
SENTENÇA JUDICIAL COM CARACTERÍSTICAS DE DECISÃO ADMINISTRATIVA: críticas ao ativismo judicial e a intenção secundária dos precedentes

Judicial Judgment with Administrative Decision Characteristics: criticisms of judicial activism and the secondary intention of precedents

Ana Paula Soares Da Silva Costa¹

Roberta Salvático Vaz de Mello²

Resumo: O presente artigo trata em linhas gerais da introdução dos precedentes no sistema de processo brasileiro. De famílias distintas os dois sistemas que se tem conhecimento na atualidade, mostram se incompatíveis de conviverem juntos pacificamente, não obstante parte da doutrina e massivamente o poder judiciário entender massivamente pela aplicação simultânea de ambos os sistemas. Ponto que também se faz importante, é a análise sistematizada da intenção secundária da introdução do sistema Common Law no direito brasileiro, por fim restará demonstrado que esse momento supostamente transicional dos sistemas, não passa de uma problemática administrativa interna dos tribunais em resolver a diminuição do número de demandas, vista o grande problema que hoje tem em torno de suas próprias finanças e para além de seus problemas internos, aqueles que lhe dificultam a boa prestação jurisdicional advinda da crise de representatividade e a malversação dos recursos pelo executivo, que limita políticas públicas e induz o judiciário na toma de decisões inadequadas por vezes.

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Precedentes. Poderes públicos. Decisões administrativas. Falha sistêmica

Abstract: This article deals in general the introduction of the previous process in the Brazilian system. Distinct families the two systems which are known today, show it incompatible to coexist peacefully together, regardless of the doctrine and massively judiciary understand massively by the simultaneous application of both systems. Point also makes care is the systematic analysis of the secondary intention of introducing the Common Law system in Brazilian law finally remain demonstrated that supposedly transitional time systems, is merely an internal administrative problem of the courts to resolve the decrease in number of demands, view the major problem that today has about their own finances and in addition to its internal problems, those that hinder you good adjudication arising from the crisis of representation and the misappropriation of funds by the executive, which limits public policy and induces the judiciary in taking bad decisions sometimes.

Keywords: Judicial activism. Precedents. Public authorities. Administrative decisions. Systemic failure.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei 13.105 em 18 de março de 2016, a saber, o Código de processo

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – Famig.

² Doutoranda (Bolsista Capes Taxa) e Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora da Faculdade Minas Gerais e Advogada.

Civil, importantes modificações foram introduzidas na processualística brasileira.

Apesar das anunciadas mudanças do NCPC, trazerem reformas importantes, tais como a extinção das medidas cautelares, sendo substituídas por tutelas de urgência e evidência (um avanço), existe por outro lado, a preocupação de que determinados dispositivos como o Artigo 332, NCPC, sejam fontes de insatisfação logo de sua entrada em vigor.

Certo é, que no Código de Processo, Lei 5925/1973, trazia uma previsão expressa de improcedência liminar das ações em 1º grau nos moldes do artigo 285-A, todavia eram ocorrências tímidas em sede de juízo monocrático de 1º grau. No segundo grau de jurisdição ocorria com mais frequência dada às condições das súmulas impeditivas, sendo causa de impedimento para admissibilidade recursal, até aqui nenhuma novidade.

A novidade, porém, é o aumento do rol de possibilidades de impedimentos da ação, notadamente, um assombro à construção social almejada desde a redemocratização, que leva ao retrocesso, visto que com o advento da conquista da promulgação dos direitos e garantias individuais no Artigo, 5º, XXXV, há expressa previsão da proibição à rejeição de demandas pelo judiciário, quando trata-se de ameaça ou lesão a direito.

Levando em conta, que o princípio do direito de ação ou ainda em sua forma mais pragmática: - Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, vê-se que a legislação em comento, parece ter alçado lugar mais alto sobre a norma constitucional.

Por estas razões singularmente apresentadas, outra razão não pode passar despercebida, que a referida mudança legislativa, tornando possível que se afaste da apreciação determinadas demandas pelo judiciário, vem também de encontro à necessidade do desafogamento do judiciário conforme, inclusive, preconiza a Lei 11.417/2006- Lei de súmulas vinculantes.

Será analisado também, que o resultado final dessa atuação desenfreada do judiciário, muda a formatação dos julgamentos, vislumbrando-se novo formato de sentença, que traz junto a si características das decisões administrativas, com intenção secundária pelo judiciário.

No NCPC em sua narrada exposição de motivos, está clara que a intenção não é a salvaguarda ao jurisdicionado, mas tão somente resolver a priori um problema do volume crescente de demandas, e o consequente esvaziamento do judiciário, sua diminuição de gastos financeiros com a pela diminuição das demandas, já que o processo custa caro ao judiciário e somado a isto seus gastos internos.

Sendo essa percepção nova de sua administração interna corporis, item incorporado pela emenda constitucional 45/2004.

A pedra fundamental (marco teórico) será o Art. 5º, XXXV, CR/88, como princípio informador. Tal princípio, a saber, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, dentro de uma conjectura moderna do processo, por si somente é capaz de nortear todo sistema processual brasileiro como direito e garantia fundamental.

Logo, (diga-se de passagem) não pode permanecer na afronta de um papel institucionalmente não traçado, que prioriza edição de súmulas e precedentes para impedir direitos, bem como secundariamente pretende não apenas assumir atipicamente o papel da legiferância extraordinária como assumir extraordinariamente também a função atípica do executivo por via do ativismo desenfreado.

A JUSTIÇA EM NÚMEROS

Há pouco mais de dez anos era inaugurado o Conselho Nacional de Justiça, de onde, a partir de então se pôde começar a extrair dados em números da justiça brasileira. Com a Emenda Constitucional 45/2004 houve a imposição de uma modelo de gestão para o poder judiciário com a criação do referido órgão (BRÊTAS, 2011).

Com a finalidade precípua de estruturar o funcionamento do judiciário e implementar sua melhora como órgão institucional bem como sua autonomia, assumindo seu papel constitucional e delineamento administrativo, não notou-se melhora no judiciário, contrariamente às expectativas, o número de demandas cresceu em relação as que tiveram solução (BRASIL,CNJ, 2015).

Embora, ainda que haja esforço por meio do judiciário em conhecer e atribuir maior controle dentro da administração do poder judiciário, dentre o maior dos interesses de sua atualidade o Conselho nacional de justiça tenta extirpar a morosidade do judiciário, o que ainda é feito de forma muito tímida, vistas a necessidade e falta de replanejamento gerencial

A missão declarada do CNJ é “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade. Suas diretrizes compreendem o planejamento estratégico e a proposição de políticas judiciárias; a modernização tecnológica do judiciário, a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social.(TEIXEIRA, 2013, p. 131).

É necessário destacar, o papel institucional do judiciário pelo CNJ, além de muito tímido, todas as suas tentativas de ver solucionada a morosidade, o máximo que se conseguiu até o momento foram implementações inconstitucionais como por exemplo são os juizados especiais, e agora em especial a promulgação do Art. 332, Novo Código de Processo Civil, que teve a participação Luiz Fux como principal relator do NCPC

Surpreendentemente, a contradição entre esses meios e o fim declarado (de uma justiça protetora, democrática, acessível a todos) é eliminada não pela reavaliação dos meios, mas pela alteração dos fins! A atualização do conceito de “acesso a justiça” levada a efeito pela Resolução nº 125, DE 29 de novembro de 2010 do CNJ é sintomática desses movimentos, que querem convencer que o acesso à ordem jurídica justa pode ser dar ainda que o acesso ao Judiciário não seja possível a todos (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 133).

Nessa linha de pensamento, o que se pode extrair é, que o grande problema dos tribunais hoje são basicamente, um Estado mal gerido, um legislativo omissos em questões relevantes, que prioriza leis partidarizadas (BAHIA, 2013), que culminará no Estado como maior litigante, numa crise gerencial de mão de obra, no subinvestimento de capital pelo judiciário, e por fim como consequência sua atuação para uma produção exagerada de súmulas.

O Estado como maior litigante

A respeito do Estado ser maior litigante, os próprios números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, deixam claro que hoje o maior utilizador do poder Judiciário é a Administração Pública por meio da sua Autarquia federal -INSS- Instituto Nacional do seguro Social- Segundo o numerário do relatório de 2015, com ano base 2014, é responsável por quase metade das lides propostas na justiça federal brasileira

Os seis maiores litigantes, ou seja, os usuários mais intensivos do sistema judicial, são entes estatais, responsáveis por 53,7% dos casos, não é possível com dados fornecidos pelo CNJ saber se são autores ou réus. O INSS sozinho é responsável por quase metade das demandas na Justiça Federal (43,12%)...(GICO JÚNIOR, 2011, p.111).

A intenção secundária do litígio, onde figura como parte o Estado não dá margens à dúvidas, pelo contrário é bastante clara, pois para encobrir os erros da malversação dos recursos públicos na seara administrativa e seu total desrespeito às leis, tornou-se campeão do desaguamento do crescente número de demandas no judiciário brasileiro como demonstrado alhures.

Como fático exemplo dessa atuação, temos a edição da Súmula 424 STJ, que a seu teor informa, “É legítima a incidência de ISS, sobre serviços bancários congêneres, da lista anexa do DL. 406/1968 e LC. 56/1987”.. Não teria problema algum, não fossem a intenção do aumento de arrecadação, vislumbrado por um precedente que materializa a extensão do rol taxativo da lista anexa do decreto retro. (BRASIL, Superior tribunal de Justiça, Rel. Ministra Eliana Calmon, Agr. Reg em REsp. 800.031, MG, 2007).

Vislumbradas tais questões, e apenas por elas, se não fosse o caso seguir adiante, poderia dizer-se, que o uso indevido do judiciário por parte da Administração pública é gritante! Por conta principal de seu déficit nominal, faz uso reiterado do poder judiciário, que por sua vez, leva a efeito a negativa de direitos sociais tais como, as pensões por morte, estando administração pública como o maior litigante brasileiro, seja como réu ou como autor. Em outras palavras a decisão emanada judicialmente ganha outros contornos, diversos da atuação essencialmente judicante

O consumidor da prestação jurisdicional, em nosso país, muitas vezes se ressentido da efetividade das decisões judiciais, principalmente quando são proferidas contra o Poder Executivo. Este se coloca como se estivesse acima do controle jurisdicional e chega ao absurdo de ‘selecionar’ aquelas decisões que cumprirá. Esta prepotência da Administração Pública coloca em xeque o próprio Estado democrático de direito que tem, dentre outras, a finalidade de por fim ao arbítrio, tanto que se consagrou na nossa Lei Magna a garantia do pleno acesso aos tribunais no art. 5º, XXXV, quando ali ficou preceituado, como cláusula pétrea, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Ora, se nem a lei, ou seja, se nem mesmo o Poder Legislativo que é o representante do povo, pode impedir que o Judiciário proteja um direito ou mesmo afaste uma ameaça a um direito, tanto que se consagrou entre nós o controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, como se admitir que um membro do Poder Executivo se coloque acima deste controle ? (ÂMBITO JURÍDICO, OLIVEIRA; FEUD, 2014).

Não bastasse, toda a narrativa em torno do Executivo, este além de abusar da possibilidade de litígio, impõem sobre os jurisdicionados o abuso de recurso, a execução imprópria, a fila de precatórios. E para tornar válida a sentença contra ele, há de remeter os autos por remessa necessária, afigurando os atos do executivo em nome de um suposto e estranho interesse público, que comete atrocidades

contra o sistema em si.

Quanto ao executivo, este muitas vezes se mostra ineficiente, violador da Constituição, mal pagador, litigante contumaz, e abusador do direito de recurso. Daí que carências no que tange à realização de direitos sociais como saúde e educação acabam desaguando no judiciário, bem como ações contra reiterados ilegais (e inconstitucionais). Quando e juízo, por sua vez, a Administração Pública dificilmente admite seu erro e, em nome de um obscuro interesse público, permanece litigando mesmo quando sabedora de que há entendimento jurisprudencial consolidado em contrário.(NUNES; BAHIA, 2013, p. 57-83).

Logo, é mister concluir, que a prestação da atividade jurisdicional, está afetada não apenas pelo desaguamento de demandas por parte do Executivo, mas causa em virtude disto, uma prestação da atuação judicante atrasada, para ver-se livre, passou à hiperprodução de normas, “entendida por alguns como competência legislativa extraordinária” (FARIA, 2012, p.111), um lamentável meio de vedação à prestação jurisdicional.

Crise gerencial (a mão de obra desqualificada e número inferior de servidores para o necessário para o desempenho adequado e a falta implementação Tecnológica)

Hoje o poder judiciário conta com o número de 16.927 magistrados na justiça geral (juízes de direito e juízes federais), conforme o Conselho Nacional de Justiça, isso representa o número de 5,5 magistrado para cada cem cidadãos brasileiros.(BRASIL, CNJ, 2015).

No âmbito dos tribunais brasileiros, a atuação dos magistrados, conta com formação profissional nas escolas do judiciário de cada Estado, bem como os juízes federais em cada região que são pertencentes.

