



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

JESSE RODRIGUES FERREIRA

**O NOVO CPC E A GÊNESE DE PRECEDENTES NO 1º GRAU DE
JURISDIÇÃO: a atuação do advogado como primeiro juiz da causa.**

Brasília

2017



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

JESSE RODRIGUES FERREIRA

**O NOVO CPC E A GÊNESE DE PRECEDENTES NO 1º GRAU DE
JURISDIÇÃO: a atuação do advogado como primeiro juiz da causa.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientação: Prof. Henrique Barros Souto Maior Baião, Especialista.

Brasília

2017



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

JESSE RODRIGUES FERREIRA

**O NOVO CPC E A GÊNESE DE PRECEDENTES NO 1º GRAU DE
JURISDIÇÃO: a atuação do advogado como primeiro juiz da causa.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Brasília, 23 de junho de 2017.

Professor orientador: Henrique Barros Souto Maior Baião, Esp
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Carina Milioli Correa, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

RESUMO

O estudo questiona que atuação se apresenta aos advogados, como primeiro juiz da causa, a partir do sistema de precedentes judiciais do novo Código de Processo Civil - NCPC? O objetivo geral propõe analisar que opções de atuação se apresentam aos advogados a partir desse questionamento. Para encontrar respostas foi discorrido sobre a atuação do advogado a partir da análise sistemática do NCPC quanto ao uso de precedentes; e quais as técnicas processuais de operações com precedentes que podem ser utilizadas pelo advogado na sua atuação de atendimento ao cliente, identificados no NCPC. A resposta encontrada indica, a partir de um diagnóstico da atuação dos advogados antes do NCPC, que existem técnicas de operação de precedentes que são mais indicadas para atuação a partir do 1º grau de jurisdição, o que implicitamente aponta para a necessidade de mudança cultural e comportamental dos advogados em relação ao sistema de precedentes no NCPC.

Palavras-chave: NCPC. Sistema de precedentes. Atuação do advogado.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 CAPÍTULO 1: A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NCPC....	9
2.1 A gênese de precedentes no 1º grau de jurisdição.	
2.2 Técnicas de operação dos precedentes.	
3 CAPÍTULO 2: A ATUAÇÃO DO ADVOGADO COMO 1º JUIZ DA CAUSA..	17
3.1 A atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais antes do NCPC.	
3.2 A expectativa da atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais a partir do NCPC.	
4 CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS.....	27



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

1.INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil (NCPC), foi positivado uma sistemática de vinculação das decisões jurisdicionais, um sincretismo entre os sistemas Civil Law, de origem romano-germânica e Common Law, de origem anglo-saxão, são os chamados precedentes judiciais.

A pesquisa tem dois capítulos, no primeiro é tratado da força normativa dos precedentes no NCPC, estabelecendo o marco teórico da pesquisa. O capítulo é dividido em: gênese de precedentes no 1º grau de jurisdição; e técnicas de operação dos precedentes.

No segundo capítulo é tratado a atuação do advogado como primeiro juiz da causa, que é dividido em: atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais antes do NCPC; e a expectativa da atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais a partir do NCPC. O capítulo compara o papel do advogado antes e depois do NCPC utilizando como categoria da pesquisa o sistema de precedentes estabelecido no NCPC.

Partindo do pressuposto da positivação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil, a partir do Novo Código de Processo Civil de 2015, que atuação se apresenta aos advogados, como primeiro juiz da causa, a partir do sistema de precedentes judiciais do novo CPC?

O que o operador do direito observa no sistema jurídico brasileiro, no seu aspecto derivado do modelo romano-germânico, quanto as orientações jurisprudenciais consolidadas, é que esse sistema civil law foi, no Brasil, gradativamente se aproximando, na prática forense, do sistema common law, no que tange ao aspecto do uso de precedentes judiciais, inicialmente com os precedentes obrigatórios, em seguida com os precedentes vinculantes e aqueles que foram sendo construídos paralelamente, os precedentes persuasivos.

Embora o costume de utilizar e debater sobre os precedentes tenha chegado até as partes dos processos, os operadores do direito, em especial os advogados não têm um procedimento próprio e uniforme, embora se utilizem de algumas técnicas processuais



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

relacionadas aos precedentes.

Com a sistemática de vinculação das decisões jurisdicionadas adotada pelo novo CPC criou-se a necessidade dos operadores do direito repensarem seus papéis diante dessa evolução processualística.

A questão levantada nesta pesquisa é, portanto, investigar como vindo se desenvolvendo a atuação dos advogados, antes do sistema de precedentes judiciais do novo CPC, e quais mudanças devem ocorrer nessa atuação a partir do novo CPC.

O objetivo geral da pesquisa é analisar que opções de atuação se apresentam aos advogados, como primeiro juiz da causa, a partir do sistema de precedentes judiciais do novo CPC.

