

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA IV**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

KEILA PACHECO FERREIRA

MARIA NAZARETH VASQUES MOTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Keila Pacheco Ferreira; Maria Nazareth Vasques Mota - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

Apresentação

Esta obra consagra o registro dos trabalhos aprovados e apresentados perante o Grupo de Trabalho Jurisdição, Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, durante o XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Consagrando os resultados das pesquisas produzidas por diversos Programas de Pós-Graduação e da Graduação, os estudos e debates proporcionam reflexões que se repercutem como uma importante experiência para todos os envolvidos, considerando o eixo de debates ligados à efetividade da justiça, na compreensão dos caminhos pelo processo (e fora dele) e diante da atuação da jurisdição.

Neste sentido, o GT concentrou-se na apresentação de catorze trabalhos, que, em síntese, trazem à lume as seguintes perspectivas:

Marcos Henrique Silveira e Priscila Emanuelle Coelho apresentam o estudo sob o título **PROCESSO DO TRABALHO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: EMERGÊNCIA DE UMA NOVA BASE PRINCIPIOLÓGICA**, elencando uma principiologia diferenciada a ser aplicada à nova estruturação do processo judicial trabalhista, em razão da organização dada ao processo eletrônico a partir da introdução da Lei 11.419/2016 no ordenamento jurídico pátrio.

Sob o título **O SISTEMA PRECEDENTALISTA BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**, Arthur Laércio Homci da Costa Silva e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro buscam a construção de um sistema de vinculação de precedentes, no ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica da teoria do Direito. Neste sentido, utilizam Ronald Dworkin como marco teórico, trazendo à baila sua teoria de “direito como integridade” que dá suporte para a proposta de sistematização dos precedentes.

Por seu turno, Natal dos Reis Carvalho Junior e Ricardo dos Reis Silveira apresentam seu estudo sob o título **OBSTÁCULOS NA CONSOLIDAÇÃO DE UMA CULTURA DE DIREITOS COLETIVOS E CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO CAPAZ DE PACIFICAR CONFLITOS DE MASSA**, destacando que a evolução legislativa sobre o tema do direito coletivo ainda enfrenta muitos percalços, demandando respostas efetivas que ainda lhe são carentes.

Com o trabalho **O REGIME DAS PROVAS DIGITAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**, Carlos Alberto Rohrman provoca reflexões sobre o poder da prova digital produzida sob a ICP Brasil, partindo do marco teórico da teoria da arquitetura da rede de Lawrence Lessig. Para tanto, analisa o regime de provas do novo Código de Processo Civil para a sistematização da prova diante do processo eletrônico, com destaque ao documento digital.

Germano Henrique Roewer busca descrever o papel do novo Código de Processo Civil diante da evolução histórica da tutela de urgência no ordenamento jurídico brasileiro, com o trabalho intitulado **EVOLUÇÃO NORMATIVA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E SUAS INFLUÊNCIAS**, resgatando não somente a influência europeia no instituto como também as novidades trazidas pelo novo regramento.

Com o trabalho intitulado **O REGIME DA COISA JULGADA ESPECIAL NO NOVO CPC E A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES POR SEUS FUNDAMENTOS**, Vanessa Sousa Vieira trata das mudanças provocadas pelo novo Código de Processo Civil, em especial no que se refere às questões prejudiciais incidentais, com destaque aos efeitos preclusivos da então considerada coisa julgada especial.

Cristina Atayde Leite e Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa apresentam seus estudos sobre o controle concentrado de constitucionalidade com o título **O PROCESSO OBJETIVO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**, por meio do qual questionam a consideração de um modelo de processo caracterizado pela unilateralidade e sem a necessidade de um contraditório e uma ampla defesa.

Diante do direito de petição, da duração razoável do processo e a decisão justa e exequível, Maurinice Evaristo Wenceslau e Ailene de Oliveira Figueiredo apresentam seu estudo intitulado **O PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA E A PETIÇÃO INICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**. Para tanto, o texto transita pelos requisitos da petição inicial, tecendo considerações pelo olhar interpretativo decorrente do novo Código de Processo Civil.