Todavia, o funcionalismo público de modo geral não tem a mesma sorte dos magistrados, os concursos públicos não buscam aptidão funcional em seus concorrentes, seus candidatos tão somente são testados em conhecimento específico, e em raros casos os conhecimentos técnicos da área de atuação proposta, que acontece por exemplo com Biblioteconomia, Gestores de informática e Arquivistas (GICO JÚNIOR, 2011).

Dentro de um quadro geral, os funcionários do judiciário à exceção dos magistrados, todos demais servidores, não passam por cursos de especialização, como consequência de ordem lógica o sistema é falho pela ineficiência do corpo gerencial.(GICO JÚNIOR, 2011).

Não resolve que os magistrados sejam hábeis, se a sua secretaria não for eficiente com ele conjuntamente. No senso do Conselho Nacional de Justiça em 2015, com ano base 2014 foram apresentados os números do funcionalismo do judiciário brasileiro.

Em 2014, o Poder Judiciário contou com a atuação de **16.927 magistrados**, dos quais 11.631 (68,7%) atuavam na Justiça Estadual (Gráfico 3.7). Ao final do ano, eram 17.558 cargos de magistrados providos e 631 magistrados afastados da jurisdição, sendo que tais afastamentos podem ser em razão de licenças, convocações para instância superior, entre outras. Cumpre informar que existem, criados por lei, 22.451 cargos de magistrados no Poder Judiciário, estando vagos, ao final de 2014, **21,8% desses cargos** (Gráfico 3.10). O número de magistrados no Poder Judiciário tem aumentado desde o ano de 2009, com exceção da redução ocorrida em 2012, resultando em um crescimento de 5,2% em todo o período. Do total de magistrados (16.927), são 77 ministros de Tribunais Superiores

(0,45%)³, 2.190 desembargadores (12,9%), 142 juízes substitutos de 2º grau⁴ (0,8%) e 14.518 juízes de primeiro grau (85,8%). É interessante ainda constatar que os cargos vagos são basicamente de juízes de primeiro grau, pois, ao passo que no segundo grau existem 72 cargos de desembargadores criados por lei e não providos (3%), no primeiro grau tem-se 4.821 (24%). Em relação aos servidores, ao final de 2014, o Poder Judiciário possuía uma equipe de **278.707 servidores**, sendo 245.335 do quadro efetivo os quais, excluídos os 4.306 que estavam requisitados e cedidos para outros órgãos, resultou em uma força de trabalho de 241.029 efetivos (87%). Somem-se, ainda, à equipe, 22.679 requisitados e cedidos de outros órgãos (8%) e 14.724 comissionados sem vínculo efetivo (5%). Cumpre informar a existência de **40.248 cargos criados por lei e ainda não providos**, que representam **14% dos cargos efetivos existentes**, percentual que apresenta redução desde 2011 (Gráfico 3.11). A Justiça Estadual detém 64,5% do total de servidores do Poder Judiciário, seguida da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, com, respectivamente, 14,8% e 10,3% do total de servidores. São 218.151 servidores lotados na área judiciária, que compõem 78% da força de trabalho, restando 22% na área administrativa. Dentre os que atuam diretamente com a tramitação do processo, 182.623 (84%) estão no primeiro grau de jurisdição, incluindo juizados especiais e turmas recursais, onde também estão 86% dos processos ingressados e 95% do acervo processual. Por fim, o Poder Judiciário conta, ainda, com o apoio de **139.298 trabalhadores auxiliares**, que se dividem entre 70.830 terceirizados (51%), 60.241 estagiários (43%), 6.427 conciliadores (5%) e 1.800 juízes leigos (1%). A contratação de auxiliares tem crescido e chegou a acumular variação de 60% no sexênio, embora de apenas 2,4% entre 2013 e 2014. Tais variações foram devidas, principalmente, ao crescimento da contratação de estagiários e de terceirizados. (www.cnj.br/ajusticaemnumeros)

As problemáticas de insatisfação da prestação jurisdicional conforme os números, não pode apenas pairar na pessoa do magistrado, “as manifestações críticas e de insatisfação no tocante à jurisdição brasileira são matizes variadas, não somente em face da demora crônica em que é prestada”. (BRÊTAS, 2011, p. 154). E não raras vezes, o jurisdicionado é tomado pela sensação de impotência, já que a omissão se mostra cada vez iminente.

Não é sem razão que o Conselho Nacional de Justiça, elabora anualmente relatório com os dados financeiros do poder judiciário, por estes relatórios é notório que o poder judiciário como um todo, anda financeiramente comprometido, principalmente com os altos salários pagos aos magistrados e suas indenizações que fazem a folha de pagamento crescer. “Somente com Recursos humanos 89,5% do orçamento total. Esses números representam o 1,2% PIB”. (BRASIL, CNJ, 2015).

Com o numerário apresentado, resta claro que se o poder judiciário gasta com contingente humano 89,5% de toda sua receita financeira, fica impossibilitado de investir em implementação gerencial. Ainda, que não seja causa principal para a tentativa de impedir a entrada de demandas, reitera outros mecanismos de diminuição pelo menos em tese. Ocorre, que é tiro que sai pela culatra, pois segundo os dados no próprio Conselho Nacional de Justiça há crescente números de demandas, enquanto o número de soluções de litígio é mínimo

Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestado nas mais diversas áreas de atividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um fator adicional da crise da administração da justiça. A visibilidade social que lhe foi dada pelos meios de comunicação social e a vulnerabilidade política que ela engendrou para elites dirigentes esteve na base da criação de um novo e vasto campo de estudos sociológicos sobre a administração da justiça, sobre a organização dos tribunais, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre as motivações das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais dos vários sectores da administração da justiça, sobre o custo da justiça, sobre os bloqueamentos dos processos

Segundo os números do Conselho nacional de justiça os valores que entraram nos cofres do poder judiciário no relatório de 2015, ano base 2014, somaram-se aproximadamente R\$ 68,4 bilhões, um crescimento de 4,3% em relação ao 2013, e 33,7% no último sexênio. Somente com Recursos humanos 89,5% do orçamento total. Esses números representam o 1,2% PIB. (BRASIL, CNJ, 2015).

A receita de entradas baseia-se no relatório técnico do Conselho nacional de justiça nos seguintes itens: emolumentos e eventuais taxas R\$ 32,7 bilhões- 32,5% do total da arrecadação, imposto causa mortis nos inventários, arrolamentos judiciais 3,6 Bilhões- 13,3% da arrecadação, as receitas transferidas aos cofres públicos em decorrência da atividade de execução fiscal R\$12,2 Bilhões- 45,3% da arrecadação, além de outras receitas 2,4 Bilhões – 8,9% das arrecadações, outros valores na forma extrajudicial, não foram computados nesse cálculo. (BRASIL, CNJ, 2015).

A crise gerencial, é a incapacidade administrativa do judiciário em administrar seus próprios recursos financeiros, gastando mais do que deve e comprometendo, não apenas a falta de treinamento que habilite seus serventuários, inclusive para lhes resguardar a saúde física e funcional, diminuindo-se os afastamentos por doença, bem como impede concursos de qualidade, que traga para si melhores serventuários par administrar em todas as esferas e etapas o atendimento desde o balcão às funções internas, e aquelas que não se tem comunicação direta o público forense.

A existência de uma crise no Judiciário brasileiro decorrente de sua excessiva lentidão e de sua notória ineficácia não é um problema novo (cfr. Buzaid, 1972; Sobrinho, 1980; Gomes, 1997; Alencar & Gico Jr., 2011). Os próprios Poderes constituídos reconhecem estes problemas, como se pode perceber do chamado I Pacto pelo Judiciário, assinado em dezembro de 2004, cujo objetivo declarado era organizar as instituições públicas em favor de um Judiciário mais rápido e republicano: Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. (JÚNIOR, 2012, p.89).

Logo, não fica impossível inferir, que o magistrado será também afetado frontalmente por essa ineficiência sistêmica, e que será, pelo menos de certa forma, interessado direto na diminuição no desafogamento de sua secretaria, frente às problemáticas apresentadas.

A crise legislativa ou crise de representatividade

Outro ponto chave que vivenciamos duramente na atualidade, são as problemáticas do legislativo, por suas significativas omissões, como causa secundária, expressivo número de demandas no judiciário, todavia neste caso a maioria das ações serão originariamente propostas em sede do Supremo Tribunal Federal, por esta razão a Supre corte fica obrigada a examinar temas polêmicos diante da omissão legislativa imposta

Infelizmente, no entanto, os poderes constituídos não fizeram frente a isso. O legislativo se mostra ineficiente, ensimesmado, omisso, incapaz de tomar posição sobre demandas que envolvam temas polêmicos – O que vem levando a se multiplicar ações como a que o STF decidiu que era permitido aborto anencefálos, união homoafetiva, a criação de cotas em universidades (que apenas depois da decisão do tribunal teve lei aprovada no mesmo

sentido). (NUNES; BAHIA, 2009, p. 57-83)

A crise do poder legislativo deveria, porém, figurar como causa primeira, já que por falta de produzir adequadamente leis necessárias ou adequadamente redigidas, o congresso brasileiro anda às turras com a guerra política, atualmente decidindo questões meramente de políticas internas, brigas partidária e esquemas de corrupção.

A questão da crise da democracia representativa é tema, como dissemos, de que os pesquisadores do ProCon vêm tratando já há algum tempo e que ganha aqui uma construção mais robusta. Como dito acima, se os demais poderes não funcionam, o judiciário vem sendo a válvula de escape para a busca de direitos prestacionais (saúde, educação, etc.) (BAHIA, 2013, p.10).

A tragédia do judiciário como preferem alguns chamar, dá como consequência direta a crise de representatividade do legislativo em qualquer que seja sua esfera, municipal, estadual ou federal, se, pois, essa é a causa principal porque não elencamos primeiro entre os tópicos? Porque, nesse inóspito terreno das discussões sociais, “de formação da opinião e das vontades públicas (Habermas), como o executivo e [...] o legislativo como consequente deslocamento dos debates para o judiciário [...] são ontologicamente diferentes do discursos legislativos”. (BAHIA, 2013, p. XI).

A ausência de leis mais claras, ou ausência plena de determinadas como o caso de Aborto de fetos anencefálicos, faz que as pessoas ou entidades busquem uma interpretação minimamente justa, “ainda que a legitimidade do judiciário decorre da constituição e do regime democrático, ele não é um poder eleito”. (BAHIA, 2013, p. 11).

O nascedouro na esfera do judiciário de demandas originárias nos tribunais superiores para suprir as omissões legislativas, faz entender que o poder judiciário se tornou efetivamente controlador da vida na esfera privada e uma espécie de órgão regulador das questões públicas.

Quando o judiciário assume a posição ativista a respeito de seu papel como realizador de políticas públicas – o que implica em gestão de recursos públicos, quando não em ingerência sobre os demais poderes-, corre o risco de perder sua identidade e mais, de perder credibilidade, a partir do momento em que tiver parte das suas decisões sumariamente descumpridas, devido as razões “puramente” matemática de orçamento. (BAHIA *apud* KLAUS GÜNTHER, 2013, p. 11).

(Re)Visitando os julgados dos últimos anos na seara da Suprema Corte, pode-se inferir, que de fato, seu papel político, vem sendo desempenhado, alguns casos brilhantemente. Questões socialmente relevantes, como: Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, Relator Ministro Carlos Brito, versava sobre a constitucionalidade das pesquisas com células embrionárias (tronco); Ação Direta de Constitucionalidade 12, Relator Ministro Carlos Brito conjuntamente ao Recurso Extraordinário 579.951/RN, Relator Ministro Ricardo Lewandoswski, pôs fim ao nepotismo nos três poderes, ADPF/DF 144, Relator Ministro Celso de melo, que versava sobre Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015).

Ocorre, que não obstante, o poder judiciário subsidiariamente poder legislar atipicamente, tal situação vem se tornando corriqueira nos últimos anos não apenas na Corte Suprema, que

exemplo disto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, coibia a distribuição de demandas se faltasse na qualificação da parte autora o nome completo dos genitores, e pior que isso, a ausência do órgão expedidor da carteira de identidade faltante é causa de extinção do processo sem resolução de mérito, tal fato nas comarcas de Belo Horizonte e Betim são veementemente cobrados, por provimento interno nos termos do Art. 114, do provimento 200/CGJ/2010 do TJMG. (MINAS GERAIS, TJMG, 2015).

Não obstante, a vedação constitucional expressa no Artigo 21, que informa caber “privativamente à união legislar a respeito de matéria penal, direito civil, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1998), os tribunais entendem por teimar nessa temática e permanecer na atuação de um papel institucionalmente inconstitucional.

O que se pode notar claramente, é o que ativismo judicial é também não apenas produto da vaidade, dos magistrados como se tem afirmado e alguns magistrados chegam a tolice de manifestar-se nessa loucura, como declarado em sentença pela juíza do trabalho da paraíba.

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar absoluto, em lugar especial que o converte em um ser absoluto e um ser incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. (NUNES *apud* PARAÍBA, TRT 13ª região, Processo n. 0718.2007.027.13.00-6,2007).