Para atingir o objetivo geral são traçados os seguintes objetivos específicos:

- a) Discorrer sobre a atuação do advogado a partir da análise sistemática do novo CPC quanto ao uso de precedentes.
- b) Identificar, no novo CPC, quais as técnicas processuais de operações com precedentes que podem ser utilizadas pelo advogado na sua atuação de atendimento ao cliente.

A metodologia da pesquisa tem como modelo teórico o histórico crítico, considerando a percepção da historicidade sobre o tema dos precedentes. Quanto a profundidade do estudo é explicativa, já que apesar de ser um tema novo no aspecto normativo, já é explorado pela doutrina e pelos pesquisadores acadêmicos. O estudo é, também, descritivo-analítico, com método de coleta de dados por meio de pesquisa do tipo bibliográfico e documental, de onde serão extraídas os conceitos, definições e comparação entre os autores selecionados, textos normativos, jurisprudência e precedentes nacionais. A seleção dos autores tem por critérios, em parte por publicações provenientes de teses ou dissertações sobre o tema em estudo e em parte por publicações publicadas após a publicação do novo CPC.

A pesquisa é teórica, pois como a normatização dos precedentes é recente os dados empíricos são praticamente mínimos. Quanto a utilização dos resultados da pesquisa, ela é aplicada, pois objetiva descobrir como um preceito normatizado pode ser



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

utilizado por advogados no exercício da profissão, pois pretende subsidiar a prática advocatícia por meio da teoria acadêmica.

A abordagem metodológica é qualitativa, pois pretende analisar o tema do uso dos precedentes na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, com foco na aplicação da normatização realizada no novo CPC.

O universo da pesquisa é delimitado pelo tema em dois aspectos, geograficamente pelo território nacional juridicamente considerado por seu ordenamento jurídico, e temporalmente a partir da publicação do novo CPC, ou seja, de 2015 até o ano de 2016 que é o limite temporal de elaboração da pesquisa.

O instrumento de coleta de dados será o de consultas a bibliografia e documentos, e utilizado as técnicas de seleção de fontes, registros sistemáticos dos conceitos, teorias e demais dados inerentes ao objeto da pesquisa, bem como pela técnica de apontamentos sobre esses conteúdos, permitindo analisá-los e criticá-los.

A organização dos dados será realizada por meio da análise de conteúdo, estabelecimento de relação entre os dados, as interpretações dos autores das fontes coletadas e da interpretação deste pesquisador.

A análise de conteúdo, aponta os textos das referências bibliográficas como ponto de partida da coleta de dados, enquanto que na definição das categorias de análises o ponto de partida são as categorias do campo de pesquisa: precedentes judiciais, jurisprudência, súmula, ementa, razões de decidir, argumentos de passagem, técnica processual de aplicação de precedente judicial, técnica processual de superação de precedente judicial.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

2. CAPÍTULO I - A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NCPC.

O marco teórico da pesquisa parte de um pressuposto, de que a cultura dos operadores do direito está desenvolvendo uma indiferença em relação aos resultados da desigualdade nas decisões judiciais, ou seja, ao direito judicado. Há uma sensação difusa, no cotidiano forense de que o advogado não consegue fazer evoluir o direito a partir de sua prática profissional, o que aponta para uma relação com o objeto da pesquisa, a atuação do advogado com o uso dos precedentes judiciais no Brasil, a partir do novo CPC.

Esse pressuposto foi analisado, teoricamente, na obra a ética dos precedentes (MARINONI, 2016b) que aponta essa indiferença como uma das razões que explica o comportamento dos operadores do direito no Brasil, desenvolvido, culturalmente, como uma resistência ao uso de precedentes, o que pode afetar a eficácia dos precedentes normatizados pelo novo CPC.

O levantamento bibliográfico aponta como essa limitação, dos nossos operadores do direito, ocorreu com a evolução da jurisprudência:

Ocorre que a ascensão do Direito jurisprudencial nos países ligados ao *civil law*, como é o caso do Brasil, não pode se limitar à previsão, cada vez mais frequente, de decisões judiciais dotadas de efeitos vinculantes. A operação com precedentes judiciais exige muito mais da comunidade jurídica. (LIMA, 2013,p.25)

A evolução do direito, em especial, do direito jurisprudencial, no Brasil, aponta para uma formatação híbrida entre *civil law* e *common law*, o que pode indicar um começo da superação das limitações da cultura jurídica da indiferença em relação as desigualdades das decisões do nosso sistema judiciário. O diálogo entre os autores aponta para a busca da questão central, como na passagem a seguir:



