacionando-o diretamente como extensão do Processo de Conhecimento, por meio de um sincretismo advindo a partir da Lei nº 11.232/05, que reforçou “a executividade das obrigações de fazer e não fazer, a outorga de autoexecuibilidade a todas as sentenças condenatórias (inclusive as relativas às obrigações de quantia certa), a ampliação dos títulos

⁴⁰BRASIL. LEI 5.869/1973. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%205.869-1973?OpenDocument>. Acesso em 20 de julho de 2016

⁴¹BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do “Marco Zero Interpretativo” In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 85.

⁴²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p., p. 22.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

executivos [...]”⁴³, em uma constante busca por um processo de resultados rápidos “[...] buscando a redução do tempo processual, com menos atos processuais e a diminuição do trabalho do magistrado [...]”⁴⁴

Dessa forma, todas as infundáveis reformas introduzidas buscavam solucionar o problema da morosidade da jurisdição, culpando o CPC/73 por tal situação. Todavia, mais uma vez mostra-se coerente a exposição de Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Para comprovar as afirmativas feitas até agora, no sentido de que as reformas do Código não estão atingindo os objetivos alardeados nas exposições de motivos das enxurradas de lei reformistas promulgadas pelo Estado brasileiro, basta examinar o índice cronológico da legislação alteradora em qualquer edição do Código de Processo Civil. Ao fazê-lo, constata-se que, nestes 35 anos de vigência, dito Código, publicado pela Lei n. 5925, de 1º/10/1973, sofreu cerca de 460 alterações legislativas, por meio de 65 leis editadas no referido período, se nossa contagem estiver certa. Em outras palavras, as reformas revelam-se intermináveis e estão sendo feitas incessantemente no Código há três décadas e meia, com resultados cada vez mais insatisfatórios, porque a jurisdição brasileira continua lenta e ineficiente, algumas vezes podendo ser acimada de verdadeira balbúrdia, o que indica não ser o Código a principal causa do problema, porque, se o fosse, com tantas reformas, tal problema á teria sido solucionado há muito tempo, a não ser que o legislador brasileiro seja obtuso, o que resistimos em acreditar.⁴⁵

Ademais, percebe-se que além de um processo sincrético (cognição somado à execução, em um só processo), as reformas mais expressivas implementadas nos anos finais do CPC/73 atacaram incessantemente a recorribilidade das decisões, afetando diretamente a possibilidade de se interpor recursos contra a decisão. Nesse sentido, novamente Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, citando lição de Teresa Arruda Alvim:

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 22.

⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 171.

⁴⁵ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.151.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

[...] o mais grave nesse crônico e aterrador quadro reformista é que, segundo a oportuna observação de Teresa Arruda Alvim Wambier, forte na doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, quando este se refere ao ‘fogo da artilharia reformadora’, o foco principal das alterações é o sistema de recursos: ‘A disciplina dos recursos vem sendo um dos terrenos de eleição das reformas do nosso processo civil, empreendidas ao longo da última década. No Código, o texto original do Título X do Livro I, dedicado à matéria, continha 70 artigos (do art. 496 ao 565). A esses cumpria acrescentar mais dois (arts. 464 e 465), extraviados no título VIII, mas na realidade atinentes a uma figura – a dos embargos de declaração – tratada pela lei como recurso, independentemente de controvérsias doutrinárias pretéritas e presentes sobre a respectiva ‘natureza’. Pois bem: dos 72 artigos, se nossas contas estão corretas, só 30 (menos da metade, portanto) – [...] – conservam o teor original; todos os restantes foram atingidos, em tal ou qual medida, e alguns mais de uma vez, pelas sucessivas modificações que o texto codificado sofreu, a partir da Lei 8.038, de 28.5.1990. Em nenhum outro título do estatuto processual se concentrou com tanta intensidade o fogo da artilharia reformadora’. Conforme a própria autora resume, a redação de ‘mais da metade dos 72 artigos não é mais a mesma e muitos foram modificados mais de uma vez, como, por exemplo, os arts. 511 e 526⁴⁶.