Fenomenologicamente as demandas não atendidas pelo congresso nacional no papel da legiferância estão, de alguma forma sendo satisfeitas pela provimento jurisdicional, a questão é, não estamos esvaziando o papel do judiciário, contudo o judiciário na prestação jurisdicional em papel que não é de sua alçada, acaba por agravar uma crise política que lhe piora os números

Nessa oportunidade, em que o tema do acesso à justiça ganha colorações políticas, optou-se por discutir qual o papel político do judiciário, quais suas limitações, chamando a atenção para o fato de que, a depender da postura assumida por este poder, não serão sanados, mas agravados os problemas da crise de identidade, estilizando ainda mais a integração social já degradada no paradigma social. (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 4).

Em toda sistemática apresentada, o que se pode extrair, é que o processo de forma técnica na atualidade não se vê aplicado, em virtude de causas externas e estranhas às garantias processuais constitucionais como se poderá inferir a seguir.

FORMAÇÃO DE PRECEDENTES NO SISTEMA *COMMON LAW*.

Conforme dicionário Aurélio, precedente vem do Latim [*praecedere*]; Dentre os vários sinônimos, importa destacar fazer vir ou aparecer antes. (AURÉLIO, 2010, pág. 604).

Notadamente, que para a área jurídica em análise, o conteúdo conceitual não pode basear-se tão somente no postulado do verbete, pois vai além, não obstante, o conceito norteador pelos dicionários da língua portuguesa serem perfeitamente cabíveis em sede de estudos básicos.

Ocorre, porém, que em se tratando de precedentes há um certo desconforto em conceituá-los, e agora dada a promulgação do inconstitucional artigo 332 novo Código de Processo Civil, que ampliou o texto normativo do artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, vê-se estampada

e carente compreender o que seja e as razões da tentativa de imposição de um sistema misto de processo no Brasil

A ofensa à garantia constitucional da legalidade, é ainda, mais gritante quando examina-se o texto normativo ora comentado que estatui se ser imperativo o comando: “o juiz julgará improcedente liminarmente o pedido do autor”, com base em “entendimento” jurisprudencial, coarctando o exercício legítimo da garantia constitucional fundamental de ação sem a observância do *dues process*? O receio de todos é a instalação da ditadura da jurisprudência, notadamente os tribunais superiores, como mecanismos de diminuição do acervo de autos de processo que se encontram nos escaninhos do poder judiciário. Não se pode violentar garantia constitucional para diminuir acervo de autos (NERY; ANDRADE, 2015, p.909).

O momento, no contexto jurídico e político para a processualística brasileira, vivido hodiernamente, tornou-se um imperativo desvendar a forma de formação do precedentes no sistema de processo brasileiro (MARINONI, 2015), haja vista como já apontado guardar flagrante inconstitucionalidade normativa (NERY, 2015).

E conjuntamente, dá-se muitos poderes aos juízes (poderes não constitucionalizados), que poderão com mais facilidade editar súmulas de força cogente e fundamentar-se em jurisprudências com a finalidade precípua de dar celeridade às demandas, sem importar-se com a segurança jurídica que impõem o Estado democrático de direito

Nesse sentido, tentaremos demonstrar que a defesa de uma “capacidade criativa” e, especialmente, da força vinculante de seus precedentes, como já se vê abertamente sustentada, importa na renúncia aos avanços colhidos no contexto da pós-modernidade científica, avessa à pregação de verdades absolutas (epistemologia helênica) e a postulados irrefutáveis advindos de experiências subjetivas colhidas pelas mentes de autoridades oniscientes (FARIA, 2012, p. 3).

Todavia, de forma muito simplista frente aos grandes embates da conceituação de precedentes (LANG, 2012), alguns doutrinadores da teoria democrática do processo definem que o “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos”(LANG *apud* DIDIER, 2012, p. 15), o que se verá no curso deste estudo, não ser suficiente à compreensão e aplicação na vida prática, nos casos concretos dentro do sistema civil law, uma vez que não há núcleo no precedente judicial brasileiro.

Nos países que adotam a forma civil law (românicos- germânicos), isto é, a lei escrita tem o papel primário, mas não único. Não necessitando em absoluto que a norma contenha papel histórico como em common law é recorrente (NOGUEIRA, 2015).

A partir deste ponto, sabendo que a lei é a fonte imediata, mas não única, surgem as figuras mediatas de análise de julgamento. Todas a priori elencadas no artigo 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Sendo elas a analogia, o costume e os princípios gerais de direito, merecendo uso somente quando autorizadas as razões de fato (caso concreto) que na forma de direito autorize seu uso, isto é na omissão da lei.

Na contramão, o sistema common law pertencente a família anglo saxônica, principalmente com

raízes no direito inglês, “...as *statutory laws* tem papel secundário, a principal fonte do direito é o direito posto pelo juiz no caso concreto. O direito inglês foi profundamente marcado pela ausência, durante o período de formação, de poder legislativo, fonte de direito” (NOGUEIRA, 2015, p. 15).

Assevere-se, porém, que na atualidade a Inglaterra tem uma produção significativa de leis escritas, não significando mais dizer que faz uso apenas do sistema de precedentes para os julgamentos, “em sua evolução pelos anos percebeu-se em verdade, uma aproximação paulatina aos princípios informadores do civil law, especialmente no que concerne ao fenômeno da codificação” (LANG, 2012, p. 22).

Isto soa muito razoável, pois num mundo moderno e globalizado, em que a história muda velozmente, torna-se necessária a adequação do uso de meios notadamente mais formais no direito para o caso dos países que fazem uso da história como fundamento principal do direito, nada mais lógico que aceite-se as mudanças históricas hodiernas.

Logo, explicar conceitualmente os sistemas processuais existentes dentro da figura de precedentes não é tarefa fácil, principalmente quando dotada de forma distorcida, em nome da manutenção da guarda constitucional, ...”um discurso caracterizadamente ideológico, ao invés de um discurso validamente científico”. (FARIA, 2012, p.11).

Destarte, após tais exposições iniciais, merece-se adentrar de forma mais sistematizada nas formas de sistemas de processo hoje existentes, sendo essa inclusive a razão primordial pela qual se verá que sendo os precedentes, forma material de julgamento de processo, o sistema common law, mostra-se incompatível com as súmulas e as jurisprudências no sistema brasileiro de processo.

Ora, tratando-se de corte de precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* do lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo da declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*. (MARINONI, 2015, p. 126).

Nesse sentido, notadamente não tem os mesmos sistemas a mesma essência, aliás “neste delicado tópico, uma imprescindível advertência dever ser feita: o risco da tropicalização de uma teoria jurídica, muito bem aferida...”(LANG, 2012, p. 21).

A grosso modo, os precedentes parecem ter o mesmo significado para ambos os sistemas processuais, pois trata-se de primariedade de caso, julgamento emblemático de determinada matéria, em algumas vezes, casos notórios a que se não teve notícias antes daquele, como exemplo *Marbourny vs. Madson* que deu origem ao controle de constitucionalidade norte americano (MORAES, 2009).

Todavia, o sistema common law, pode e deve ser tratado como aquele que, nasceu no seio da Inglaterra, por não haver ali à época uma formação legislativa adequada à formação de leis pelo zelo excessivo aos princípios e a historicidade, e irradiou suas características para o direito norte americano, não obstante nos Estados Unidos da América ser considerado de caráter híbrido, adota-se a lei positivada, mas opta-se também pela aplicação do sistema *common law* (NOGUEIRA,

2015).

Não se deve imaginar, porém que no common law, aplica-se somente a técnica de precedentes, pois como já anotado, no common law o juiz é quem dá o direito (*judge-making law*) em especial no direito britânico, e relativamente à aplicação de precedentes e ou à sua formação. Existem particularidades diversas destas que estão sendo utilizadas no Brasil, aqui porém em contrário para tolher direitos

Nesse ponto, teríamos a aprender com o common law que uma decisão não nasce como se precedente fosse; são os juízes dos casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, poderiam invocar tais decisões na qualidade de precedentes. (NUNES, 2015,p.346).

Os precedentes norte americanos são aqueles, que ao serem suscitados em caso concreto, tanto pelo recorrente quanto pelo recorrido, serão necessariamente utilizados para detectar se existe a possibilidade de aplicação no caso suscitado, naquele Estado o precedente é um ponto de partida para a discussão e não um ponto final como impõe o artigo 332 (NUNES, 2015).

Adentrando então, à técnica de formação de precedentes no common law deve-se obrigatoriamente observar determinados elementos, os mais evidentes, estudados e conseqüentemente mais importantes, são a *Ratio decidendi* (razão de decidir) e *obter dicta* ou *obter dictum* (dito para morrer), este último “... na literalidade, dito para morrer, é tudo o que não está contido na *ratio decidende*, ou seja é qualquer conclusão a que se chega o tribunal, mas que não é essencial para o caso concreto”. (NOGUEIRA, 2011, P. 170).

Deve-se, portanto entender a respeito do *obter dicta*, como sendo a parte da decisão que se for excluída não altera o julgamento (NOGUEIRA, 2011).

O que importa para validade geral dos precedentes é a *ratio decidendi*, que neste caso vincula a decisão à questão do precedente (*stare decisis*), estudos da doutrina inglesa apontam para a *ratio decidende* como sendo “A única parte de uma decisão prévia que é vinculante, mas decisões sobre questões de fato não constituem em precedentes” (LANG *apud* CROSS; HARRY, 2004, p.222).

Uma anotação importante, é que em se tratando de *ratio decidende* estamos falando do direito inglês, no direito norte americano a *ratio decidende* é conhecida por holding (LANG, 2012).

Formado o precedente, independente da corte que o profere, haja vista, no direito norte americano, os estados terem supremas côrtes estaduais, ressalte-se, ainda, que consta previsão na constituição norte americana em seu item III, autoriza o poder judiciário ou torna defeso o uso destes. É aqui que encontra-se positivado o que é chamado efeito vinculante: - *stare decisis* (NOGUEIRA, 2011).

Um importante ponto que deve ser trago a baila é que os juízes norte americanos, não tem a estabilidade dos juízes brasileiros, aqueles por sua vez podem sofrer processo de impeachment, esse fato releva a importância da responsabilidade que tem o magistrado nos exercício de sua função. (NOGUEIRA, 2011), logo este preocupa-se com o trabalho do julgamento, em dar provimento jurisdicional adequado aos casos que lhe são trazidos.

Note-se que, que se há uma decisão prévia, até seu efetivo provimento existe um longo caminho percorrido, logicamente porque o sistema common law segue uma técnica processual diferida à formação de precedentes no sistema civil law, existe na formação de precedentes um elemento primário de análise, que é não apenas o voto favorável do julgador, mas o fundamento idêntico da questão, pela qual se entende o direito como tal

Uma *ratio decidende*, enquanto significado que revela o sentido de um texto legal ou mesmo constitui regra editada pela corte para resolver um caso, em princípio só pode ser formada pela maioria do colegiado. Deixe-se claro, desde logo, que na common law clássico não concebia uma *ratio decidendi* que não contasse com a adesão clara da maioria dos membros da corte. Quer dizer que os tribunais inferiores sequer indagavam sobre uma *ratio decidendi* quando se deparavam com decisões plurais ou fragmentadas, ou seja, com decisões cujos resultados fossem alcançados a partir de fundamentos não compartilhados por uma maioria. (MARINONI, 2015, p. 37).

Mesmo num direito, cujo sistema autorize a edição de precedentes, não é possível imaginar que estes são fontes primárias e ou fontes tão principais, que anule ou tornem turvas outras fontes de direito.

Em que pese, com a evolução dos tempos e primando pela segurança jurídica principalmente a partir de garantias e direitos fundamentais reconhecidamente na esfera constitucional, e pautado na atual realidade de que estes países na atualidade são signatários de tratados internacionais de direitos humanos, os precedentes terão forma de expurgo do sistema jurídico diverso do controle de constitucionalidade, por algumas técnicas jurídicas importantes de serem tratadas. (LANG, 2012).

Nessa vertente histórica, “o *stare decisis* especialmente em matéria de direito comparado, verifica-se que a força vinculante dos precedentes foi sofrendo as mais variadas alterações através dos anos” (LANG, 2012, p. 35). Nesta esteira e a priori a mudança de um precedente implicaria pelo menos na Inglaterra em impossibilidade de sua revogação

Na Inglaterra até 1966, a câmara dos *lords* estava vinculada aos seus precedentes, que somente poderiam ser alterados caso o parlamento editasse regra específica que resultasse na modificação do entendimento”, continua explicando, nas palavras de Luiz Renato Ferreira, que somente por meio do *Pratice Statement* de 26.07.1966 se passou a permitir a *House of Lords* anulasse ou superasse suas próprias decisões, em casos que a sua aplicação engendrasses alguma injustiça no caso concreto (WAMBIER, 2011, p. 568-569).

Contudo, a partir desse momento histórico do *Pratice Statement*, pôde-se passar a vislumbrar, 5 técnicas de revogação dos precedentes: a) *Overruling*, b) *Overriding/Distinguishing*, c) *Transformation*, d) *Drawing of inconsistent distinctions* e e) *Anticipatory overruling* (LANG, 2012) como forma de atender à realidades sociais de transformação contínua e rápida, “ Já vimos que, na Inglaterra, o *pratice statement* de 1966 “autorizou” a *House of lords* a fazer uso da superação dos seus próprios precedentes para oxigenar o direito”... (NOGUEIRA, 2011, p. 179).