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

A questão fulcral (ou a pergunta que não quer calar...), à vista da crescente potencialização da jurisprudência dominante ou sumulada, consiste em saber se o Brasil segue sendo um país legicêntrico, integrante da família *civil law*, com o primado dos direitos e obrigações firmado na norma legal, ou se o seu regime jurídico político já se alterou, tornando-se híbrido ou eclético, postado num ponto equidistante entre o *civil law* e *common law*.. (MANCUSO, 2016,p.27)

É importante destacar, desde já, que essa polaridade entre as famílias jurídicas, quanto ao aspecto da razão de decidir nasceu de um equívoco histórico e não tem razão de ser, pois os precedentes, apesar de fazer parte do *common law* não é parte fundante dessa família jurídica, como é apontado na citação abaixo:

Embora os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* – isto é, a eficácia vinculante dos precedentes – tem sustentação especialmente na igualdade, na coerência do direito e na segurança jurídica. Ainda que seja costume pensar o *stare decisis* como aspecto indissociável do *common law*, a verdade é que o primeiro surgiu no curso do desenvolvimento do segundo para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas. (MARINONI, 2016a,p.11)

O sistema *civil law* foi, no Brasil, gradativamente se aproximando, na prática forense, do sistema *common law*, no que tange ao aspecto do uso de precedentes judiciais (MELLO, 2008), inicialmente com os precedentes obrigatórios, em seguida com os precedentes vinculantes e aqueles que foram sendo construídos paralelamente, os precedentes persuasivos. O que parece essencial compreender em relação da teoria dos precedentes, é que nos países com maior cultura do seu uso, os precedentes são respeitados da mesma forma que uma lei é respeitada nos países da família *civil law*.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, o respeito aos precedentes é possível mesmo inexistindo dispositivo legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de seguir pronunciamento judicial anterior, ou que lhe confira eficácia vinculante. (ROMÃO;PINTO, 2015,p.31)



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

2.1 A gênese de precedentes no 1º grau de jurisdição.

Um precedente nasce de uma questão de fato que gera a parte da decisão judicial de onde se pode extrair a razão de decidir (MARINONI, 2016a). O conceito amplo de precedente, segundo a doutrina, é: “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” (DIDIER JR et alli, 2013, p.385). Já o conceito de precedente adaptado à realidade brasileira é formulado como: “precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.” (CRAMER, 2016, p.86).

A gênese de um precedente no 1º grau de jurisdição ocorre quando o advogado analisa o caso concreto em questão, a legislação aplicável, a jurisprudência e os prováveis precedentes já existentes e percebe duas saídas para a melhor solução da causa: a superação de precedente já existente ou uma nova tese que pode ser aplicada gerando uma saída original. Ela terá o potencial de formar no futuro um novo precedente.

Essa saída original ao chegar num magistrado que enxergue essa originalidade e que concorde com ela, poderá inserir como causa de decidir em sua sentença, o que também pode ocorrer a partir do próprio magistrado quando tem a percepção de que sua decisão tem o potencial de formar um precedente: “ (...) se o magistrado é consciente de que a sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, a sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente intensificam-se” (MARINONI, 2016a, p.89).

A doutrina é um dos nascedouros dos futuros precedentes, pois sendo um repositório dos debates teóricos sobre a ciência do direito, é nela que os operadores do direito vão buscar a base para suas reflexões, criando uma espiral evolutiva do direito que vai da doutrina, passando à jurisprudência, precedentes, influenciando nas mudanças da legislação “o direito só se define à luz do caso concreto, por um processo circular que parte da pré-compreensão do texto, passa pelas peculiaridades da demanda, e retorna à norma” (MELLO, 2008,p.49), da mesma forma afirma-se:



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

(...) a possibilidade real e desejável de que a jurisprudência participe positivamente da formação de novas regras jurídicas, não apenas criando direitos para os casos concretos, mas, especialmente, aperfeiçoando o sistema do qual faz parte e influenciando, quando necessário, a própria atividade legislativa (LIMA, 2013, p.401)

Partindo da compreensão atual da doutrina, de que o texto normativo se diferencia da norma, a decisão judicial cria a norma quando interpreta o dispositivo legal (CRAMER, 2016). Logo se numa decisão judicial, em 1º grau de jurisdição, a razão de decidir, tem o potencial de superar um precedente ou apresentar uma nova tese, que resolve um caso concreto específico, por meio da interpretação do texto normativo, poderá ser, no futuro, um precedente.

Para Lima (2013) a ausência de formação dos operadores do direito, no Brasil, sobre precedentes é um dos principais fatores de resistência ao uso de precedentes persuasivos, para modificar esse panorama é necessário o estudo das técnicas de operação dos precedentes, embora a confrontação jurisprudencial seja um hábito, sem muita reflexão, da comunidade jurídica brasileira como descrito na citação abaixo:

Ainda que de forma inconsciente, a técnica de confrontação jurisprudencial é realizada pela comunidade jurídica no Brasil. É, destarte, mais corriqueira do que se pode imaginar. A crescente valorização da autoridade do Direito judiciado, indubitavelmente, contribuiu para que o estudo de casos e o confronto entre eles se tornassem, ainda que de maneira impensada, um hábito dos magistrados, dos advogados públicos e privados, dos membros ministeriais e até mesmo das partes. (LIMA, 2013, p.212).