Ao destacar a importância do advogado com a teorização de sua prática profissional, Carina Deolinda da Silva Lopes e Franceli Bianquin Grigoletto Papalia apresentam o estudo sob o título O PAPEL DO ADVOGADO FRENTE À IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO DAS PARTES EM CONFLITO SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, traçando-se perspectivas da atuação profissional para além da representação das partes.

Com o trabalho sob o título O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CORRESPONDÊNCIA ENTRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN, Thaís Karine de Cristo lança seus estudos para a compreensão do significado e amplitude de princípio da cooperação, observando as influências que a concepção dworkiniana traz ao tema.

Ao resgatar a importância sistêmica do Código Brasileiro de Processo Coletivo, Marco Cesar de Carvalho constrói seu estudo denominado O NATIMORTO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E O PREJUÍZO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA, com o registro das peculiaridades do Projeto de Lei n. 5.139/2009, rejeitado pela Câmara dos Deputados e fonte de importantes considerações normativas.

O trabalho denominado O EMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN, de Thiago César Carvalho dos Santos, por sua vez, coloca em análise a atividade reativa dos tribunais no julgamento dos recursos, com destaque ao princípio da primazia do julgamento de mérito.

Numa proposta de compreensão sistemática das projeções do novo Código de Processo Civil para as ações coletivas, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Thais Costa Teixeira Viana trazem seus estudos com o trabalho denominado NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A MODULAÇÃO DO PROCEDIMENTO NAS AÇÕES COLETIVAS, utilizando-se das bases decorrentes da garantia constitucional do devido processo legal e da ampliação dos poderes das partes para celebrar essa negociação.

Também com enfoque no negócio jurídico processual, José Augusto de Queiroz Pereira Neto apresenta sua pesquisa sob o título NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO, por meio da qual verifica a aplicação do art. 190 do Código

de Processo Civil, somado ao artigo 3º do mesmo estatuto (tratando da promoção da solução consensual do conflito), com análise de manifestações de profissionais do Direito sobre o novo dispositivo processual.

Com o intuito de identificar o relacionamento das normas que regulamentam a eficácia dos precedentes judiciais, Rodrigo Andres Jopia Salazar apresenta o trabalho MICROSSISTEMA DE REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS, partindo da investigação realizada nos dispositivos processuais presentes no novo Código de Processo Civil e sua sistematização.

Consagrando o fechamento de trabalhos deste seleto grupo de pesquisas da coletânea, Sarah Regina Ott Clemente e Adriana Timoteo dos Santos Zagurski comentam suas perspectivas sobre a possibilidade prisão civil por descumprimento de ordem judicial de Juiz Trabalhista, com o seu trabalho sob o título EXECUÇÃO TRABALHISTA E PRISÃO DO EXECUTADO: UMA ALTERNATIVA EM BUSCA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.

Assim, é de se registrar que a experiência proporcionada pelos Grupos de Trabalho no CONPEDI assentam sua importância para todos os envolvidos. Os coordenadores do GT Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV cumprimentam os organizadores do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF bem como parabenizam os participantes pelo compromisso assumido para com a cultura jurídica nacional.

Prof^a. Dr^a. Keila Pacheco Ferreira (UFU)

Prof^a. Dr^a. Maria Nazareth Vasques Mota (UEA)

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama (Unipar)

**O EMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE
NIKLAS LUHMANN**

**BATTLE AGAINST THE DEFENSIVE JURISPRUDENCE ON THE NEW CODE OF
CIVIL PROCEDURE: ANALYSIS FROM NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMS
THEORY**

Thiago César Carvalho dos Santos

Resumo

Este estudo pretende analisar os efeitos do fenômeno da Jurisprudência defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Verifica-se que atividade reativa dos tribunais ao julgamento de recursos gera a perda progressiva da capacidade de auto-referenciamento do sistema jurídico. Assim, o Novo Código de Processo Civil propõe a construção de uma jurisprudência mais sólida e menos burocrática, combatendo à jurisprudência defensiva, a partir, especialmente do princípio da primazia do julgamento de mérito. Este princípio reforça o código referência do subsistema jurídico e fornece um maior fechamento contra eventuais irritações de ordens diversas ao sistema.