Nesse sentido, e ratificando o acima exposto, a alteração incluída em 2008, por meio da Lei nº 11.277, acrescentou ao CPC/73 a norma do revogado art. 285-A, onde se lia: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

Como expõe Dierle José Coelho Nunes, a inclusão da supracitada norma “[...] para seus idealizadores, visa resolver, de forma mais rápida, as hipóteses recorrentes de ações repetitivas (litígios de massa) que abarrotam especialmente a Justiça Federal, com enorme dispêndio de trabalho pelos órgãos jurisdicionais.”⁴⁷ de forma que criou-se

“uma técnica de julgamento liminar de ações repetitivas do art. 285-A, CPC, que permite a reprodução de sentença já prolatada se a matéria controvertida for unicamente de direito e, no juízo, já houver sido proferida uma sentença de total improcedência em outros casos idênticos, dispensando-se a citação.”⁴⁸.

⁴⁶ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.151-152.

⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 171.

⁴⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 170-171.

Assim, além da inclusão de um sistema de Súmulas Vinculantes, acrescido pela Emenda à Constituição nº45, de 2004, a adoção das técnicas de julgamento liminar (§1º do art.518 e art. 285-A), bem como o emprego de cada vez mais filtros recursais – como, por exemplo, a necessidade de se demonstrar a repercussão geral em sede de Recursos Extraordinário, dificultando cada vez mais o acesso aos demais graus de jurisdição – revela uma busca em padronizar condutas e procedimentos por meio de decisões *standards* que não serão capazes e não conseguirão fechar a realidade factual nos textos.⁴⁹ Percebe-se, então, que a partir dessas alterações processuais, procedeu-se uma maior aproximação entre o sistema processual brasileiro (*civil law*) com o sistema saxão (*Common law*), por meio de um sistema de precedentes sem, todavia, como novamente advertem os supracitados autores,

“No entanto, tal fenômeno de um ‘*common law* à brasileira’ se dá sem a preocupação científica de consolidação de uma ‘teoria dos precedentes’ para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência às Súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa Súmula a mesma é autônoma frente à discussão subjacente.”⁵⁰.

Como será exposto no capítulo subsequente, o NCPC, entre avanços e retrocessos, acolheu um microssistema de “precedentes à brasileira”, reforçando a busca por uma celeridade a qualquer custo que, como será visto, não se harmoniza com o moderno Estado Democrático de Direito, nem com um modelo constitucionalizado de processo.

⁴⁹ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do “Marco Zero Interpretativo” In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81.

⁵⁰ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do “Marco Zero Interpretativo” In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

3 O NCPC ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS: PROCESSO CONSTITUCIONAL E ALGUMAS CRÍTICAS À ESTRUTURA SISTEMÁTICA

Conforme exposto no início do segundo capítulo da presente pesquisa, entende-se ser de fundamental importância analisar os motivos que levaram a elaboração das leis antes de se aprofundar no estudo das leis em si. Dessa forma é que se procede à análise da exposição de motivos do NCPC, em busca dos avanços e retrocessos advindos com a Lei nº 13.105/15 (NCPC) em relação ao CPC/73.

Evidentemente, a primeira preocupação da Comissão de Juristas que elaborou o NCPC foi com a constitucionalização do processo. Assim é que, já no primeiro tópico da Exposição de Motivos fez-se constar: “1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.”⁵¹ Nesse sentido, expõe Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

“A Comissão de Juristas que redigiu o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, na sua exposição de motivos, advertiu que um dos objetivos do novo texto seria a constitucionalização do processo, ou seja, a elaboração de um novo Código em harmonia com os preceitos da Constituição Federal de 1988. Efetivamente, como expressamente consignou a Exposição de Motivos, esse foi o primeiro e mais importante objetivo do novo Código de Processo Civil, eis que, por meio do processo, ‘se realizam valores constitucionais’, a partir daí acentuando ‘a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual’.⁵²

A adoção de uma teoria constitucional do processo mostra-se em perfeita consonância com a atual tendência de constitucionalização de todos os ramos do Direito, em especial o Processo, como já lecionava José Alfredo de Oliveira Baracho: “A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da

⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*.