2.2 Técnicas de operação dos precedentes.

Os precedentes, enquanto subsistema do sistema processual brasileiro, sofre resistência, pelo menos inicial, dos operadores do direito no Brasil, assim apontam diversos autores como Lima (2013), Donizetti (2016) e Mello (2015). Assim os operadores necessitam primeiro de uma tomada de consciência do papel dos precedentes no direito pátrio, para em seguida, por meio de estudos, pesquisas sentirem



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

segurança de inserir em suas práticas forenses o uso do sistema de precedentes, portanto o passo inicial é uma mudança cultural como apontado abaixo:

A efetivação do sistema de precedentes do novo CPC e, por conseguinte, a construção de uma teoria para explicá-lo constituem tarefas difíceis, que enfrentam resistência de parte da comunidade jurídica por serem temas peculiares à outra tradição jurídica e por exigirem uma significativa mudança da nossa cultura processual. (CRAMER, 2016,p.12)

Essa resistência não é apenas pessoal, dos operadores, mas sistêmica, pois inerente à própria formação dos sistemas jurídicos como afirmou Bourdieu:

A constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos. A competência jurídica é um poder específico que permite que se controle ao cesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele e a forma específica de que se devem revestir para se constituírem em debates propriamente jurídicos só ela pode fornecer os recursos necessários para fazer o trabalho de construção que, mediante uma seleção das propriedades pertinentes, permite reduzir a realidade à sua definição jurídica, essa ficção eficaz. O corpo dos profissionais define-se pelo monopólio dos instrumentos necessários à construção jurídica que é, por si, apropriação: a importância dos ganhos que o monopólio do mercado de serviços jurídicos assegura a cada um dos seus membros depende do grau em que ele pode controlar a produção dos produtores, quer dizer, a formação, e sobretudo, a consagração pela instituição escolar dos agentes juridicamente autorizados a vender serviços jurídicos e, deste modo, a oferta dos serviços jurídicos. (BOURDIEU, 1989,p.233)

O que os operadores do direito brasileiro que entendem como funcionam o sistema jurídico e seu poder simbólico, temem do sistema de precedentes, é que ele seja de certa forma libertador, ou no mínimo mais acessível, permeável à influência e acompanhamento social das decisões jurídicas, embora as expectativas sejam positivas e provavelmente inevitáveis: “não é incomum encontrarmos resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais. No entanto, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é que a jurisprudência ganhe musculatura, a fim de que possa solucionar as situações



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

que não podem ser resolvidas por meio da aplicação literal da lei.” (DONIZETTI, 2015a, p.17).

Por todas essas razões acima expostas é que o caminho da mudança cultural pode ser acelerado pelo estudo do sistema de precedentes que nasce com o NCPC. Para isso é preciso conhecer as técnicas básicas de operações dos precedentes.

a) Aplicação

No caso dos precedentes persuasivos, a aplicação de precedente ocorre como instrumento de fortalecimento da argumentação jurídica, se aceita pelo juiz. O NCPC prevê no inciso V do §1º do art.489 que o juiz precisa demonstrar analiticamente como o precedente proposto se encaixa na razão de decidir no caso concreto, sendo, portanto, necessário a identidade de tese jurídica e semelhança de fatos entre precedente e o caso em julgamento (CRAMER, 2016).

Sendo o caso de aplicação de precedente vinculante, a diferença fundamental é que o juiz tem o dever de empregar o precedente, e ainda motivar a adoção do precedente e abrir o contraditório prévios entre as partes.

b) Rejeição

A rejeição ocorre quando, um precedente persuasivo é invocado por uma das partes e o juiz decide não aplicá-lo, e deverá justificar de forma específica sua decisão, expondo seus motivos de discordância, seja porque entenda que a distinção entre o caso concreto e o precedente ou por verificar que a superação do precedente invocado. Quando o precedente for vinculante, basta rejeitar de forma motivada (idem, 2016).

c) Distinção

A distinção ocorre quando diante de um caso idêntico, ainda que haja alguma diferença fática entre o primeiro e o segundo, ocorre uma distinção entre os dois casos,



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

a decisão tem o efeito de restringir o alcance do precedente (MELLO, 2015). Essa restrição gera a espécie de distinção inconsistente, onde a ocorrência desse tipo de distinção demonstra que o precedente está perdendo a força (MARINONI, 2016a).

d) Superação

A superação é a revogação de um precedente por outro precedente decidido pela mesma corte que proferiu o anterior ou por uma corte superior, a ocorrência de superação deve ocorrer de forma excepcional, para que haja estabilidade da jurisprudência, e assim um dos requisitos da segurança jurídica do sistema de precedentes estará garantido (CRAMER, 2016). Essa superação depende do confronto entre os requisitos básicos para a superação, que são a congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, e os critérios para estabilidade do sistema de precedentes (MARINONI, 2016a).