Palavras-chave: Jurisprudência defensiva, Novo código de processo civil, Principiologia, Teoria dos sistemas, Niklas luhmann

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the effects of the phenomenon of defensive Jurisprudence in Brazilian legal system, based on Niklas Luhmann's Systems Theory. It is verified that the reactive activity of the courts to the excess of demands for trial generates a progressive loss of the legal system capacity of self-referencing. Thus, the New Code of Civil Procedure proposes the construction of a more solid and less bureaucratic jurisprudence, against the defensive jurisprudence, especially from the principle of the primacy of the judgment of merit. It reinforces the reference-code of the legal subsystem and provides greater closure against possible irritations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Defensive jurisprudence, New code of civil procedure, Principiology, Theory of systems, Niklas luhmann

1 INTRODUÇÃO

É certo que uma das maiores preocupações do Novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei 13.105/2015 – foi promover maior efetividade à atividade jurisdicional no país. A crise de efetividade decorre, dentre outros fatores, do abalroamento do complexo jurisdicional a partir da crescente geométrica de demandas. Esse aumento em número e em complexidade de demandas é uma realidade vivenciada pela sociedade de massas.

A partir dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório anual da realidade da prestação jurisdicional no país, apurou-se que o órgão judiciário finalizou o ano de 2015 com um estoque de 74 milhões de processos. Verifica-se que mesmo com um aumento do Índice de Atendimento à Demanda (IAD de 104,4%), o estoque continuou a aumentar em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 42).

É possível perceber que a média de demandas resolvidas por ano na justiça brasileira, tem se mantido a mesma, girando entre os 28,5 milhões de processos baixados. Entretanto, o número de casos novos tende a aumentar. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 43).

A partir dos dados fornecidos pelo CNJ no relatório anual da realidade da prestação jurisdicional no país, apurou-se uma média nacional de taxa de congestionamento de 72,2% – aumento sutil de 0,5 pontos percentuais em relação ao ano anterior. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 48).

Em se tratando especificamente dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça terminou o ano de 2015 com um estoque de 373.534 processos, o que representa um aumento de 2,5% com relação a 2014. Decerto que a produtividade deste órgão tem sido de grande atenção, motivo pelo qual, se verifica um aumento do índice de produtividade dos ministros (+19,6%) e dos servidores (+16,6%).

Entretanto, é possível verificar, ainda uma presença considerável de decisões terminativas dentro deste órgão (358,8 mil). Apesar da redução em relação ao ano anterior (390 mil), essa taxa se representa expressivamente, se considerado o estoque de processos recebidos neste tribunal naquele ano de 2015 (325.663 processos).

A análise deste artigo se direciona ao fenômeno da jurisprudência defensiva, há muito observado na atividade jurisdicional brasileira, como resposta reativa dos tribunais, em especial dos superiores, ao aumento exponencial de demandas. Essa ocorrência, verificada acima pelo alto volume de decisões terminativas dos tribunais superiores, teve especial

atenção do legislador na elaboração do Novo Código Civil.

Este artigo pretende demonstrar os efeitos maléficos da Jurisprudência defensiva no ordenamento jurídico pátrio, em especial atenção à função dos Tribunais Superiores, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Com fundamento nessa constatação, pretende-se apontar o papel do novo modelo constitucional de processo na contenção deste fenômeno, de forma a promover maior efetividade e eficiência à prestação jurisdicional brasileira.

2 CONCEITO DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

As cortes superiores possuem elevada função dentro do sistema jurídico brasileiro. A Constituição da República remete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o zelo e a aplicabilidade da Constituição e da lei federal, respectivamente. Nesse sentido, tais tribunais possuem importante missão de interpretação, uniformização e proteção do direito, no propósito de garantir a isonomia e a segurança jurídica na aplicação do Direito.

Importante frisar que não incumbe a esses tribunais a revisão dos julgamentos de todas e quaisquer causas como se fossem uma terceira ou uma quarta instância recursal, mas decerto o encargo de mitigar as divergências de interpretação entre os demais tribunais e orientar a interpretação do direito pátrio.