⁵² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In:

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). **Novo CPC 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei n. 13.256/16**, 2016, p.12.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias.”⁵³.

Nesse sentido, complementam Dierle José Coelho Nunes e Flaviane de Magalhães Barros

No Brasil, fator que mostra a constitucionalização do Direito, estaria no fato de nossa Constituição de 1988, mais do que qualquer outra anterior, além de tratar de matérias tradicionalmente afetas a uma Lei Maior – organização do Estado, dos poderes, da forma e regime de governo, além de um extenso e inigualável elenco de direitos e garantias –, trazer para seu seio disposições afetas ao Direito Civil, Comercial, Tributário, Penal, Processual (e outros) de maneira, por vezes pormenorizada. Assim, quer se queira atualmente trabalhar em juízo com o Direito ou quer se queira simplesmente estudá-lo, dificilmente será possível fazê-lo no Brasil sem se reportar à Constituição da República Federativa de 1988. Isso se torna ainda mais complexo em uma Constituição com um elenco tão longo de direitos e garantias fundamentais. De fato, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito. Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII); princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do habeas corpus (5º, LXVIII), mandando [sic] de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), habeas data (5º, LXXII) e ação popular (5º, LXXIII).⁵⁴

E Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias et al:

“É praticamente impossível, no estágio atual de desenvolvimento jurídico em que nos encontramos, discutir direito constitucional sem dizer sobre processo e também não é possível estudar processo sem que o seja no âmbito do direito constitucional. A convergência das duas matérias tornou impossível dialogar sobre uma sem correlação com a outra.”⁵⁵

⁵³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 10.

⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras, p. 25-26. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁵⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, et al. **Estudo Sistemático do NCPD** (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256), de 4/2/2016 – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 39.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Assim o é que, em reconhecido esforço científico, o NCPC procurou romper com a malfada teoria do processo como relação jurídica, presente no CPC/73, adotando a teoria constitucionalista do processo, cujo cerne é a presença do direito-garantia do contraditório como espaço técnico processual em que as partes, além de terem asseguradas a bilateralidade e contrariedade na prática de atos e termos processuais, participam efetivamente no desenvolvimento e conclusão lógico do processo, a fim de que, em simétrica paridade de igualdades, possam influenciar em todos os elementos e discussões de quaisquer fatos e direitos relevantes para a decisão final que porventura surjam ao longo do processo.⁵⁶ É nesse sentido que expõe André Del Negri, baseado nas ideias de Karl Popper

Sabemos que as teorias são abandonadas ou radicalmente transformadas após refutações, dando origem a outras teorias menos equivocadas, que continuarão sendo submetidas a novas avaliações críticas (Karl Popper). Assim, a teoria da relação jurídica hoje teria pouca importância, se não tivesse alguns empedernidos admiradores, inclusive no Brasil. Seria pertinente reproduzir, a respeito dessa questão, a sempre precisa opinião de Ronaldo Brêtas, quando diz que a excelente obra de Aroldo Plínio Gonçalves (Técnica processual e teoria do processo) não foi bem difundida como deveria 'pelos processualistas brasileiros considerados de renome, porque, se o tivesse sido, por certo a teoria da relação jurídica teria despencado do pedestal onde até hoje se encontra.'⁵⁷

Apesar do grande avanço acima exposto, o NCPC encontra-se longe da perfeição, apresentando retrocessos tanto do ponto de vista técnico-científico, como ranhuras ao processo constitucional.

Cumprido destacar que, apesar das advertências lançadas por Alfredo Buzaid, já na exposição de motivos do CPC/73, o NCPC mistura e aplica, sem o rigor técnico, o termo "instância", 7 (sete) vezes (arts. 67; 76, §1º; 99, §1º; 689; 988, §5º, II; 1027, I e "a"). Ademais, no Título III, do Livro II, da Parte Especial, onde são disciplinados os "Procedimentos Especiais", (arts. 539 a 609), novamente o Legislador mostra-se desatento a conceitos básicos da Ciência do Direito Processual. Ocorre que, tal como no CPC/73, o NCPC confunde os conceitos de

⁵⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). **Novo CPC 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei n. 13.256/16**, 2016, p.12.