A superação está prevista no §3º do art.927 do NCPC, embora essa previsão seja da superação total do precedente, pode ocorrer a superação parcial, que ocorre quando um novo entendimento restringe a aplicação da norma do precedente.

e) Transformação ou superação implícita

A transformação é uma técnica que opera a modificação do sentido do precedente para aplicá-lo ou não ao caso concreto. É uma negação implícita do conteúdo, o que para Cramer (2016) é uma superação implícita. Na transformação há uma tentativa de reconfiguração do precedente sem revogá-lo, buscando compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso concreto (MARINONI, 2016a).



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

f) Sinalização

A sinalização é uma técnica que prepara a superação de um precedente, por meio da identificação do desacerto do precedente, avisando o precedente poderá ser modificado no futuro, mas não o faz na sentença que decide o caso concreto (CRAMER, 2016). Observe-se que não se ignora que o conteúdo do precedente está equivocado, mas considerando a segurança jurídica, evita-se revogá-lo, apontando para a perda de consistência do precedente, sinalizando que a tendência no futuro é de revogação do precedente invocado no caso concreto (MARINONI, 2016a).

Pode-se concluir que a força dos precedentes está, de uma parte, numa maior participação da sociedade, pelo menos por meio dos advogados privados, advogados públicos e do ministério público, nas argumentações que podem formar e modificar precedentes; de outra parte na mudança do próprio sistema ao tornar-se mais coerente, com maior segurança jurídica e mais permeável à mudança. Nessa perspectiva a atuação dos advogados será analisada no próximo capítulo.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

3. CAPÍTULO II - A ATUAÇÃO DO ADVOGADO COMO 1º JUIZ DA CAUSA.

Um cidadão brasileiro quando sente que tem algum direito violado tem acesso ao judiciário? Essa é uma questão relativa, pois se o acesso for limitado apenas para conseguir iniciar uma ação judicial, a resposta é pouco acesso. Pode-se argumentar que o acesso é pleno já que é notório que o judiciário vive abarrotado de processos, realmente os números de 2015 da pesquisa anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam nessa direção com uma “taxa de congestionamento bruta de 72,2%” (CNJ, 2016,p.49).

Contudo segundo os números da mesma pesquisa, a classe de demanda que pode ser relacionada diretamente à população trabalhadora é a de “Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias” com 17,01% de todas das demandas no ano de 2015, seguida da demanda de “dívida ativa” com 5,96% e “Obrigações/Espécies de Contratos” com 4% (CNJ, 2016,p.75), sendo que essas duas demandas não são demandadas pelos pobres. E nenhuma das três são dos mais pobres, pois estes nem sequer tem um trabalho formal.

Um outro argumento de acesso ao judiciário, mesmo que de forma indireta, ocorre por meio das Defensorias Públicas. Porém, segundo dados publicados em 2013 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) somente 28% das comarcas brasileiras são atendidas pela Defensoria Pública (ANADEP, 2013, p.49).

Contudo a Defensoria Pública faz parte da Advocacia, e engloba, portanto, a atuação do advogado como aquele profissional que primeiro tem contato com o cidadão em busca de saber sobre seus direitos, em saber se a demanda apresentada é judicializável, juridicamente viável, sendo um dos diagnósticos mais importantes do ordenamento jurídico, considerando a variável acesso ao judiciário.

Para alcançar o objetivo deste trabalho é necessário entender como os advogados atuaram por meio de precedentes antes do NCPC e qual pode ser a postura após o NCPC.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

3.1 A atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais antes do NCPC.

O advogado, seja público ou privado, de acordo com as características institucionais de cada setor de atuação, é o profissional do direito que primeiro atende ao cidadão que busca entender sobre seus direitos e demandar no judiciário. Essa assistência é prevista na Constituição federal e na legislação infraconstitucional, como descrito abaixo:

A advocacia constitui um múnus público: advogar é uma faculdade e um dever do inscrito na OAB, cumprindo à classe dos advogados um dever de garantir a todos a assistência jurídica que necessitem. Em fato, sendo o advogado indispensável para a administração da justiça (artigo 133 da Constituição), o exercício das pretensões jurídicas (artigo 5º, XXXV), o gozo do direito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV) e o direito à ampla defesa, com meios e os recursos a ela inerentes (artigo 5º, LV), implica a representação postulatória por advogado, excetuadas as raras hipóteses de procedimentos simplificados e de pequeno valor, cíveis e trabalhistas, nas quais se faculta (mas não se obriga) a postulação em nome próprio por leigos. (MAMEDE, 2014,p.200)