Destes o primeiro é reconhecidamente o *Overruling*, que é a técnica que revoga por completo um precedente, “é portanto a forma mais extrema de revogação e que adjudica ao judiciário poderes de legislador dentro de seus limites, é claro” (LANG, 2012, p. 36), um caso histórico em que o *overruling* foi usado, estampa-se no caso *Lawrence vs. Texas*, no ano de 2003, houve uma caso

anterior em 1986, cujo cunho decisório vinculante baseava-se na criminalização da prática de sodomia.(LANG, 2012).

Em 2003 esse precedente que imputava crime determinadas escolhas de liberdade sexual e privacidade dos indivíduos, foi revogado pela suprema corte norte americana, precedente sobejado no caso *Bowers vs. Hardwick* (LANG *apud* BRENNER, 2012).

O segundo mais importante nessa esteira é o *overriding* assimilado ao *distinguishing ...*”que consiste em não aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta alguma particularidade, que autoriza o afastamento”. (NOGUEIRA, 2011, p. 199).

O *transformation* é simples a sua conceituação como arrisca dizer o próprio nome, trata-se de uma transformação de um precedente, ...”compatibiliza o resultado com o pretendido por aquele julgamento em voga”. (LANG, 2011, p. 40). Há de se asseverar que nos casos do *transformation* e *overruling* há superação da *ratio decidendi* (LANG, 2012), não obstante as maneiras diversas.

No *drawing of inconsistent distinctions*, o nome também quer dizer muito, pois aqui o precedente apresenta alguma forma de inconsistência com alguma regra de direito, neste caso porém, a problemática é que ao produzir o precedente houve erro nos seus padrões de construção, haja vista necessitar ser apontado o momento social em que foi discutido e criado o precedente (LANG, 2012).

A *anticipatory overruling*, propriamente norte americana, tal técnica consiste na verdade na antecipação de um precedente que será revogado (LANG, 2012), “...tecnicamente não se trata de uma revogação antecipada, e sim da não aplicação do precedente em vias de revogação pela suprema corte.” (LANG *apud* MARINONI, 2012, p. 42).

No sentido de tudo o que foi tratado, pode-se concluir, que a formação de precedentes no sistema common law em nada de assemelha à sua formação no sistema civil law dentro da perspectiva do direito brasileiro.

Como passa-se a ver no capítulo seguinte, nos países que operam por *comon law*, há um fundo de pano histórico de centenas de anos operacionalizando essa forma de direito, e em virtude disto melhorando sua técnica, “o dissenso evidencia o outro lado em face da *ratio decidendi*, ou seja, permite que não apenas uma das posições em disputa no seio social tenha eco na corte” (MARINONI, 2015, p. 144).

Os precedentes em common law assumem tamanha importância que “Há situações em que o precedente se encaixa com perfeição no retrato fático do caso em análise; no entanto, não corresponde a solução mais adequada para o julgamento.”(LANG, 2012, p. 43) o que fará que os precedentes não sejam utilizados, razão que faz perceber que há uma grande responsabilidade, na sua criação, utilização e extinção.

Por fim, saliente-se que “neste sistema, a segurança jurídica diz respeito, essencialmente, à uniformização das decisões (similares é claro)”, (LANG *apud* MARINONI, 2012, p. 19).

Logo, é de aferir que nada tem a ver um com o supostamente aplicado no Brasil, sendo inclusive no direito brasileiro uma grande afronta à democracia.

FORMAÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E SUA DIFERENCIAÇÃO ÀS SÚMULAS VINCULANTES: SISTEMA DE *CIVIL LAW*

Como se pôde notar no capítulo dedicado ao conhecimento da formação dos precedentes em common law, vislumbra-se contornos de um instituto bem consolidado.

São suas determinantes, o papel histórico que surgiram pela ausência de um poder legislativo ativo -antes [é claro] da atual concepção de processo moderno e constitucionalizado- prevalecendo até hoje sua aplicação nos países da família common law, mesmo com uma atual e grande produção de normas e consequente fenômeno da codificação. (LANG, 2012).

Falar em civil law é falar obrigatoriamente em leis escritas, conquanto não como fenômeno de codificação, pois a marca principal deste sistema é justamente a codificação de suas normas, e a lei ocupando o papel primário, isto é, uma fonte primária

Nos sistemas de direito romano germânico, a lei é a fonte primária do direito. A codificação aumenta consideravelmente a força da lei, hierarquizando as suas disposições e as reagrupando em conjunto exaustivo e coerente: em suma, racional. A codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista. Longe de ser uma simples coletânea de regras, o código é um edifício legislativo que pretende ser o espelho de uma polis harmoniosa. Ele deve fornecer ao cidadão um material legível, ao qual seja sempre possível referir-se, e ser, para o juiz, um guia precioso para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora. (NOGUEIRA *apud* GARAPON; PAPAPOULOS, 2011, p. 19).

Ocorre, porém que no Brasil, como em qualquer país adotante do sistema civil law, a lei não é capaz de suprir por si somente, todas as necessidades de uma sociedade, e muito menos sua rápida transformação, O juiz, como porta voz da vontade genérica e abstrata, da lei é exatamente a representação figurada da pessoa do juiz na visão de Montesquieu (NOGUEIRA, 2011)

O sistema codificado em que os códigos representam um “monumento legislativo”, traz uma(falsa) impressão que esses monumentos têm a resposta para todos os tipos de problemas que uma sociedade pode experimentar. Ao juiz, caberia apenas declarar a vontade da lei, seguindo a clássica concepção de jurisdição para Chiovenda, Italiano e membro da família civil law (NOGUEIRA *apud* CHIOVENDA, 2011, p.19).

Logo, na esfera diferencial dos sistemas processuais já clareados, quais sejam, Common law e civil law, nota-se, que o Brasil pertencente à clássica família romano germânica, irá demandar por conseguinte, diferentes modos de concepção à formação de precedentes (na verdade jurisprudencialização) não obstante, o conceito básico de precedentes, encontrar-se na mesma esteira do verbete.

Neste ponto estão em voga sua validade e sua formação técnica. Todavia, o que se chama precedente no Brasil, não abraça as mesmas características de common law, de modo que, não se pode chamar de precedentes o mero fenômeno da jurisprudencialização no direito brasileiro (FARIA, 2012).

Posicionando-se historicamente a respeito do surgimento de tal fenômeno, insurge rememorar

meados de 1964, ...” em que o Supremo federal consolida sua jurisprudência dominante em enunciados chamados súmulas, diante de tal prática restou-se consolidada no código de processo civil de 1973” (STRECK, 2011, p.1425).

Em 1981 em congresso na cidade de Santa Catarina, o ministro Victor Nunes Leal, nascido em 1914, graduado em direito em 1936, nomeado ministro da suprema corte em 1960 e falecido em 1985, sua própria história como ministro está intimamente ligada sobre a forma de formação das jurisprudências no Brasil, sendo dela, ele o principal protagonista. (BRASIL, Superior tribunal de Justiça, 2016).

De forma muito bizarra, se assim pode-se dizer, “O (res) surgimento (quase cômico) dos enunciados de súmulas no Brasil na década de 1960” (NUNES, 2015, p.337), quando teve seu momento de criação histórico e o consequente início do fenômeno da jurisprudencialização do direito e a formação das súmulas, foi minuciado anos depois, o ministro Victor Nunes Leal a contar como essa saga teve seu início.

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a súmula nasceu – colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual- da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada à sua memória, testemunhando. Para os colegas mais modernos, que era tal o qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com o agravante da falta de memória, tive que tomar nos primeiros anos numerosas notas e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a ideia das Súmulas que aos colegas mais experientes- em especial os companheiros da comissão especial de jurisprudências, ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves- tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentamento da presidência e dos demais ministros. Por isso, mais de uma vez, tenho mencionado que a súmula é subproduto de minha falta de memória, pois fui eu afinal o Relator não só da respectiva emenda regimental como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até as minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com apoio dos colegas da comissão, já que nos reuníamos facilmente pelo telefone. (NUNES *apud* ALMEIDA, 2006, p.33).

Deve-se, porém alertar que, “nessa quadra histórica não é mais cabível a defesa de uma aplicação automática dos precedentes como se ainda estivéssemos no século XIX, admirados com poder de normas gerais abstratas”. (NUNES, 2015, p. 347).

Daí as razões de ordem lógica, em dizer que não mais vale aquele velho sistema de cláusulas abertas para dar margem a erros jurisprudenciais dentro do sistema traçado na processualística brasileira como se lei fossem e sem o mesmo controle de leis (NOGUEIRA *apud* WAMBIER, 2011).

Na modernidade, há quem classifique o sistema de jurisprudência como direito jurisprudencial, (NUNES, 2015, p.347) embora, sem nenhuma criação pautada em verdadeira cientificidade; Lado outro, falta aos tribunais brasileiros “uma formulação mais robusta sobre o papel dos precedentes, se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual entendimento correto”(NUNES, 2015, p.349).

E pior ainda, é a significação deste momento, eis que na esteira no novo código, este entre aspas sistema de jurisprudências, não deve sob nenhuma hipótese (repita-se) ser confundido com o

sistema prevalecente nos países anglo saxões, em que o que prevalece até os dias de hoje na forma de common law é apenas o elemento vinculante da *ratio decidendi* (MARINONI, 2015).

Já no Brasil a súmula tem recebido o conceito de que: - É o enunciado resultado vinculante dos reiterados julgados, ...”reiteradas decisões em determinado sentido, [...] através de enunciados sintéticos, o entendimento externado naqueles julgamentos, criando referencial diretivo que servirá de orientação para demais instâncias.” (FARIA, 2012, p. 113), a respeito de um mesmo tema, o texto do artigo 926, § 2º, do novo código de processo civil diz que “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. (BRASIL, Código de processo civil, 2016).

Ressalte-se, que do precedente em common law é eliminado apenas o *obiter dicta*, o resto permanece intacto de onde se extrai o *stare decisis et non quieta movere*- significa essencialmente- “continuar com as coisas decididas e não mover “coisas quietas” (STRECK, 2011, p.1426).

Infelizmente é que os supostos precedentes formados nas cortes brasileiras, tem a intenção de limitar o acesso do jurisdicionado à jurisdição, mas ao mesmo tempo é um suposto direito e muito ambíguo, haja vista o mesmo tempo intencionar o rápido julgamento de demandas, parece também intencionar um novo papel jurídico que vise melhorar o papel do judiciário (sem, contudo o ser de fato).

Lamentável, ainda, é a insistência em relação às súmulas. Essas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões tem efeito obrigatório ou a partir das máximas- uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas civil law, como o italiano, para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes função de precedentes, na medida em que só o caso a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere. (MARINONI, 2015, p. 23).

Nessa perspectiva, é de se salientar, que a problemática dos referidos institutos aparece de seu início histórico dissonante, desde seus primeiros delineamentos, pois precisamente não há consenso na diferenciação, mesmo que apontadas às suas diferenças na prática

Deve de pronto ser dito – e o socorro vem de Castanheiras Neves- que há uma diferença entre caso julgado, precedentes e súmulas (no caso de Castanheira,, assentos). No julgado, tem-se a resolução de uma demanda considerada em si mesmo, que não possui força para influenciar decisões futuras pelo fato de que a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes sistemas; já no precedente- também oriundo de julgamento concreto- tem-se a instituição de um novo paradigma (holding) que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras decisões. Todavia, essa “aplicação” em casos similares não é feita a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram sub judice (STRECK *apud* NEVES, 2011, p. 1426).

De tudo que se pode aferir a questão dos precedentes e a retro exposição de Castanheiras mencionada por Lênio Streck, acerca da diferente conceituação dos precedentes, súmulas e jurisprudências, não se pode notar semelhanças fáticas que levem o judiciário brasileiro a tornar legal o uso de precedentes, primeiramente pelo papel histórico que common law exerce, em segundo plano

a intenção brasileira sempre foi secundária a esse respeito: - A diminuição de demandas e o consequente desafogamento do judiciário a todo custo e qualquer preço.

Dos traços gerais que foram colacionados acima, a súmula apresenta profundas dessemelhanças com os precedentes: 1o) o efeito vinculante está prescrito num texto normativo (art. 102, §2º; art. 103-A CF), a instituição do efeito vinculante tem como finalidade “barrar” novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes). Em tese, há uma por assim dizer, incompatibilidade genética entre a regra do precedente e a súmulas postas no interior de um sistema romano-germânico como o brasileiro. Entretanto, essa incompatibilidade não pode ser vista desse modo, uma vez que em nenhum momento a súmula está desonerada da justificação. (STRECK, 2011, p. 1427).

Em se tratando de súmulas é, aliás necessário adentrar a questão de sua posição nos códigos, além daqueles já citados como o código de processo civil, entrou na normatividade constitucional por meio da emenda 45/2004, por conseguinte, lhe conferindo legitimidade normativa na constituição da república federativa do Brasil no artigo 103-A, e também a lei 11.417/2006. (STRECK, 2011).