⁵⁷ DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.

ação, procedimento e pretensão, de sorte que permanece a crítica feita ao CPC/73, no capítulo 2.3 (Atecnias na exposição de motivos do CPC/73), do presente estudo, acrescentando-se a certa crítica de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, quando se referia ao ainda Projeto de Lei nº 166/2010 (NCPC):

“O projeto, no Título III do seu Livro II (Processo de Conhecimento), artigos 505 a 696, trata dos Procedimentos Especiais. Entretanto, ao individualizá-los, nos capítulos que o integram (Capítulo I, artigos 505 a 515, Capítulo II, artigos 516 e 520, e capítulos seguintes), o texto não mais faz referência a procedimentos, mas, sim, a ações: ação de consignação em pagamento (Capítulo I, artigos 505 a 515), ação de prestação de contas (Capítulo II, artigos 516 a 520), e assim por diante. Ora, se o referido Título II cuida dos qualificados procedimentos especiais, o texto, como está, revela confusão entre procedimento e ação, porque, nos capítulos que o integram, o certo seria mencionar Do procedimento da consignação em pagamento (Capítulo I, artigos 505 a 515), Do procedimento de prestação de contas (Capítulo II, artigos 516 a 520), Do procedimento de divisão e da demarcação de terras particulares (Capítulo III, artigos 521 a 550), Dos procedimentos possessórios (Capítulo IX, artigos 639 a 652) e assim por diante.”⁵⁸,

realizando verdadeira miscelânea de ideias e conceitos jurídicos.

Apesar da exposição de motivos do NCPC esclarecer que “não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.”⁵⁹, não se justificam, de forma alguma, os erros técnicos e o desconhecimento de conceitos básicos da Ciência do Direito Processual, pois novamente, como advertia Alfredo Buzaid: “Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.”⁶⁰

⁵⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil, p. 101-102. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**.

⁶⁰ BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei**. 1974. v. 1, t. 1, p. 12. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

3.1 O NCPC: entre o *civil law* e o *common law* e a problemática da improcedência liminar do pedido (art. 332)

A cada dia que passa, assiste-se no Brasil o reforço da importância dos julgamentos e posicionamentos tomados pelos Tribunais, sejam os ordinários (2º grau de jurisdição), bem como os extraordinários (STJ e STF), na fundamentação das decisões proferidas⁶¹, de forma que a jurisprudência emanada por tais órgãos jurisdicionais passa a balizar e direcionar a vida dos jurisdicionados, bem como a própria aplicação do Direito em si, tal qual ocorre nos países adeptos ao sistema do *Common law* – tais como os Estados Unidos da América e a Inglaterra.

A premissa básica do sistema do *Common law*, traduz-se no princípio do *stare decisis* e na observância dos precedentes. Como expõem Saul Brenner e Harold J. Spaeth: “[o] ‘*Stare decisis*’ é a abreviação da frase em latim ‘*stare decisis et non quieta movere*’, que, segundo o dicionário Black’s Law Dictionary define como ‘aderir ao precedente, sem se perturbar as coisas já estabelecidas’. Para tanto, existem duas formas: uma vertical e outra horizontal. A primeira se refere à obrigação dos juízes de cortes inferiores de aderirem aos precedentes formulados pelas cortes superiores da mesma jurisdição. A forma horizontal diz respeito ao dever da corte de se amoldar aos próprios precedentes ou de uma corte irmã (de mesmo nível), se existente. Porque esse estudo se refere somente à Suprema Corte dos EUA, somente nos interessa a forma horizontal do *stare decisis*: o dever dos justices de seguirem os precedentes da própria Corte Suprema.”(tradução livre)⁶², bem como Neil Duxbury:

⁶¹ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do “Marco Zero Interpretativo” In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89.