A despeito da sua competência notadamente restrita e designadamente relevante dentro do ordenamento jurídico, o que se verifica é que os tribunais superiores são os que mais fazem uso de técnicas de julgamento meramente pragmáticas, criando entraves e empecilhos de ordem puramente procedimental, para além da norma jurídica, ao conhecimento de recursos: a chamada Jurisprudência defensiva.

Em atenção ao relatório mencionado na introdução deste artigo, a tendência do fluxo de demandas encaminhadas para apreciação do Judiciário é de aumento progressivo, o que implica em preocupações acerca da capacidade dos tribunais em analisar devidamente as causas e fornecer efetiva prestação jurisdicional. A pesquisadora Fernanda Farina (2012, p. 9-10) aponta diversas causas para o congestionamento dos Tribunais Superiores: falta de estrutura do Poder Judiciário, deficiência de funcionários, má gestão da máquina judicial, litigiosidade excessiva do próprio Estado, excesso de recursos, baixo custo processual para as partes, dentre outras, de cunho administrativo ou processual.

Em resposta emergencial ao excesso de volume de trabalho, ou mesmo por desídia e indolência dos julgadores, os tribunais desenvolveram mecanismos para impedir a admissão

de recursos, evitando assim a análise do mérito das causas.

Pode-se, então, conceituar “jurisprudência defensiva” como um excesso de rigorismo processual e procedimental que tem por propósito desviar-se da análise de mérito das demandas. Assim, se apresenta como o conjunto de decisões que ampliam hipóteses de não conhecimento de recursos.

Conforme apontado, este fenômeno é uma solução distorcida e desvirtuada para a situação patológica do sistema jurisdicional brasileiro, visando apenas à redução do número de processos a serem julgados.

Paulo Santarém afirma que o fundamento da jurisprudência defensiva seria a estrita liberdade interpretativa, característica das decisões judiciais. Contudo, uma decisão de cunho defensivo não obsta apenas a análise daquela causa específica, mas extirpa do mundo uma hipótese de incitação do Judiciário à resolução de demandas.

Essa concepção, por si só, traz, portanto, uma carga conceitual evidente, que se evidencia aqui em uma acusação: acusam-se os tribunais de vislumbrarem os processos como adversários, de quem se devam defender.

A palavra “defensiva” deve ser vista como significante de que os tribunais visam se esquivar de um número crescente de processos, como se eles representasse um mal a ser evitado. A idéia (*sic*) é de que a jurisprudência possa lhes servir como barreira para o crescente número das demandas. (SANTARÉM, 2005, p. 5).

Desta forma, os tribunais passam a criar embaraços procedimentais à resolução de mérito das demandas, sob a roupagem de suposta eficiência jurisdicional e em prol de um melhor funcionamento dos órgãos que prestam essa função. Entretanto, o que se percebe é que tal medida apenas serve para encobrir a carência estrutural do Poder Judiciário, que encontra-se inapto para gerir o volume de demandas judiciais, decorrentes da presente complexidade social.

É importante mencionar que, como um todo, a instituição do Judiciário encontra-se subdimensionado quanto a capacidade de tratar o volume de processos apresentados. Nesse sentido, conforme apontado por Fábio Hirsch (2007, p. 7), a jurisprudência defensiva é verificada em todos os Tribunais Superiores brasileiros, sem exceção. Contudo, o autor aponta ser o Supremo Tribunal Federal o mais afetado, em decorrência de sua posição e função de destaque, sendo órgão máximo de interpretação do direito no país.

Por sua vez, a crise de eficiência que se propaga nas Cortes superiores, não pode ser justificativa para que tais órgãos se desviem da importante função interpretativa que lhes é entregue. Em atenção ao entendimento de Paulo Santarém (2005, p. 6), ao sustentar posturas defensivas ao julgamento de causas, os tribunais negam a si mesmos, negam a sua função interpretativa do que seja ou não direito aplicável.

É neste diapasão, que a discussão acerca dos efeitos da jurisprudência defensiva a partir da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann se inicia. Passa-se, então, a analisar as consequências, na perspectiva teórica desta atividade restritiva de análise de demandas. Utilizar-se-á a teoria luhmaniana com o fim de demonstrar os efeitos nefastos da referida técnica jurisprudencial no tocante à organização interna do Direito.