A Lei 11.417/2006, regulará o processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Elas ganharam tanta importância no ordenamento jurídico, que parece até absurdo que a maioria delas seja uma tentativa (mal elaborada) meramente de explicar uma norma, sendo inclusive o que diz seu artigo 2º, § 1º, que a seu teor informa

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (BRASIL, LEI 11.417, 2006).

O artigo 2º, § 1º, estampa três objetos (elementos) capazes de ensejar sua edição, revisão ou o cancelamento, logo necessariamente os elementos de validade, interpretação ou eficácia, que a ensejam de alguma forma, são os objetos que na verdade devem ser apontados pela concepção do que é a norma, “ Em qualquer hipótese, poderíamos anotar que a norma é categoria lógica, de dicção dos conteúdos jurídicos da sociedade jurídico-político-Econômica”, (LEAL, 2010, p.103).

Neste mesmo liame, não se pode esquecer que intimamente ligado à norma, está o direito, por ordem lógica a norma é produto do direito, que por sua vez é produto do social, nas sociedades modernas codificados e discutidos a partir da figuras de funções e poderes do Estado

É o direito produto racional e dinâmico de controle sócio-político econômico em vários níveis de temporais de elaboração humano-técnica, à medida que os grupos sociais surgem, organizando-se a si mesmos por regramentos técnicos-jurídicos convenientes. (LEAL, 2011, p. 2).

O direito é sempre foi produto da atividade humana, ainda que no curso da história sem estrutura formal, nasceram os direitos, sejam consuetudinários ou na forma de legiferância, a partir de anseios, ideologias e transformações sociais que requeriam que pequenos blocos sociais regionalizados ou mesmo grandes blocos humanos tivessem reconhecidos direito à liberdade e à vida, marcando assim o nascimento dos direitos do homem, a posteriori chamados direitos humanos

O direito é construído pela humanidade como necessidade inapartável desta, e produzido pela atividade humana em incessante elaboração de estruturas formais diferenciadas

e adequadas à regulação dos interesses prevalentes em cada época, e por via de sua qualidade ordenativa e sistêmica, para criar, extinguir, impor, manter ou ocultar, em convenientes padrões de legalidade (licitude ou incolumidade), as ideologias da história dos privilégios, conflitos e insatisfações humanas (LEAL, 2011, p.2).

Logo, se as súmulas tem como objeto precípua os elementos já apontados, tecer uma observação fática a respeito, é medida imperiosa, “o desmazelo dos órgãos do judiciário no seu trabalho de redação, o que, via de consequência, suscita problemas relacionados à interpretação e à aplicação de seus enunciados.”(FARIA, 2012, p. 114).

A contento, pode-se dizer de pronto que as súmulas são total afronta à democracia sem maiores delongas, em que pese o judiciário entender sua necessária edição, a fim, de que expliquem à sua validade, interpretação e eficácia das normas, todavia esse modo apontado pela lei de súmulas “coloca o intérprete e não interpretante no centro da compreensão” (LEAL, 2011, p. 249;250), proferindo julgamentos com base exclusiva em dogmática jurídica retomando o retrocesso da ciência jurídica, como se estivessemos no liberalismo ou socialismo. É certo lembrar que o paradigma de Estado impõe verdadeiro limite de interpretação, e a reflexão do momento histórico leva a um modelo de julgamento (SALES, 2009).

Ainda em seus dizeres, “não pode, nas democracias processualizadas, [prevaler] a máxima da dogmática jurídica, de que cada cabeça é um mundo ou cada mundo tem suas principais cabeças, na operacionalização do direito na contemporaneidade”. (LEAL, 2011, p. 249).

Percebe-se, pois que as normas, em todo tempo, são resultado lógico e natural, razão que faz imaginar que o cenário dos brasileiros indo às urnas elegerem seus representantes, desaparece instantaneamente com o poder transcendental das súmulas

E assim, uma vez que o direito pretende em nome da justiça, e que a justiça exige ser instalada num direito que ser posto em ação [...] cada vez mais se fortalece a autoridade de denominada razão normativa jurisprudencial, seja pela vinculação direta de seus comandos (a exemplo das súmulas vinculantes, entendidas por alguns como “competência legislativa extraordinária) (FARIA, 2012, p. 111).

Pois, lamentando-se, elas são capazes de mudar o conteúdo da norma (pela má redação e interpretação), o que nos leva lamentavelmente ao retrocesso histórico, em que a “Escola da exegese, no século XIX, defendendo a tese de que a lei esgotava toda a realidade. Dogmatismo legal, o Estado como único autor do direito”...(VIEITO, 2013, p. 1), no caso brasileiro, o Estado juiz, deliberando sobre a norma, em sentido abstrato faz que o entendimento jurisprudencial sumulado ou não, prevaleça como total valor absoluto sobre o produto da legiferância.

Dito já foi que as formas de minimizar a entrada de novas demandas nos tribunais não passam de mera forma de criação de regras processuais que limitem direitos materiais, este é inclusive o cerne da problemática, pois engendrado por *Carré Malberg*, que leciona “ a noção de Estado é tida como pressuposto a todo estudo de direito público, em geral, em particular, razão pela qual se observa grande empenho dos publicistas em delineá-lo.”(BRÊTAS *apud* BARACHO, 2012, p. 7).

Ainda nessa observação sobre o poder do Estado, ao delinear a forma de poder do Estado,

“constatam que as noções apresentadas pelos estudiosos da doutrina do Estado evidenciam nos textos produzidos conexão entre as ideias de direito e poder.” (BRÊTAS, 2012, p.7).

Vistas a estes primeiros desenhos jurídicos, “...pôde concluir que as palavras chaves das instituições políticas são poder e Estado”. (BRÊTAS *apud* BARACHO, 2012, p. 7). Razão que grita “ Afinal, direito é poder. E os juristas sabem bem disso!”(BRÊTAS *apud* STRECK, 2012, p. 7).

Ponto mais relevante é trazido em: A era dos direitos, que adverte, “ O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se dele” (BOBBIO, 1998, p.143).

Tratando-se de regimes políticos, não se pode ficar inerte a questão, visto que há grande diferença em poder do Estado e poder político, esta última demasiadamente desconhecida em nosso país

Assim, ainda segundo *Loewenstein*, quaisquer que sejam as relações humanas, impelidas por essa tríade de motivações, o poder tem grande importância no contexto sócio-político, podendo ser considerado como infraestrutura das instituições sociais e políticas (BRÊTAS *apud* LOEWENSTEIN, 2012, p.8).

Adentrando, ainda às questões de Direito político, importante conceituação é feita na doutrina Alemã

É aquele que busca estudar o equilíbrio harmonioso entre o exercício do poder pelo Estado, na preservação da ordem e da autoridade constituída, necessárias para o desempenho das complexas atividades estatais, e a garantia da liberdade dos destinatários desse poder mesmo poder, livrando-os do perigo imanente a todo poder, qual seja, o de ser exercitado de forma degenerada, arbitrária ou abusiva”. (BRÊTAS *apud* LOEWENSTEIN, 2012, p.9).

É certo que algumas vezes a suprema corte exercerá o papel político, porque na omissão de uma lei, como por exemplo o direito de greve pelos servidores públicos, não é razoável que se a intencione o esvaziamento do papel exercido pelo judiciário, dentro [é claro] de sua funcionalidade estatal, quando essa lacuna existir, exerce belo papel frente às grandes e controversas questões sociais. E a lei autoriza suas decisões frente a esse silêncio legislativo, o que tornaria válido um precedente neste caso, mas ainda assim, a reserva legal é elemento condicionante

Eis porque não se pode aceitar, na atualidade do direito brasileiro, a versão trivial e emotiva de que o processo é instrumento da jurisdição e que esta, em se fazendo pelo juiz, tenha escopos metajurídicos que possam medir-se pelo sentimento de justiça do julgador e não pelos comandos e paradigmas da lei. O *due process* significa, em primeiro lugar, no quadro constitucional brasileiro, que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*): é a precedência da lei à vontade jurisdicional e, se a lei constitucional assegura o contraditório, é esse conditio *sine qua*, como afirma Comoglio, tanto do “direito de ação” quanto do “direito de defesa” que é um “direito de ação contrária”. (LEAL, 2011, p. 180).

Essa judicialização, porém não pode, e nem deve transformar-se em ativismo contínuo de modo a ferir outras funções estatais, pois “em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente acho que o modelo tem nos servido bem” (BARROSO, 2010, p. 6), se o judiciário continuar fazer frente aos atos do executivo e do legislativo, de fato teremos um Estado se transformando em common law, pois ocuparia em si, ao menos em tese, todas as funções do Estado.

Em princípio, “o poder do Estado é uno, e as funções decorrentes do exercício desse poder são formas pelas quais a atividade dominadora do Estado se manifesta sobre as pessoas, obviamente”. (BRÊTAS *apud* MALBERG, 2012, p.13), ainda nessa linha deve-se anotar, que a “expressão função do Estado aflora nos textos jurídicos com sentido de atividade ou de exercício de poder. (BRÊTAS *apud* CANOTILHO, 2012, p. 13).

Não é outra a visão, retomando o pensamento de Lênio Luiz Streck mencionado alhures, “ Afinal, direito é poder. E os juristas sabem bem disso”! É de concluir por ordem de razão lógica, que “todas as funções do Estado e todos os *actos* em que se desdobram não podem deixar de ser funções jurídicas”. (BRÊTAS *apud* MIRANDA, 2012, p. 13).

Logo, criticada massivamente pelos cientistas jurídicos a expressão separação de poderes, vem sendo criticada por equivocada que é, e nem caberia na moderna ciência constitucional, e mal grado para os antecessores, Montesquieu jamais pronunciou separação de poderes, mas alinhado pelo pensamento do professor Baracho alinha seu pensamento

A expressão separação de poderes não foi mal empregada uma vez que Montesquieu, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, investidos de uma parte da soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leva ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica em separação absoluta de órgãos que exercem a função executiva e a legislativa”. (BRÊTAS *apud* BARACHO, 2012, p. 15).

Ainda, referindo-se as questões de poder, tem-se que são constitucionalmente balizados como funções, podendo se concluir inclusive que, “essas três funções do Estado são exercidas com lastro no mesmo fundamento de legitimidade e existem ordens jurídicas instituídas [...] quando estabelecem que todo poder emana do povo” (BRÊTAS, 2012, p. 25).

Por estas razões o exercício do judiciário para além do papel constitucionalmente traçado, é risco à legitimidade democrática, incorrendo daí, “o risco da politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do judiciário” (BARROSO, 2010, p. 10).

Se estamos falando de sistemas de direito [garantias e direitos fundamentais, obrigações e deveres constitucionais ou infraconstitucionais] e o direito propriamente dito [fenômeno social] “deve-se ater ao fato que pelas forças sociais que de modo desigual operam [...] pode-se admitir que todos os fenômenos jurídicos são, pelo menos de certo modo, fenômenos sociais.” (DIAS, 2014, p. 70-71).

Deve-se constatar ainda nesta esteira, que o direito não pode ser conjunto estático de regras, mas um processo, vendo-o como fenômeno social é ainda pertinente apontar, que é complexo, necessariamente nas entranhas do civil law, que demanda esforço de interpretação das normas em virtude da codificação. (DIAS, 2014).

Logo, se esse poder emana da sociedade, em que a “democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria”. (BARROSO, 2008. p. 11), é mister destacar que “o processo constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo direitos fundamentais”. (BARACHO, 2006, p. 119), não essa derrogação de direitos,

inclusive na esfera da lei maior como se tem inferido no âmbito das decisões judiciais.

Assegure-se, ainda que, “um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios , “Democracia e Estado de direito”, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de direito”(CANOTILHO, 2007, p. 89), não pode permitir que seus tribunais, ou qualquer outra função do Estado, contra o povo e sem a participação destes, transformem direitos em meros enunciados que limitem ou retirem do soberano o seu poder e seus direitos já conquistados.

Como resultado da atividade do judiciário, pôde constatar na prática que a atividade dos juízes, embora limitada às condicionantes da Lei de introdução as normas do direito brasileiro no que diz respeito à sua manifestação acerca do silêncio da lei (LINDB, artigo 4º) e as razões que autorizam a edição de súmulas, (artigo 2º, § 1º, da Lei 11.417/2006), há uma produção exagerada e sem a devida observação de determinados requisitos das próprias leis que intencionam explicar ou dar validade, como se verá a seguir alguns exemplos dessa atividade.

No microsistema de normas, chamado código de defesa do consumidor, balizado pela lei 8078/90, que foi uma conquista reconhecidamente das mais felizes para o Estado brasileiro, seu artigo 1º, através de princípios constitucionais informadores vem dizer, o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos, 5º, XXXII, 170, inciso V, da constituição federal e artigo 48 de suas disposições transitórias (BRASIL, 1990).

O código de defesa do consumidor em seu artigo 51, traz um rol exemplificativo de cláusulas tidas por abusivas, que são conforme sua literalidade, nulas de pleno direito se praticadas pelo fornecedor contra o consumidor, e a seu teor diz “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que:” (BRASIL, 1990).

E, se o referido código em comento, é notadamente de ordem pública e interesse social, como preleciona seu artigo 1º, nesse enquadramento o juiz pode agir de ofício por tratar-se de norma de ordem pública, agirá então para anular o ato viciado, porque os negócios jurídicos nulos, sequer chegam a nascer no mundo jurídico, convalidando de vício insanável.