⁶² BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Cambridge University Press, 1995, p.1. No original: “*Stare decisis*” is a shortened form of the Latin phrase “*stare decisis et non quieta movere*,” which Black’s Law Dictionary defines as “To adhere to precedents, and not to unsettle things which are established.”³ It takes two forms: vertical *stare decisis* and horizontal *stare decisis*. The former refers to the obligation of lower court judges to adhere to the precedents of higher courts within the same jurisdiction. Horizontal *stare decisis* concerns the duty of a court to conform to its own precedents or that of a sister court, if any. Because this study pertains only to the United States Supreme Court, we are solely interested in horizontal *stare decisis*: the duty of the justices of the Court to abide by their own precedents.

o clássico debate existente entre os países do Common law, de que a força vinculante dos precedentes definidos pelas cortes não somente reclamam atenção mas, na verdade prendem e atrelam as demais cortes. Essa é a doutrina do stare decisis – i.e., decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgirem novamente em outros casos em litígio.⁶³

Ademais, consideram-se precedentes “o precedente strictu sensu, vinculante ou persuasivo, originário do Common law, a jurisprudência, as súmulas e qualquer julgado do passado, que influencie nas decisões do presente”⁶⁴

Sob o argumento da busca pela segurança jurídica e de implementar maior celeridade ao Judiciário, o NCPD, em sua exposição de motivos, dispensou especial atenção a um sistema de precedentes buscando a uniformização da jurisprudência dos Tribunais locais, ou extraordinários, declarando que “sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.”⁶⁵

É nesse contexto que o NCPD, acolheu e revigorou a norma prevista no revogado art. 285-A do CPC/73 que previa que

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

Em seu art. 332, onde autoriza-se

o julgamento imediato de improcedência do pedido, independentemente da citação do réu, em duas circunstâncias (NCPD, art. 332): (i) quando o pedido contrariar súmula dos tribunais superiores ou de tribunal de justiça local; acórdão ou entendimento firmado pelos tribunais superiores a respeito de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (ii) quando se constatar a ocorrência de prescrição e decadência.

⁶³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 12. No original: “[...]the classic common law argument that precedents set by courts do not merely claim the attention of, but actually bind, other courts. This is the doctrine of stare decisis – i.e., earlier judicial decisions must be followed when the same points arise again in litigation.”

⁶⁴ REZENDE, Marcos. **Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no Estado Democrático de Direito**. - Tese PUC Minas. Belo Horizonte: 2015, p. 74.

⁶⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto.

A aludida norma evidencia a força vinculante dos precedentes e, como expõe Dierle Nunes, demonstra a nitidez

que o legislador realiza a reforma buscando a redução do tempo processual, com menos atos processuais e a diminuição do trabalho do magistrado, especialmente em casos idênticos (identidade genérica, e não de especificidades), recorrentemente propostos perante o Poder Judiciário, envolvendo unicamente matéria jurídica.⁶⁶

Segundo leciona Humberto Theodoro Junior, a norma em apreço justifica-se

[...] [pelo] princípio da economia processual, bem como a valorização da jurisprudência, principalmente nos casos de demandas ou recursos repetitivos. Prendem-se, também, à repulsa, prima facie, das demandas insustentáveis no plano da evidência, dada a total ilegitimidade da pretensão de direito material veiculada na petição inicial⁶⁷.

Com a devida vênia, não se pode concordar com a afirmativa acima, apesar do renome do supracitado processualista, pois o referido preceito encontra-se em total desacordo com o processo constitucional por diversas razões.

Inicialmente, percebe-se que a supracitada norma não se harmoniza com as tidas normas fundamentais do próprio NCP. Como expõe Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias *et al*

O NCP, sintomaticamente, logo em seu art. 1º., principia com recomendação plasmada na concepção do Estado Democrático de Direito para que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição, as quais, também, devem ser consideradas diretrizes à aplicação das normas componentes de seu texto (arts. 1º., 2º., 3º., 4º., 4º., 6º., 7º., 8º., 9º. 10 e 11)⁶⁸.

⁶⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 171.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 759.

⁶⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, et al. **Estudo Sistemático do NCP** (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256), de 4/2/2016 – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 40.