3 OS EFEITOS DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

A teoria sob a sociedade contemporânea, desenvolvida por Niklas Luhmann, parte da ideia central de sistema, inspirada no conceito desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Em atenção à biologia, as estruturas organizacionais dos organismos vivos são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos, isto é, “se reproduzem produzindo novos elementos a partir de seus próprios produtos prévios, sem interferências externas diretas, criando uma ordem peculiar”. (SANTARÉM; SOUZA JÚNIOR, 2005, p. 9-10).

Etimologicamente, a expressão *autopoiese* descende do grego: *autos* (“por si próprio”) e *poieses* (“criação, geração”). Neste sentido, um sistema se reproduziria primariamente de acordo com seus próprios códigos e critérios de preferência, garantindo sua autonomia e identidade perante seu entorno.

Entretanto, não se pode dizer que "tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as 'partes' ou os 'elementos' de tais sistemas interagem uns com os outros e somente entre si". (RODRIGUES; NEVES, 2012, p. 24).

Desta forma, o meio de interação deste sistema [social] para com o ambiente seria através da comunicação – no caso dos sistemas psíquicos seria o pensamento. Um sistema, construído por sua lógica interna própria, passa por irritações geradas pelo ambiente, de forma que esse seria o estímulo para sua constante autodiferenciação e evolução. Isso porque cada vez que o sistema opera, por meio dessa relação de comunicação com o ambiente, ele acaba por gerar novas possibilidades de relações, tornando-se assim ainda mais complexo.

Segundo Luhmann (1997 apud KUNZLER, 2004, p. 128), “irritações se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, - do mesmo modo que informação – necessariamente produto do sistema”.

À medida que o sistema vai se tornando mais complexo, e por consequência

reduzindo a complexidade do ambiente, este atinge limites não tolerados pela sua própria estrutura e acaba gerando a sua própria autodiferenciação em subsistemas. Cada subsistema, por sua vez, possui sua lógica de diferenciação e seu entorno. Considerando a sociedade como o sistema social global, na perspectiva de Luhmann, o direito é um exemplo de subsistema.

Por sua vez, uma característica intrínseca à constituição do sistema é o fechamento operacional. O conceito orienta que o sistema não absorve o ambiente como está. As informações somente passam a integrar o sistema após a seleção, a partir do código-diferença e o seu processamento de acordo com a função que desempenha. “É importante saber que o ambiente não participa desse processo. Ao fechar-se, o sistema não permite que o ambiente lhe determine coisa alguma.” (KUNZLER, 2004, p. 129-130). Nesse sentido, o sistema constrói seu conhecimento e sua própria complexidade, que se distingue do ambiente e permite maior abrangência de possibilidades futuras de comunicação.

Sendo assim, os sistemas seriam operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos. As diversas determinações do ambiente somente serão inseridas no sistema (abertura) a partir do momento que este, segundo seus próprios critérios e código/diferença, atribui-lhes forma (fechamento). (MARCHESE; OLIVEIRA, 2014). Segundo Luhmann (1997 apud KUNZLER, 2004, p. 130), “sob a condição de fechamento cognitivo, um sistema desenvolve a própria complexidade e aumenta, nesse sentido, as realizações cognitivas”.

Desta forma, o direito, como subsistema social, pode ser interpretado como controle do código binário “lícito/ilícito”. É a partir deste sistema de diferenciação que se define que determinado valor que circula no discurso geral da sociedade pertence ao direito ou é juridicamente irrelevante (NEVES apud OLIVEIRA, 2014, p. 9). Os elementos do ambiente identificados como relevantes ao subsistema do direito são absorvidos e processados a partir do código-referência, e passam a integrar o direito, tornando-o mais complexo e capaz de maiores possibilidades perante o ambiente. Assim, é papel do direito criar expectativas normativas congruentes a partir da profusão de possibilidades.