Essa é inclusive, uma questão simples, que a rigor do artigo 104 do código civil brasileiro, informa que “a validade do ato jurídico requer I- agente capaz, II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável e III- forma prescrita ou não defesa em lei”.(BRASIL, 2002).

Sobre as questões patentes relativamente à nulidade, é preciso continuar a sinalizar- “A nulidade viola os interesses públicos, cuja proteção interessa a todos e, à própria pacificação social”(ROSENVALD;CHAVES, 2014, p.566).

E, é de assustar que os nossos tribunais que debaixo de uma vaidade gritante, tão clara como a luz do dia, não tenha levado em conta esses tracejados jurídicos bem solidificados, e editou a mais infeliz das súmulas (não vinculante), a saber, 381 STJ, que em seu teor ordena: - “ Nos contratos bancários, é vedado ao julgador, conhecer, de ofício, as abusividades das cláusulas”(BRASIL, Superior tribunal de Justiça, 2016).

Tamanha é a infelicidade desta súmula, haja vista violar todas as normas de direito de interesse público no ramo dos contratos das relações de consumo e desconsiderar totalmente as diretrizes das relações privadas.

Infelizmente é a esse tipo de decisão que tem se prestado os tribunais superiores, sem técnica e sem obediência às leis, promulgadas democraticamente, tal súmula, inclusive, vem sendo chamada de súmula inconstitucional por toda a doutrina brasileira, sequer é vinculante, e tem força cogente. No afã de dar celeridade e desafogamento do judiciário tentam abreviar a jurisdição, contudo “a decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também na sentença”. (NUNES, *apud* GONÇALVES, 2015, p. 150).

Outro julgado que vem causando repercussões negativas além daquelas liminares que bloquearam *Whatsapp*, foi um julgamento em que a juíza Moema Miranda Gonçalves, da 9ª vara cível da comarca de Belo Horizonte, na data recente de 09 de abril de 2016, proferiu liminar contra o Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP), em favor de Túlio Vivian Antunes Campos e Maria Clara Barros Mota, nos autos do processo 5059824-31.2016.8.13.0024-PJe.

Os autores pugnaram na inicial com pedido de tutela antecipada Inaudita altera parte, em que aduzem, que os representantes do Centro Acadêmico estariam politizando sua representação em favor da presidente da República, sendo desfavoráveis ao *impeachment*, e que a assembleia teria sido convocada às pressas em horário que dificulta a presença de todos os alunos. (GONÇALVES, 2016).

Por fim, aduz que era intenção do CAAP, uma greve estudantil político partidária, sem o quórum mínimo que seria de 5% do contingente acadêmico em direito e ciências sociais, em números precisos 100 alunos. (GONÇALVES, 2016).

Face às exposições em síntese do relatório da MM. Juíza de direito, fundamenta sua decisão nos seguintes termos:

Não há dúvidas de que, pelo teor da pauta da Assembleia, a matéria não se reveste da urgência que a diretoria da Entidade pretende atribuir-lhe, sendo certo que o processo de impedimento da presidente da República tramita há vários meses e que, após votação ocorrida na Câmara de deputados, a votação no senado ocorrerá em, aproximadamente vinte dias, havendo tempo suficiente para a realização da convocação, nos termos do caput, do artigo 12, do Estatuto. (BRASIL, TJMG, processo: 5059824-31.2016, GONÇALVES, 2016, p.7).

Logo, sua decisão face a essa fundamentação não poderia ser diversa, senão a concessão da tutela pretendida na forma satisfativa, conforme segue

Dessa forma, concedo a tutela provisória de urgência e, em consequência, declaro a nulidade da convocatória da AGE feita pela entidade ré para a data de 29/042016, às 16h, e determino que a parte ré abstenha-se de convocar AGE para tratar de assuntos relacionados ao impedimento da presidente da República, por fugir às suas atribuições estatutárias, e que se abstenha de deflagrar qualquer tipo de movimento grevista estudantil com motivação político-partidária. (BRASIL, TJMG, processo: 5059824-31.2016, GONÇALVES, 2016, p.8).

Conforme os contornos constitucionais, essa decisão encontra-se desamparada, pois fere frontalmente o direito de reunião preceituado nas cláusulas pétreas do Artigo 5º, XVI, merece também destaque que a decisão da meritíssima juíza encontra-se desamparada pelo próprio estatuto que cita em sua decisão em folha 4/10, *in verbis* são atribuições do CAAP, item “C) Organizar atividades de caráter cívico, social, cultural, científico, e artístico, objetivando complementar e aprimorar a formação universitária”(CAAP/UFMG, 2016).

Longe de discussões partidárias (sequer, é o objetivo), mas não se deve olvidar que, é no seio das universidades que aconteceram as maiores revoluções políticas. O uso do judiciário para coibir direito líquido e certo constitucional, faz dar guarida à qualquer espécie de perseguição a grupos, seja de esquerda ou direita.

E foi o forjamento da política capitalista que fez com que surgissem estudos jurídicos mais modernos na Europa, como a fusão da moderna Faculdade de Direito de Coimbra (PORTUGAL, Universidades de Coimbra, 2016) .

Foram por reuniões despretensiosas que *Jonh Wesley* em *Oxford*, na Inglaterra em meados de 1733, nos intervalos acadêmicos surgiu parte do forte movimento do protestantismo, que após ganhou o mundo, dando origem à igreja Metodista, (PORTAL METODISTA, 2016).

Não é o caso discussão religião e nem política, a essência é, contudo demonstrar como o meio acadêmico pode, transformar a sociedade por meios de mentes jovens e revolucionárias, que não pretendem manter-se aprisionados à qualquer espécie de ideologia paradigmática de um aparente de Direto, mas no fundo Estado autoritário, que desconsidere em seus cunho decisório,

...na medida em que não se tenha um núcleo teórico processual a balizar a construção da norma (ainda que, por hipótese, admitida a norma jurisprudencial), o que temos é uma violência sem fundamento no seu plano instituintes, emergido dos órgãos judiciários um *locus* de instalação e preservação de uma violência normativa (FARIA, 2012, p. 111).

Nos campos político e religioso, há uma forte resistência científica em discuti-los no direito, todavia são meios sociais de transformação e não devem ser ignorados quando estiverem em evidência de alguma forma, inclusive os direitos religiosos de qualquer espécie elencam o rol de direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, VI, da carta constitucional, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”. (BRASIL, 1988).

A abertura de concessões de qualquer espécie fará, que coisas que decisões a contra senso social sejam decididas, tais como o impedimento de direito de reunião, como foi o caso da juíza da 9ª Vara cível da comarca de Belo Horizonte, aliás este tom pujante dos juízes brasileiros tornou-se marca recorrente nas decisões judiciais, em sede do Superior tribunal de Justiça, veja o acórdão produzido por um de seus ministros

Não me importam o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do superior Tribunal de justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA e ATHOS CARNEIRO.

Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os Srs. FRANCISCO PECANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque pensa assim. E o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como esse ministro. Esse é o pensamento do Superior tribunal de justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da constituição federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (destacamos), (NUNES *apud* BRASIL, STJ, RESP 319.997-SC, Rel. Peçanha Martins, 2003, p. 192).

É contra esse usual método de formação do direito pelos magistrados que se tem lutado, parece que uma síndrome de poderio tomou conta da função judiciária exercida pelos magistrados, de modo que se negam a pautar-se nos fundamentos da norma e das leis, como bem pontuado Lênio Streck, em desacordo com o acórdão supra, pondera que não é do juiz o papel da criação do direito

Para aqueles que pensam que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de sua excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, não pode ser assim, (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade o ato imperativo não é produto nem da objetividade nem plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipista do intérprete: O paradigma do Estado Democrático de direito está assentado na intersubjetividade [...] Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos. [...] Numa palavra: o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia. Como bem alerta Marcelo Cattoni “ O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexões acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional. (NUNES *apud* STRECK, 2015, p. 193).

Outra posição autoritária encontraremos no caso dos (supostos) incidentes processuais, que tanta se utiliza o tribunal do Estado de Minas Gerais, e confirmadíssimos pelo Superior tribunal de justiça.

Nas ações que versem sobre falências, é possível estender os efeitos da falência de empresas sem vínculos societários diretos, ou alcançar pessoas físicas no mesmo sentido, é o que preceituam os Recursos Especiais 1.266.666, 1.259.018, 1.211.823, 1.259.020 e 1.258.751 (BRASIL, STJ, 2016).

Detidamente no Recurso especial 1.258.751, a pauta segundo a Ministra Nancy *Andrighy* na qualidade de relatora do procedimento, seria a possibilidade de extensão dos efeitos da sentença para outras pessoas jurídicas e físicas, desde que provado o conluio em fraudar credores, quando na verdade o instrumento ideal seria na incidência de fraude contra credores o instrumento próprio da ação Pauliana, e que segundo a ministra não vislumbra nulidades em face de inexistente e equivocado instrumento de aplicação para retomada de bens da fraude, outrossim

EMENTA

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

No REsp 1.259.018/SP, interposto pela sociedade AGRÍCOLA RIO TURVO LTDA., relativo à mesma controvérsia, a recorrente demonstrou que a extensão dos efeitos da falência sem a prévia citação vem sendo admitida pela jurisprudência da 3ª Turma nas hipóteses em que caracterizada a existência de grupo econômico. Cita, nesse sentido, inclusive, julgado de minha relatoria (RMS 12.872/SP, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002)

Na hipótese dos autos, verifica-se que realmente não há notícia de que o juízo de primeiro grau tenha promovido a citação ou a notificação da recorrente antes da decretação da extensão de sua quebra. Contudo, é fato também que a recorrente teve, ainda que a posteriori, suficientes oportunidades para se defender, inclusive mediante a apresentação de ampla documentação no agravo de instrumento que interpôs. Não é desconhecida do processo civil moderno a possibilidade de o juiz dar provimentos de cunho antecipatório inaudita altera parte. A condução do processo, portanto, deu-se de modo a garantir o pleno exercício, pela recorrente, de seu direito de defesa, não havendo que se falar em violação do arts. 6º, 12 e 14 do DL 7.661/45.

Além disso, é importante frisar que a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de dispensar a propositura de ação autônoma para que se defira a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade a empresas coligadas, consoante se vê nos seguintes precedentes: REsp 1.034.536/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 16/2/2009; REsp 228.357/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19/12/2003; entre outros. (BRASIL, 2016, REsp. 1.258.751, Rel. Ministra Nancy Andrigly).

É impossível ficar inerte às tamanha ilegalidades em nome da supostas legalidades cometidas pelos juízes nas cortes e tribunais brasileiros, tamanha a realidade dessa nova práxis que

O contato diário com a realidade forense revela o enfrentamento de um desafio quase insuperável especialmente para os advogados, subestimados em sua própria capacidade dialógica (re) construtiva do direito, uma vez que apresentar e provar uma tese que vá de encontro ao entendimento dominante acerca de determinada matéria é tarefa hercúlea, vendo-se obrigados a participar de um jogo de caça palavras nos repositórios físicos e eletrônicos de julgados em busca de amparo de fundamentação, em que a eventual adequação entre suas pretensões e o posicionamento jurisprudencialmente firmado é garantia apriorística de vitória. (FARIA, 2012, p. 98).

Por fim, infere-se concluir, que como já mencionado em outro momento no presente estudo, o risco da tropicalização de uma teoria jurídica, muito bem aferida...”(LANG, 2012, p.21), na esteira dessa super valorização do direito alienígena (FARIA, 2012) em confronto ao direito brasileiro, não promove a celeridade desejada, mas pelo contrário, endurece mais a morosidade (FARIA, 2012).

O fenômeno da jurisprudencialização, de onde os tribunais equivocadamente extraem de um único núcleo, a jurisprudência, os precedentes e as súmulas, em momentos típicos distintos, restará por mostrar que tais eventos na esfera decisória por ocasionarem a morosidade trouxe o mais grave dos problemas do judiciário, que é a litigância de interesse público (NUNES 2015), que culminará por desencadear nas sentenças cujo cunho decisório terá caráter não apenas de suprir lacunas legislativas, mas relativamente ao poder executivo acabará o juiz por prestar o papel de administrador do Estado (TEIXEIRA, 2011).

É o que se adentra no capítulo seguinte.

SENTENÇAS JUDICIAIS COM CARACTERÍSTICAS DE DECISÃO ADMINISTRATIVAS: LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, UMA CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL.

A priori, pode-se dizer em suma que todas as tratativas antes expostas, tratavam-se do fenômeno da judicialização. E como forma secundária, o fenômeno como é comumente chamado, fenômeno da jurisprudencialização e seus desdobramentos. Outros fenômenos irão despontar em desdobramentos importantes da atuação judiciária, todas com origem ou causa na “redemocratização do país, [...] a constitucionalização abrangente [...] e o sistema de controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2008, p. 4).