Em seus 15 primeiros artigos, sob o Título Único do Livro I da Parte Geral, o NCPD tratou “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, aplicáveis a todas espécies de procedimentos, de forma que se impõe sempre e em qualquer ocasião, o respeito às ditas normas. Ora, uma vez que o juiz pode sentenciar liminarmente, julgando improcedente o pedido, de ofício, sem a prévia ciência das partes – vez que dispensada a citação do réu –, viola-se frontalmente o “efetivo contraditório”, previsto no art.7º, bem como o enunciado do art. 10º que veda a denominada *decisão surpresa*.

Nessa esteira, nos termos do art. 10º “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Assim sendo, caso ocorra o julgamento de improcedência liminar do pedido

“[...] sob interpretação lógico-sistemática, exclui a possibilidade do autor manifestar-se previamente sobre tais questões antes de o juízo decidi-las, malferindo, assim, o efetivo contraditório recomendado no artigo 7º, e permitindo seja proferida a decisão-surpresa expressamente proibida no artigo 10, em sério comprometimento ao devido processo constitucional, o que não poderá ocorrer⁶⁹

Dessa forma, persiste a crítica feita por Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, quando se referiam ao revogado art. 285-A, do CPC/73:

[...] se há dispensa da citação, pois surge sentença de plano, instantaneamente (espécie de jurisdição-relâmpago), não se pode cogitar de matéria controvertida, ou seja, inexistente citação e conseqüente defesa do réu, ausente o contraditório no momento em que proferida a sentença clonada ou emprestada, não se estabeleceu, à evidência, qualquer controvérsia sobre a matéria trazida pelo autor ao debate em juízo. [...]70.

⁶⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil, p.22. In: Brêtas, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (org.) **Novo CPC 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei n. 13.256/16**. Belo Horizonte: D’Placido, 2016.

⁷⁰ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.160.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Quanto ao argumento de dar celeridade no julgamento da causa e o consequente desabarroamento do Judiciário, na verdade, o que ocorre, é retrabalho em cima da mesma matéria, tendo em vista que

Na ótica da eficácia, percebe-se que o risco da existência de duas atividades recursais (duas apelações), que poderá gerar aumento de meses de tramitação processual, conduz (e impõe) à abertura para o contraditório, que gerará pequeno acréscimo na tramitação processual, em circunstância, já comum, de o juiz repetir a sentença em hipóteses análogas, em julgamento conforme o estado do processo.⁷¹

Demais disto, a norma em questão abre espaço para a criação de um precedente a ser aplicado indiscriminadamente, pelo simples fato de que os precedentes “economizam” o tempo de trabalho dos magistrados e impingem celeridade ao processo, servindo como “[...]uma benvinda muleta decisional.”⁷² Todavia, como expõe Paulo Roberto de Gouvêa Medina, citado por Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

[...]Eis o que, na prática, sucederá. Sem prévia ciência de eventual sentença contrária à pretensão do constituinte o advogado deste ajuíza ação esperando vê-la processar regularmente. Para isso, recolhe a taxa judiciária devida e deposita o valor das custas prévias (...). E tudo isso, muita vez, para nada, isto é, para nem sequer conseguir que se instaure a relação processual! Dir-se-á que lhe é assegurado o recurso de apelação, em face da sentença que, invocando precedente do Juízo, extinga liminarmente o processo. Mas, ainda nessa hipótese, terá de arcar o autor com despesas – as despesas do preparo do recurso.⁷³

Assim, na mesma medida em que se importa um microssistema de precedentes que servirão como filtros para, supostamente, desafogar a imensa quantidade de ações em curso no Judiciário, devem ser importados, também, mecanismos de individualização das demandas que permitirão a análise pormenorizada dos casos apresentados ao Estado, para se satisfazer um pleno

⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 172.

⁷² BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecis**: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge University Press, 1995, p.3. No original: Similarly, Walter F. Murphy, a student of judicial politics, noted that stare decidis provides the "harried judges who face difficult choices with a welcome decision-making crutch."