A análise da doutrina, na atuação dos advogados em relação aos precedentes antes do NCPC indica uma postura passiva ou reativa, restringida pelo *modus operandi* do judiciário nessa questão, em especial na visão individualista e descomprometida do juiz (MARINONI, 2016b), propiciando uma série de equívocos judiciais como apontados a seguir:

A aplicação desuniforme de um precedente judicial por equívoco interpretativo do julgamento paradigma; a indevida distinção de casos assumidamente semelhantes; a aplicação de entendimento já superado pela Corte superior ou pela própria Corte; o desrespeito a um precedente dotado de efeitos vinculantes; a incompreensão do princípio jurídico objeto da decisão e dos esforços argumentativos etc - todos esses equívocos judiciais são mais comuns do que poderiam ser caso efetivamente existisse, minimamente, uma política de precedentes. (LIMA, 2013, p.134)



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

Muito embora o direito tenha evoluído de um positivismo restrito a lei para uma nova hermenêutica que exige uma interpretação humana sobre os princípios gerais do direito e das cláusulas abertas, a atuação dos advogados na busca do uso e superação de precedentes tem se mostrado limitada pela força das decisões judiciais que não respeitam decisões anteriores sob casos semelhantes (MELLO, 2008), como adverte o autor abaixo:

A decisão jurídica é resultado de um sistema e não um ato isolado por parte de um Magistrado ou Tribunal. A prolação de uma decisão compreende não só a atuação do julgador, mas em especial as teses debatidas pelos advogados para influir no convencimento judicial e, via reflexa, na solução do direito; revelando a necessidade da argumentação jurídica para que seja legítima. (FUGA;SABIÃO, 2014, p.5)

Há uma unanimidade na doutrina, que os operadores do direito, em especial os advogados, limitam-se a tratar os precedentes como uma mera citação de ementas, sem analisar as razões de decidir (MARINONI, 2016; MELLO, 2008; LIMA, 2013; MACUSO, 2016; DONIZETTI, 2016).

No Brasil, aplicadores do direito costumam tratar precedentes e ementas como sinônimos. Essa concepção equivocada, além de prejudicar a aplicação daqueles, impõe graves dificuldades para a edificação do *stare decisis* brasileiro. Tal desordem é pragmática, e não conceitual, eis que o órgão julgador utiliza a ementa como se esta representasse a essência do precedente, fragilizando a apreciação cautelosa de particularidades fáticas do caso e da argumentação desprendida pelas partes. (ROMÃO;PINTO, 2015, p.42)

Diante dos apontamentos da doutrina de que os advogados atuaram, antes do NCPC em relação aos precedentes de forma não científica, é preciso coletar as informações que apontem quais as expectativas da doutrina quanto a esses mesmos aspectos.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

3.2 A expectativa da atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais a partir do NCPC.

Como exposto em todo o ponto anterior, a expectativa da atuação dos advogados em relação aos precedentes judiciais a partir do NCPC tem dois pontos que se destacam: uma atuação individualista de juízes que resistem ao respeito aos precedentes e uma atuação passiva/reativa dos advogados diante das decisões que não respeitam os precedentes. Em ambas as situações o ponto em comum é a falta de tratamento científico-metodológico das técnicas operacionais com precedentes, esse tipo de observação indica uma concordância de comentários como a do autor abaixo:

antes de adotarmos um sistema de precedentes, é necessário que se promova a familiarização e a compreensão do tema entre os operadores do direito e que se deem condições ao magistrado para que exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas, mas sim com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados. (DONIZETTI, 2016, p.1303)

Diante desse quadro os doutrinadores levantam suas expectativas quanto à postura que os advogados devem ter para modificar essa situação e utilizarem o sistema de precedentes previsto no NCPC de forma mais eficaz. O ponto de partida indicado deve iniciar por mudanças curriculares nas universidades:

A participação dos advogados públicos e privados e dos membros do Ministério Público é tão fundamental quanto a função dos magistrados, visto que elaborações jurisprudenciais que, após pacificada, se convertem em precedentes judiciais derivam de um trabalho previamente desenvolvido por estes operadores do Direito, os quais, por primeiro levantam os fundamentos jurídicos que no futuro poderão ensejar um precedente vinculante ou persuasivo. Para que haja, no entanto, esse desenvolvimento das diversas carreiras jurídicas no estudo científico de um assunto que sequer é objeto das grades curriculares na maior parte das universidades do País, faz-se mister que haja um movimento oficial patrocinado. (LIMA, 2013, p.136)