Face ao fenômeno da jurisprudencialização no direito brasileiro, exsurge um modelo ideológico de dominação (FARIA, 2012), que por outra consequência culminará na edição de súmulas e precedentes, mas não com pressuposto de trazer celeridade às demandas, mas fator de impedimento a entrada de demanda nos tribunais a rigor do artigo 332, novo Código de Processo Civil, onde o discurso encerra-se por si somente (NUNES, 2015).

E agrupado à fenomenologia das resultantes da exacerbada judicialização, a expansão por alongamento das competências dos tribunais superiores, para os tribunais de primeiro grau nos moldes do inciso IV do artigo 332, novo Código de Processo Civil, restou evidenciado, a partir de então, que para, além outros elementos judicialização houve nesta caminhada, “politização dos juízes e judicialização da política” (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

Logo o ativismo judicial, será visto, como o resultado da judicialização, em virtude da necessidade do judiciário em dar resultado rápido e lógico de sua atuação, seja em favor do jurisdicionado civil ou em favor do jurisdicionado ente executivo, “decorrência de uma crise da sociedade e do Estado”. (NUNES; TEIXEIRA, *apud* PONCIANO, 2013, p. 70).

Conceitualmente diferentes, a judicialização e o ativismo judicial, notadamente andarão juntos (BARROSO, 2008), dada a impossibilidade do judiciário atuar sem que seja provocado, logo o judiciário ainda que funcione como órgão político, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, não atuará politicamente se a inércia não for rompida diante dos “obstáculos criados pelos sistemas jurídicos à efetivação dos direitos, [...] ligado diretamente à situação financeira dos litigantes [...] “novos direitos subjetivos”, aqueles que envolvem esforços para apoiar cidadãos contra os governos”...(NUNES, *apud* CAPPELLETI; GARTH, 2013, p. 71).

Ainda no cenário do ativismo judicial, importante ressaltar que sua existência implica em mudança na forma de julgamento. No caso do Brasil, não se pode dizer que a causa é apenas uma mudança estrutural surgida com o paradigma de Estado Democrático de direito (redemocratização), o protagonismo judicial ganhou com o passar dos anos uma estrutura a partir de abertura do judiciário, todavia não se deve esquecer que o protagonismo judicial emerge do modelo de neoliberal (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

Das diversas conceituações, não obstante todas nuclearmente na mesma esteira, há em sentido um pouco mais amplo a seguinte exposição

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no caso contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008, p.6).

O ativismo judicial tem sua inaugural existência nos Estados Unidos da América, surge principalmente para resolver questões fundamentais, principalmente sobre negros e mulheres, políticas estas que o poder estatal privava-se de opinar e ou resolver (BARROSO, 2008), mas dado momento histórico, acabou por culminar na Litigância de Interesse Público e um ativismo judicial seletivo, que “delineia –se claramente um ativismo judicial seletivo, incentivando em alguns casos e reprimidos em outros”(NUNES;TEIXEIRA, 2013, p. 86).

Do mesmo modo que o direito brasileiro, obviamente em data mais remota, o caso norte americano, reivindicava-se a atuação cada vez mais intensa na tutela coletiva de direitos das minorias, ações afirmativas, homossexuais, indígenas , controle de legalidade dos atos administrativos (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

Cumprе ressaltar, neste ponto, que se o Estado se divide em funções para melhor desempenho institucional, “o judiciário tem papel fundamental na no desenvolvimento de qualquer nação”(JÚNIOR, 2011, p. 1), mas no modelo norte americano, a litigância de interesse pública, surgida no final de 1960 e início da década de 70, trazia a ideia de um relacionamento especial com a Administração pública, que transformou a estrutura processual de julgamento e do ato de julgar, (NUNES; T, 2013, p. 213).

Nesse sentido, a litigância de interesse público pelo menos a priori naquele direito, tinha contornos da garantia constitucional, às minorias, não obstante esse tipo de litigio buscar implementar a reforma estrutural

(...) Ocorreu nos Estados Unidos uma pequena revolução legal que transformou duradoura e profundamente a estrutura do processo e a função de julgar. Este Fenômeno foi chamado de “direito de interesse público”. Os tribunais federais têm gradualmente sido chamados não só para decidir controvérsias convencionais (contratuais e extracontratuais) entre os indivíduos, mas para gerir ações coletivas ou supervisionar as reformas estruturais em certas administrações. (NUNES;TEIXEIRA *apud* GARAPON; PAPADOPOULOS, 2013, p. 87).

No Brasil, há de se salientar, que inicialmente como já demonstrado, o afogamento do judiciário teve sua consequência na redemocratização, mas nos últimos anos principalmente em função do poder executivo, trouxe um profundo estado de crise para o Estado, que efetivou o uso de judiciário como maior litigante, segundo os números do Conselho Nacional de Justiça, o “reflexo deste déficit fiscal que acomete o Estado e chega ao judiciário traduzido na necessidade de incorporação de uma racionalidade gerencial”. (NUNES;TEIXEIRA, 2013, p. 5).

Na contramão, em momento secundário, pois em primeiro instante o judiciário se viu surpreso

frente aos seus cidadãos que buscavam a proteção das garantias fundamentais, por meio da tutela jurisdicional, ficou marcado pela inércia dos outros poderes, que na atualidade fazem uso mais frequente do judiciário, que naturalmente judicializa para evitar a curto e médio prazo tenha que cumprir com certas determinantes sociais (saúde, educação,...) tais como direito de pensão por morte, é nessa esteira que alguns doutrinadores do processo moderno tem dito, que o juiz torna-se um administrador, ao invés de apenas julgador, ultrapassa sua função (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

O problema dessa atuação do juiz não reside apenas, em estar em atendendo as questionáveis atuações do poder executivo, que por não suportar a estrutura social vem empurrando suas metas políticas não cumpridas, para dentro do judiciário, mas tal fato acaba por conceder um papel institucional muito maior que de fato tem o juiz que “assume o papel principal, aumentando, inclusive, suas atuações *“ex officio”* (NUNES;BAHIA, 2013, p. IX).

Daí, que surge o poder transcendental das súmulas capaz de por si somente, por fim a uma lide, muitas vezes chamada litígio de massa, ou casos de causa de julgamento repetitivo, que no código anterior aparecia no artigo 285-A, surgindo “para o juiz decidir, em hipótese de improcedência, inaudita altera parte, isto é, *in limini litis*, sem citação do réu, espécie insólita de tutela antecipada *ex officio*” (LEAL, 2014, p. 238).

Ainda nesse contexto, é o desejo da administração geral judiciária, que as demandas em favor da administração pública, diminuam, com decisões por atacado, achou a mágica fórmula de diminuição de demandas, que notadamente não surtiu efeito, e “dão às súmulas e jurisprudências dominante o poder de barrar o seguimento de recursos, além de é claro, das súmulas vinculantes, repercussão geral e julgamento antecipado” (BAHIA, 2013, p. XIII).

A priori poder-se-ia entender que as tentativas do judiciário em diminuir as demandas, era legítima, quando então criou os juizados especiais, seria uma ideia a priori até louvável, não fosse o resultado útil deles ser idêntico à justiça comum, e lamentavelmente sua inconstitucionalidade, ainda cabe destaque, “a jurisdição passou a ser um modo normal de governo”(GARAPON, 1999, p. 49).

O enfrentamento da questão só piora, quando obriga-se a deparar com a figura de alguns bons juízes a exemplo de Jorge de Oliveira Vargas e Eduardo Feld, fazem uma breve análise da administração pública, como descumpridora de leis, e das ordens judiciais, em seu caso do artigo A decisão judicial gerando efeitos de ato administrativo, publicado em âmbito jurídico, em que se discute a atual e caótica atuação da administração pública, que precisa judicializar para evitar cumprir seu papel, ditando, inclusive, que regras judiciais seguirá ou não, e infelizmente chancelado pelos tribunais superiores

(...) o alcance da liminar em mandado de segurança apenas a suspensão do ato que deu motivo ao pedido, não admite, em princípio uma ordem positiva, ou seja, de obrigação de fazer. Neste sentido, inclusive, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça dizendo: A parte não tem o direito de obter, em mandado de segurança, providência cautelar de natureza diversa ... da prevista em lei (suspensão dos efeitos do ato impugnado - art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51. (RSTJ 24/201) . Todavia esta limitação não reflete a amplitude do poder geral de cautela conferido ao juiz pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Se assim é, tem-se que esta limitação não foi recepcionada pela Carta da República e a conclusão lógica deste raciocínio é que o juiz poderá, através de uma liminar em mandado de segurança, antecipar, embora provisoriamente, os efeitos de obrigação de fazer (ÂMBITO JURÍDICO, VARGAS;FELD, 2013).

Quando os tribunais, sejam que esfera forem, dão tratamento especial a determinado poder/função, o que estão fazendo na verdade é atuando em litigância de interesse público seletivo, em total desrespeito aos princípios basilares da atuação judicante, a exemplo disto, a imparcialidade, a que se obriga todo juiz e tribunal como órgãos do poder judiciário, não há problemas com a litigância de interesse público se ela se pauta na equidade do juiz

A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático”, de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia...” (GARAPOS, 1999, p. 48).

O judiciário, tem outra ponte pela qual se infere dizer que produz sentenças como forma de administração, o artigo 332, como visto capítulos alhures, traz norma impeditiva de ações, conforme a Lei 11.417/2006, também já foi clareado que está consagrado na norma, justamente a entrada de novas ações, como a “relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (BRASIL,2016), é dizer que a administração interna corporis dos tribunais, também procura meios não somente de diminuir demandas, somente pelo número de entrada de processos, mas o sistema custa caro, já estampado capítulos acima, somente com contingente humano o judiciário brasileiro usa 89,5% do seu ativo em folha de pagamento entre ativos e inativos (CNJ, 2015), os dados da secretaria estadual de saúde apontam para os seguintes números

Não bastasse, essa atuação desenfreada em prol da Administração pública, contra o jurisdicionado, em números somente em São Paulo, no ano de 2015, recebeu Em 2015 o Estado recebeu 18.045 novas ações, contra 14.383 no ano anterior, 14.080 em 2013, 12.031 em 2012, 11.633 em 2011 e 9.385 em 2010. Atualmente a pasta cumpre o atendimento a aproximadamente 47 mil condenações, com gasto anual estimado em R\$ 1 bilhão. Do total de receitas atendidas via ação judicial, 69% são de médicos da rede privada de saúde. A pasta ainda atende a 482 ações de medicamentos e sem registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). O que causa maior impacto é que 90% do valor despendido pelo Estado de São Paulo no custeio da judicialização atende a apenas 4% do total de medicamentos requeridos na via judicial. Isso significa que cerca de R\$ 900 milhões são gastos para atendimento de uma camada muito pequena da população (SÃO PAULO, 2016).

Nesse espaço de discussões, uma abordagem final deve ser feita

A morosidade do judicial desincentiva detentores de direitos a litigar e incentiva agentes interessados em postergar suas obrigações a usar o judiciário, o que é um problema se seleção adversa, ainda mais trágico que a simples morosidade. (JÚNIOR, 2011, p. 4).

Logo, por conclusão lógica, que embora a lei maior dê garantias aos cidadãos ou o detentor de poder, não se pode dizer que está vigente de fato, e contra a administração governista, legislativo e judiciário (NEGRI, 2003).

Assim, o papel do judiciário na esteira do ativismo judicial mostra-se com bases em intenções

secundárias já exaustivamente delineadas, que objetivam crer que no ausente espaço de dialógico que a democracia garante para os cidadãos, como consequência essa atabalhoada sistemática de atuação que põem em xeque toda a sociedade refém dos falsos poderes emanados das funções, havidos como poderes.

CONCLUSÃO

Conclui-se primeiramente, pela inconstitucionalidade do artigo 332 e seus correspondentes, no novo Código de processo civil, haja vista sua proibição expressa a determinadas espécies de demanda, cuja elaboração dos tribunais entender ser juridicamente impossível, sem respeitar a máxima prevista nos moldes constitucionais, para o direito de ação e petição aos poderes públicos.

Logo, implica dizer que o exercício do direito de ação está absolutamente pautado no não rompimento da civilidade do indivíduo em poder levar suas controvérsias ao judiciário e ver o litígio resolvido, ainda que improcedente, mas somente ao final respeitada toda cognição.

Tal conduta, implica propriamente em lesão a direito, justamente o que trata o artigo 5º, XXXV, CF/88, informa como uma garantia inviolável, pois a seu teor, diz: a lei, não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Antes da edição deste mencionado artigo, a produção de Súmulas já vinham sendo uma prática corriqueira dos tribunais superiores, de modo algum é algo novo, mas por ocasião do artigo supramencionado, os tribunais estaduais passarão a editar súmula que tratam de direitos regionais, e com as tais poderão impedir a propositura de demandas e impedir a subida de recursos, sem a formação válida do processo, isto é, ferirá outro grande princípio constitucional – Devido processo legal-, pois ao declarar a improcedência liminar do pedido apresentado em juízo, impede a formação válida do processo.

Note, que a improcedência liminar do pedido, nesse sentido vai além de mero ato de obediência às súmulas, passou-se também a valorar os precedentes, que sem validade legal, vem tomando espaço, numa desenfreada vaidade dos magistrados, em poder legislar extraordinariamente, ditando o direito, assumindo forma dos precedentes de common law, o que todavia não encontra amparo histórico e nem legal, e no direito brasileiro devem ser chamados de paradigmas, jamais precedentes nos moldes que se pretende.