⁷³ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.161.

direito de ação, bem como dar efetividade ao princípio da inafastabilidade, previsto, no âmbito do NCPD, em seu art. 3º, onde se lê “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

3.2 A distinção e a superação como técnica na petição inicial

Apesar de um sistema de precedentes estar intimamente ligado ao princípio do *stare decisis* que, como visto acima, confere elevada força vinculante aos precedentes, os países que tradicionalmente adotaram o *Common law* como sistema jurídico, desenvolveram técnicas e métodos específicos para que a atividade jurisdicional não se restrinja somente a uma aplicação mecanizada dos aludidos precedentes: o *distinguishing* (distinção) e o *overruling* (superação). Nesse sentido, destacam Alexandre Bahia e Dierle Nunes, baseando-se em Edward D. Re, que “[...] o precedente é um principium, um ponto de partida que contribuirá para a decisão.”⁷⁴

O termo “técnica”, na Ciência do Direito, refere-se a uma série de procedimentos racionais e irracionais,⁷⁵ orientados para desenvolver resultados prestantes a determinado fim⁷⁶. Assim, é nesse sentido que preconiza-se o uso da distinção e da superação como técnicas já na petição inicial para se individualizar, de plano, as demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário impedindo-se a aplicação automática da improcedência liminar do pedido que contraria súmulas ou precedentes dos Tribunais Superiores ou dos Tribunais locais. Dessa forma, preserva-se o efetivo contraditório prévio, previsto no art. 7º, do NCPD pois os argumentos lançados pelo autor, de fato irão influenciar a decisão do magistrado, bem como impede a malfadada decisão surpresa.

⁷⁴ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do “Marco Zero Interpretativo” In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

⁷⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.17.

⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.34.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Nesse contexto, a distinção (*distinguishing*) como expõe Duxbury ocorre “quando um juiz faz a distinção entre um caso e outro”. Por mais óbvio que tal afirmação pareça, continua o aludido autor, o *distinguishing* pode ocorrer “dentro [do mesmo caso] ou entre casos”⁷⁷. Na primeira hipótese, a técnica consiste em separar e diferenciar, dentro do mesmo caso, os fatos que são materialmente relevantes (*ratio decidendi*) dos que não o são (*obiter dicta*)⁷⁸. Assim, em suma, o *distinguishing* entre casos reside em uma demonstração simples de que a *ratio* de determinado precedente invocado, não se aplica de forma satisfatória ao caso em apreço pelo juiz⁷⁹. A segunda hipótese, de *distinguishing* entre casos, ocorre quando as cortes partem de determinado precedente para formular uma regra geral, vinculada à presença de fatos materiais mais abrangentes. Por exemplo, determinado Tribunal decide que deve-se julgar X, se tal caso contiver A, B e C; assim, se em outro caso constar A, B e C, o resultado provavelmente também deverá ser X. Todavia, caso um terceiro caso contenha A, B e E, não se poderá esperar o resultado X, ainda que exista semelhança material entre os casos, eles não se ajustam perfeitamente um no outro.⁸⁰

Dessa forma, em suma, extrai-se que o *distinguishing* permite a demonstração que o precedente não se ajusta ao caso em apreço ou, em outras palavras, que o caso possui particularidades que o afastam do precedente invocado.

A superação (*overruling*), por sua vez, não ocorre quando se faz uma simples distinção do caso em análise pelas formas acima estabelecidas, apenas deixando de aplicar, no caso específico, o precedente; mas quando o precedente deixa de ser aplicado a todos os casos que antes tangenciavam a aproximação de determinado precedente. Como expõe Duxbury,

⁷⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 113. No original: “The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases.”

⁷⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 113.

⁷⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 113.

⁸⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 115.