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

A partir da implementação no sistema de ensino das ciências jurídicas brasileiras, do estudo científico sobre os precedentes, os juristas apontam como imprescindível a construção de uma doutrina específica que demonstre as ferramentas e técnicas necessárias para o desenvolvimento e aplicação do sistema de precedentes preconizado no NCPC:

O trabalho com precedentes normativos (e impositivos intermediários) demanda, por outro lado, o desenvolvimento de uma doutrina específica, que organize as ferramentas necessárias à extração da regra por eles gerada e ao confronto de suas peculiaridades com novos casos. (MELLO, 2008, p.320)

Organizada cientificamente uma doutrina específica a gênese do precedente no 1º grau de jurisdição começa com a atuação do 1º juiz da causa, o advogado, que deverá indicar o precedente a ser utilizado no caso concreto, bem como a possível superação de algum precedente, como aponta o autor abaixo:

é necessário fazer uma importante observação no tocante à atuação dos advogados. É de fundamental importância que os operadores do direito conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores. É que, como primeiro juiz da causa, caberá o advogado indicar ao julgador o precedente a ser aplicado, demonstrando, obviamente, a semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, se o for o caso, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto. Essa postura evitará o ajuizamento de ações e recursos desnecessários, e tornará mais segura a consulta acerca das possíveis consequências de uma demanda (DONIZETTI, 2016, p.1317).

O NCPC em seu art.6º prevê o princípio da cooperação entre todos os participantes do processo, advogados, partes, Ministério Público, o Juiz e qualquer outro que participe. É nessa fase, onde a ação já teve início que começa o amadurecimento do debate teórico sobre o precedente utilizado na ação, conforme afirma o autor a seguir:



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

O precedente é formado a partir dos esforços de advogados, juízes e demais envolvidos na atividade processual, amadurecendo de acordo com a apreciação dos mais diversos pontos de vista expostos durante a tramitação da demanda, até atingir nível compatível com a fixação de texto normativo apto a ser interpretado pelos órgãos jurisdicionais seguintes, incumbidos de moldar e extrair a norma do precedente. (ROMÃO;PINTO, 2015, p.164).

Após o embate teórico será o poder judiciário que determinará, por meio da sentença se determinado precedente é aceito ou superado: “o Judiciário, ao decidir um caso, exerce duas atribuições distintas: ele soluciona um conflito concreto e, ao mesmo tempo, define a regra que orientará o futuro. Por isso estas duas atividades merecem ser objeto de teorias operacionais específicas.” (MELLO, 2008,p.264-265).

O advogado também exerce um papel de legitimador das sentenças, seja a favor ou contra determinado precedente, o que enriquece a evolução do uso dos próprios precedentes, das teorias e doutrinas relacionadas.

a legitimação da sentença decorre da efetiva participação e defesa dos litigantes, destacando ser inviolável a atuação profissional do advogado, pois este possui relevante papel na construção dos precedentes, haja vista a contribuição criativa desse profissional no desenvolvimento de entendimentos jurisprudenciais (ROMÃO;PINTO, 2015, p.165).

Concluído o ciclo de criação ou superação de um precedente o advogado tem o papel de recomençar o ciclo, ao atender o cliente, informando-o sobre o *status* de precedentes aplicáveis ao caso concreto que o cliente apresenta.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

O maior responsável pela orientação jurídica é o advogado. Em todas as democracias cabe à classe dos advogados a pesada e grave responsabilidade de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos. É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do judiciário. O conhecimento da legislação e da doutrina, embora importantes, não permite ao advogado passar ao cidadão as informações que ele realmente precisa saber para decidir sobre a oportunidade de realizar um negócio, incrementar a sua atividade ou tomar qualquer outra decisão com repercussão jurídica. (MARINONI, 2016a, p.132-133).

Diante de todos esses aspectos que a doutrina levanta como papel do advogado na relação com os precedentes a partir do sistema de precedentes criado pelo NCPC, as quatro técnicas mais usuais que o advogado precisa saber aplicar em relação aos precedentes são:

a) Aplicação (Relacionar a razão de decidir com o caso concreto): identificar a razão de decidir que pode ser extraída de determinado precedente, a partir do caso concreto apresentado pelo cliente. (MELLO, 2008)

A identificação da razão de decidir exigirá o esforço argumentativo para a aplicação do precedente, que pode gerar uma alta probabilidade de acolhimento de deferimento de uma tutela da evidência ou de uma tutela de urgência.

b) Distinção entre razão de decidir e fatos incidentais (obter dictum): consistirá na identificação da existência de particularidades que justificam a não extensão da norma jurídica extraída do precedente ao caso concreto, por falta de semelhança. A força vinculante do precedente é aceita, mas se argumenta pela impossibilidade de aplicação no caso específico (MARINONI, 2016a).