Ademais, importante afirmar, que os precedentes de common *law*, tem papel histórico atendendo aquela sociedade na sua forma. No Brasil, no entanto, é forma de organização meramente administrativa e dá protagonismo do juiz, em ditar a lei de forma estranha às instituições brasileiras, esvaziando o papel do legislativo, onde deve-se atender às formalidades do devido processo legislativo, instando lembrar, que os mecanismos de seu controle (difuso e concentrado) é que cabem ao judiciário fazê-lo, por meio do controle de constitucionalidade.

Como já visto no discorrer do presente trabalho, a crise gerencial instalada nos poderes Executivo e legislativo teve com o consequência direta, o desaguamento das questões sociais (gerais) no poder judiciário, obrigando a estrutura do judiciário a criar modelos de gestão para desafogar os

tribunais em suas demandas, todavia não é o jurisdicionado o problema do sistema, mas os poderes através de sua malversação que vem há décadas ocasionando um grave problema sistêmico, que lamentavelmente faz incorrer em decisões fora do paradigma de Estado de direito de democrático, isto é sem a participação popular (já que se fala em construção do direito).

Lado outro, o judiciário não pode neste momento privar-se de resolver, as questões a ele trazidas e como consequência assumir o papel de auto contenção judicial, pois seu papel encontra-se bem delineado na constituição de 1988, razão que implica dizer que o legislativo, por exemplo, deve retomar o papel institucional que lhe cabe, e a grosso modo, mas muito válido, fazer valer os altos salários que recebem nossos parlamentares.

A grave e finalística consequência é, que os poderes executivo e legislativo em nome de um obscuro meio de governança se aproveitam do judiciário para impor ações como meio protelatório de reconhecimento dos direitos dos cidadãos pela governança, firmados na ideia de que o interesse público sobrepõe aos particulares- uma ideia ultrapassada-, fruto do liberalismo.

A solução para o problema não é tão óbvia, embora o problema detectado esteja, não há como resolver a curto prazo. Se o executivo obedecesse as leis e o legislativo usasse de suas atribuições sem a vaidade partidária da atualidade, teríamos um judiciário mais pronto e célere a atender as demandas sociais, quais fossem, mas ponto de partida vislumbra-se, o executivo pode torna-se mais efetivo no cumprimento de suas atividades administrativas, e o legislativo passa atuar na representação que lhe foi outorgada por seus confiantes.

Nesse sentido, ainda é de se mencionar que a litigância de interesse público seletivo, surgida no EUA na década de 60/70, também não se aplica aos moldes brasileiros, já que havia ali uma política pública bem intencionada em dar solução às demandas da sociedade norte americana (imbuída de socialismo), lamentavelmente há uma litigância de interesse público em solo brasileiro, notadamente seletiva, mas na contramão das realidades sociais, e contra o constituinte do poder, que inverte o papel, retirando-lhe o poder e entregando-lhe para quem eleito foi.

As sentenças judiciais certamente não são atos administrativos, e este último se incorporam em características próprias, emanados do poder executivo. O que veem ocorrendo, todavia é que a contenção do executivo em atuar, nos atos que originalmente tem que mostrar-se ativo independente de sua esfera de atuação, é que, propositadamente sua contenção esbarrou no judiciário como forma de meio de resolução de conflitos para conseguir gerir o sistema da administração pública.

O juiz terá ainda por vários e longos anos decidir questões meramente administrativas, como conceder ou não remédios, autorizar ou não cirurgias, e outras demandas de caráter social, e isto faz na qualidade de administrador, e em lugar da Administração pública, que por sua vez, judicializa na espera do decisório favorável de negativa de direito – forma de suprir sua péssima atuação com dinheiro público.

O que se pode inferir, com essa finalística distorcida, é que percebendo essa logística diabólica das funções legislativa e administrativa, o judiciário como única função estatal, capaz de dirimir

obrigatoriamente o que a ele é levado, e percebendo também em determinado momento que havia necessidade de conhecer sua própria administração interna corporis, de modo mais efetivo, para dar-lhe solução madura e de forma sofisticada à rigor de uma gestão na medida do tamanho do judiciário brasileiro, inseriu-se pela emenda 45/2004, sua administração pelo Conselho Nacional de Justiça, de onde se pode extrair os primeiros números oficiais, não apenas o numerário financeiro, mas números de demandas e a espantosa descoberta que veio a dar origem ao pensamento culminado, haja vista a Administração pública ser maior litigante, inclusive dos recursos que obriga o judiciário em total e irrestrita obediência conhecer, que quebra a hegemonia da função e do poder nos moldes do artigo 2º da Carta Constitucional.

Destarte, o que denomina-se por sentença judicial com características de decisão administrativa, aquelas decisões judiciais afiliadas à litigância de interesse público, em que o juiz (atipicamente) atuará fazendo as vezes da Administração pública, não importando se procedente ou não, quando no exercício de suas funções ele se obriga a dar resultados práticos da vida social, quando a resposta deveria vir da própria administração pública, mas ao invés disso, a resposta vem de função estranha à função típica desenhada nos moldes constitucionais.

Deve ser excluído deste rol, aquelas decisões que evidentemente dão margem às decisões políticas, por parte da suprema corte, que evidentemente encontra-se revestida de encargo político simultaneamente à mera função de julgar, não obstante o ativismo não ser o remédio para os males da sociedade, trazidos pela incompetência funcional institucional do legislativo, onde principalmente se origina a crise de representatividade é certo dizer, que o ativismo moderado é necessário a toda e qualquer sociedade, e um judiciário atuante nas suas vertentes institucionais, mostra-se verdadeiro instituidor da democracia.

Aponte-se, ainda que de forma secundária, a sentença com características dos atos administrativos, torna-se uma sentença absolutamente administrativa, quando sua forma está restrita à rejeição de demandas, ocorrendo a extinção do processo com efeito de evitar o crescimento de demandas repetitivas, para evitar gastos da própria administração judiciária, pois como se pôde inferir, a diminuição de demandas pelos tribunais, tem função primordial ajustar as contas do judiciário (é o que se pode extrair da lei de súmulas) e é o que os números do próprio Conselho Nacional de Justiça deixam claros.

Todavia, nessa esteira, não se vislumbra súmulas de caráter impeditivo contra o poder executivo, uma matemática simples pode se fazer com os dados informados, já que ele (o executivo) na qualidade de maior litigante, abusa do direito de ação e recursos, deveria ser o primeiro a submeter-se à súmulas de caráter impeditivo, o que condicionaria o judiciário à uma melhora financeira e institucional.

A contrassenso, nota-se súmulas absurdas contra o jurisdicionado, produto da vaidade dos juízes, que imbuídos de um transcendentalismo acalorado, valorado pela necessidade de sua atuação neste momento histórico da processualística brasileira, produzem aberrações jurídicas, como a invalidação do artigo 104 do Código Civil, em face da defesa de uma política do sistema

bancário brasileiro, que surta a população com absurdos juros em cartão de crédito, conta corrente e outras operações financeiras, promovendo a pobreza da sociedade brasileira e o exagerado enriquecimento das instituições financeiras, todas nas casas do bilhões e lamentavelmente em sua maioria, sociedades financeiras empresariais estrangeiras, uma (re) lembrança e uma (re) leitura do Brasil colônia na sociedade moderna.

Não é o direito dos contratos e do consumidor, que abarrotam o judiciário, os números do CNJ demonstram tais fatos, daí a razão de ordem lógica à desnecessidade de formação de súmulas para beneficiar bancos e instituições financeiras e com a finalística de tolher o jurisdicionado.

Como suposta consequência, a diminuição das demandas, que em números não representa a melhora do judiciário, mas o abuso de decisões politizadas, a judicialização dos direitos sociais em grande escala e transformação dessa decisões em enunciados abstratos e gerais, sem o peso de duas medidas que permita discussão sobre o tema na forma do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. **Crise da democracia representativa: infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial**, Revista brasileira de estudos jurídicos, Belo Horizonte, n. 100, p. 58 a 83, jul/dez. 2009, disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/100057084.pdf>> Acesso em 01/12/2015

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos contemporâneos**, 1ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática. (Synthesis)**, Brasília, Volume 5, N. 1, 2008. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/pdf>> Acesso em 15/10/2015.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 26 de outubro de 2015.

BRASIL, **Lei 13.105, Novo Código de Processo Civil (2015)**: Promulgado em 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 01/12/2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos (1909)**, 7ª Tiragem (tradução de Carlos Nelson Coutinho), Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lênio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1ª ed. 6ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim GOMES. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed., 7ª reimpressão, São Paulo, Almedina, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual elementar de processo civil**, 2ª ed. Revisado e atualizado com julgados do STF e STJ, Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 2ª ed. Revista e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique. **Técnica Processual**, 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

-
- DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito: A abordagem do fenômeno jurídico como fato social**, 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Atlas, 2014.
- DWORKING, Ronald, **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 2007;
- FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito: Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática**, 1ª ed., Belo Horizonte, Arraes, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**, 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada, Salvador, Juspodvium, 2014.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini dicionário Aurélio**, 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, Curitiba, Positivo, 2010.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**, (tradução de Maria Luiza de Carvalho), 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, (Copyright 1996 do original de 1952), 2001.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio, **Técnica Processual e teoria do processo**, 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**, São Paulo, 27ª ed., Malheiros, 2011.
- HABERMAS, Jürgden (1929), **DIREITO E DEMOCRACIA: Entre facticidade e validade**, Vol. I, 1ª ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneicher- UGF, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- JÚNIOR GICO, Ivo. **A TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**, repositório da Universidade de Brasília-UNB, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf> Acesso em agosto 2015.
- JÚNIOR THEODORO, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; JÚNIOR, Fredie Didier; PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Novo CPC, Fundamentos e sistematização**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2015;
- JÚNIOR NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de processo Civil**. 1ª ed., São Paulo, RT, 2015.
- LANG, Patrícia Reinert. **A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO: uma análise, a partir da teoria do *Stare decisis*, da importância da revogação dos precedentes e seus efeitos decorrente, sob uma perspectiva do direito brasileiro**, disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31287/PATRICIA%20REINERT%20LANG.pdf?sequence=1>>, Acesso em março de 2016.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **A TEORIA NEOSTITUCIONALISTA DO PROCESSO: Uma trajetória Conjectural**, Belo Horizonte, Arraes, 2013;
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**, 12ª ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**, 12ª ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 16ª ed. Revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2012.

-
- MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e Cognição**, 1ª ed. 2ª reimpressão 2014, Curitiba, Juruá, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**, 1ª ed. 2ª tiragem, São Paulo, RT, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo Civil moderno**, Vol. 1, 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, RT, 2013.
- MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **CPC anotado**: OAB Porto Alegre, disponível em: http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf, acesso em setembro de 2015.
- MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**, 30ª ed., São Paulo, Atlas, 2014;
- NEGRI, André Del Negri, **Controle de constitucionalidade no Poder legislativo**, 1ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta Movere**: A vinculação dos precedentes no Direito Brasileiro, 1. ed., Rio Janeiro: *Lumen Iuris*, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. **PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO**: Uma análise crítica das reformas processuais, 1ª ed., 4ª reimpressão, Curitiba, Curitiba, Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Jorge Vargas; FELD, Eduardo. (Juizes de Direito) **A decisão judicial com efeito de atos administrativos**, âmbito jurídico, disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5132&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em dezembro de 2015.
- PORTAL METODISTA. **História do movimento protestante Metodista**, Disponível em: <<http://portal.metodista.br/pastoral/reflexoes-da-pastoral/john-wesley-e-o-movimento-metodista>> Acesso 05 de maio de 2016.
- SALES, Ana Flávia. **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais**, (coletâneas de artigos dos especialistas) 1ª ed., PUC, Minas, IEC- Instituto de Educação Continuada, Belo Horizonte, 2009.
- SECRETARIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, **Ofensiva contra judicialização**, Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/destaques/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializacao-da-saude>> Acesso em 18 de maio 2016
- TEIXEIRA, Ludmila; NUNES, Dierle José Coelho. **Acesso à justiça democrático**. 1ª ed., Brasília, Gazeta Jurídica, 2013;
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **A justiça em números**, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso 25 de novembro de 2015;
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Dados Sobre o Ministro Leal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=108>> Acesso em 21/04/2016)
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 3510, CÉLULAS TRONO** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso 05 de maio 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental, 144 inelegibilidade definitiva**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>> Acesso: 06 de maio de 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, Disponível em: 12 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>> Acesso: 06 de maio de 2016.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 381, revista eletrônica documentos**, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_34_capSumula381.pdf> Acesso em 05 de maio 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**, 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada, Salvador-Bahia, Juspodvium, 2014.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **História da universidade**, Disponível em: (http://www.uc.pt/fduc/faculdade/a_nossa_historia/historia_4). Acesso em 05 de maio de 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, **História das Inflações brasileiras**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/rec/REC%201/REC_1.1_03_Inflacao_brasileira_os_ensinamentos_desde_a_crise_dos_anos_30.pdf> ACESSO: 06 de maio 2016.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2013.