“[...] Quando juízes realizam a superação de um precedente, eles estão abertamente se recusando a segui-lo e declarando que, pelo aonde os fatos de um caso são materialmente idênticos aos outros do caso paradigma, uma nova decisão e meio de decidir deve ser seguido.”⁸¹

Nessa esteira, a forma mais óbvia de se realizar a superação de determinado precedente, ocorre quando um Tribunal hierarquicamente superior afasta e supera o precedente firmado pelo grau de jurisdição inferior, pois o mesmo encontra-se eivado de erros.⁸² Todavia, caso o precedente que irá sofrer a superação tiver sido editado por uma corte de mesma hierarquia, caso exista possibilidade de outra corte proceder a superação, tal fenômeno somente ocorrerá caso reste cabalmente demonstrado o erro grosseiro no precedente em análise ou, ainda, seja demonstrado que a pretendida superação não impactará, de forma exacerbadamente negativa, os jurisdicionados que dependem que determinada conduta continue sendo mantida pelo Judiciário.⁸³

Assim, concluindo, tem-se que a utilização das técnicas acima em conjunto com uma interpretação integrada das normas fundamentais compreendidas, além do texto constitucional, nos primeiros 15 artigos do NCPD, é passível de afastar a malfada e equivocada aplicação da norma do art. 332, de forma *incontinenti*, possibilitando

implementar uma discussão antes da decisão (contraditório antecipado), com a possibilidade de um sucessivo julgamento conforme o estado, ao contrário de se garantir tão-somente um contraditório sucessivo (via razões e contrarrazões de recurso), que gerará, na prática, a potencialidade de duas atividades recursais e uma quebra indiscutível da celeridade.⁸⁴

⁸¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 117. No original: “When judges overrule a precedente they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.”

⁸² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 118.

⁸³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 118-119.

⁸⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, p. 172.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O NCPC, entre avanços e retrocessos, comprovou grande acerto ao romper, ainda que em partes, com a teoria do processo como relação jurídica, formulada por Oscar von Bulow e se aproximar da teoria constitucionalista do processo, constitucionalizando diversos direitos-garantias de ordem processual. Harmonizando o presente Código com a Lei Maior de 1988, o Legislador pátrio mostrou-se atento à tendência mundial de interpretar todo o Ordenamento Jurídico a partir das normas, preceitos e garantias fundamentais previstas no texto constitucional.

Todavia, como exposto ao longo do trabalho, a exposição de motivos do NCPC, bem como seu conteúdo normativo, revelam erros técnicos já devidamente endereçados e criticados no revogado CPC/73, o que mostra verdadeira desprezo às conquistas e avanços científicos no campo do Direito Processual, bem como a desatenção da comissão de juristas, como é o caso da aplicação de terminologia dúbia e imprecisa.

Ademais, nota-se patente aproximação do Código com o sistema saxônico de Direito do *Common law*, com a incorporação de um sistema de “precedentes à brasileira”, à pretexto de uma busca pela celeridade, eficiência jurisdicional e segurança jurídica, ainda que tal busca provoque arranhões ao devido processo constitucionalizado, como é o caso de uma possível aplicação descuidada da norma prevista no art. 332, do NCPC, desgarrada das normas fundamentais previstas nos primeiros artigos do NCPC.

Dessa forma é que a técnica, ainda que desprestigiada quando da elaboração do NCPC, mostra-se de fundamental importância para se concretizar uma jurisdição plena e eficaz, individualizando os casos concretos e afastando a aplicação automática dos precedentes que dão suporte à improcedência liminar do pedido, por meio da distinção e da superação que, quando empregadas (as aludidas técnicas) já na petição inicial, possibilitam a instauração de um contraditório prévio e eficaz, capaz de possibilitar as partes o espaço procedimental necessário para, além de se contradizerem bilateralmente, influenciarem na formação do provimento final,

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

impedindo, assim, a formação da rejeitável e odiosa figura da decisão-surpresa.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luiz Bolzan [coord]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010

BRASIL. **Código de processo civil: histórico da lei**. 1974. v. 1, t. 1, p. 9. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em 16 de julho de 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto**.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). **Novo CPC 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei n. 13.256/16**, 2016

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992**. Cambridge University Press, 1995.

BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ – 2017

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimação democrática** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V. arts. 476 a 565**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**. Trad. M. Amado. São Paulo: Ed. Itatiaia, 1975.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

REZENDE, Marcos. **Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no Estado Democrático de Direito.** - Tese PUC Minas. Belo Horizonte: 2015.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros: 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil v.1** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. **NOVO CPC – Fundamentos e sistematização**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 02 Páginas 03-35
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com