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

c) Superação: Argumenta-se pelo afastamento da aplicabilidade do precedente em razão de estar superado, seja por incongruência social, seja por incongruência sistêmica (MELLO, 2008). É um dos momentos de maior esforço argumentativo, pela resistência dos juízes e tribunais.

d) Modulação dos efeitos: além da busca pela estabilidade jurisprudencial, vários fatores podem influenciar a mudança da regra jurídica do precedente adotado, ocorrendo uma mudança jurisprudencial. (MARINONI, 2016a). O advogado deverá saber manejar que tipo e duração da modulação poderá argumentar a favor do direito de seu cliente.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

4. CONCLUSÃO

O estudo levantou o seguinte problema de pesquisa: Que atuação se apresenta aos advogados, como primeiro juiz da causa, a partir do sistema de precedentes judiciais do novo CPC? E traçou como objetivo geral analisar que opções de atuação se apresentam aos advogados a partir desse questionamento.

Para encontrar respostas foi percorrido sobre a atuação do advogado a partir da análise sistemática do novo CPC quanto ao uso de precedentes; e quais as técnicas processuais de operações com precedentes que podem ser utilizadas pelo advogado na sua atuação de atendimento ao cliente, identificados no NCPC.

Ao discorrer sobre a atuação do advogado quanto ao uso de precedentes foi identificado, na bibliografia sobre precedentes, que existe uma indiferença, desenvolvida pela cultura jurídica nacional, de resistência, pessoal e sistêmica, ao uso de precedentes, manifestada por uma postura passiva ou apenas reativa, que é agravada por um *modus operandi* de uma visão individualista e descomprometida de alguns membros do Poder Judiciário que limita a atuação do advogado que faça evoluir ou superar precedentes, por fim há unanimidade entre os autores especializados de que a maioria dos advogados tratam os precedentes como uma mera citação de ementas.

Quanto as técnicas de uso dos precedentes foram identificadas aquelas que possuem o potencial de ampliar a qualidade da operação com precedentes a partir do sistema do NCPC, ainda a partir do 1º grau de jurisdição.

As técnicas apresentadas são respostas à pergunta da pesquisa, como na primeira técnica, a de aplicação que é exatamente saber identificar a razão de decidir que pode ser extraída de determinado precedente, a partir do caso concreto, considerada a parte mais desprezada na prática dos advogados.

Nas demais técnicas apresentadas são tratados os demais aspectos que foram considerados, na pesquisa, como representativos na atuação do advogado, no 1º grau de jurisdição, em relação aos precedentes.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

Conclui-se, portanto, que o estudo encontrou uma resposta para o questionamento de como pode ser a atuação do advogado, no 1º grau de jurisdição, a partir do sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil, outras respostas dependem de pesquisas mais profundas e com um escopo mais abrangente.

A resposta encontrada embora seja limitada à técnica, o pano de fundo abrange uma mudança cultural e comportamental do advogado, onde o próprio NCPC propõe um protagonismo maior do advogado em relação ao velho CPC, pois agora há uma proposta de maior equilíbrio, da participação no processo, de todas as partes envolvidas.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

REFERÊNCIAS

ANADEP, Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. DIFEL, São Paulo, 1989.

BRASIL, **Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília. 17mar2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 22out2016.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 236p.

DA CÂMARA MOREIRA, Amanda Oliveira; PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Argumentação jurídica e precedentes judiciais: o papel do advogado à luz do novo código de processo civil**. Revista Pesquisas Jurídicas, v. 5, n. 2, p. 19, 2016.

DIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2013).

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **A força dos precedentes no novo código de processo de civil**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 175, 2015a.

_____. **O novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015b.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio; SABIÃO, Thiago Moreira de Souza. **O desafio do advogado no controle das decisões judiciais: o déficit de fundamentação na era dos precedentes**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1167, 05 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6711-o-desafio-do-advogado-no-controle-das-decisoes-judiciais-o-deficit-de-fundamentacao-na-era-dos-precedentes-1>. Acesso em 22 mar 2017.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC**. Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, v. 1, n. 6, 2011.



Campus UnisulVirtual
Pós-graduação *lato sensu* (especialização)
Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil**. 6ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de precedentes**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 646p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. 396p.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b. 125p.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro. Forense, 2015. 399p.

_____. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro. Renovar, 2008. 348p.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O novo código de processo civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro. Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 185-210, 2014.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico; DIDIER JR., Fredie. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução**, p. 301-334, 2015.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Precedente judicial no novo CPC: tensão entre segurança e dinâmica do direito**. Curitiba: Juruá, 2015. 240p.

PINTO, Pedro Duarte. **O sistema de precedentes no novo código de processo civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 12, n. 12, 2013.

ZANETI JR, Hermes. **Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil**. In: Revista de Processo. 2014. p. 293-349.