Por sua vez, a degeneração, a corrupção deste sistema se dá quando o sistema passa a permitir a entrada de elementos do entorno, sem a devida verificação perante o código-referência. A este fenômeno, dá-se o nome de alopoiese. Expressão derivada do grego, alopoiese decorre da junção de *alôs* (“um outro”, “diferente”) e *poieses* (“produção”, “criação”). Neste sentido, a partir da injeção direta do ambiente acaba por gerar a perda da autonomia operacional do sistema, diluindo-se as fronteiras e perdendo em significado a própria diferença entre sistema e entorno.

Em se tratando do subsistema do direito, abandonar-se-ia o filtro do código-diferença

licito/ilícito e permitir-se-ia a acepção de injunções diretas da economia (ter/não-ter), da política (poder/não-poder), da ciência (verdadeiro/falso), da religião (transcendente/imanente) (NEVES *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 10). Desta forma:

Não se trata, [...] de bloqueios eventuais na reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional. (NEVES *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 10).

Dito isso, volta-se para o fenômeno da jurisprudência defensiva, que, conforme concluído, fixa-se como “toda construção de entendimentos por parte dos tribunais, que diminuam, no espaço da atuação interpretativa, o espectro de possibilidades de demandas jurídicas analisáveis”. (SANTARÉM, 2005, p. 6).

Neste sentido, é possível identificar um afastamento entre a postura tomada como defensiva para julgamento das causas e a ideia de autopoiese, e por sua vez, uma aproximação ao o que se chamou de alopoiese. São essas as conclusões de Makena Marchesi e Thaís De Souza Lima Oliveira (2014).

A relação causa-consequência opera de forma inversa na jurisprudência defensiva, dado que a decisão é conduzida a partir de seus resultados, e não como condições deles. O propósito a que se ocupa é a redução do número de processos possíveis. Por conseguinte, tratando-se de uma forma de comunicação do subsistema do direito, este processo gera uma construção interna, qual seja a reprodução do sistema, contudo, de tal forma que impede ulterior reprodução.

O processo de entrada de elementos por meio deste processo não promove uma incorporação de maneira a permitir novas possibilidades futuras. Pelo contrário, ela reduz, ou como dito “decepa” do mundo uma possibilidade de incitação do Judiciário à solução de conflitos. Paulo Santarém (2005) afirma que se cria uma contradição, na qual a função judiciária escolhe não julgar certa demanda ou espécie de demanda, ou seja, se decide não decidir.

Verifica-se, então, que a jurisprudência defensiva estaria subvertendo a lógica jurídica do subsistema porquanto passa a julgar em atenção a outras lógicas que não jurídicas¹. Assim sendo, o direito estaria negando-se a operar os seus próprios elementos e, portanto, deixando de se replicar no processo de comunicação interno. O caráter de abertura

¹ A rigor, qualquer procedimento de seleção de causas a serem julgadas pelas Cortes Superiores constitui juízo de conveniência e não, propriamente, pronunciamento jurisdicional, uma vez que não se aprecia questão de direito, material ou processual, mas se faz uma avaliação da conveniência, pela repercussão geral do caso ou pela transcendência da matéria, de haver um pronunciamento final da Corte Superior. (MARTINS FILHO, 2002, *apud* SANTARÉM, 2005, p. 17).

cognitiva intrínseco ao sistema autopoietico deixa de operar, vez que o sistema jurídico passa a se fechar a novas cognições, travando o ciclo comunicativo interno.

Se tomada a constatação do aumento das demandas como consequência da expansão da complexidade das relações em sociedade, pode-se concluir que o crescimento das possibilidades no ambiente gera consequente multiplicação das irritações ao subsistema jurídico. Neste caso, a resposta adequada do sistema autopoietico seria expandir a sua complexidade, isto é, evoluir para abarcar maiores possibilidades e reduzir a complexidade do ambiente.

Entretanto, a autodefensividade dos tribunais escolhe ignorar as irritações internas típicas, e por consequência “deixa de reconstruir internamente a realidade, mas de forma excludente, nega sua complexidade, em vez de se ocupar em reduzi-la.” (SANTARÉM, 2005, p. 19).

Importante lembrar que a Constituição, dentro da teoria dos sistemas, possui papel central na construção do código-referência jurídico. Por sua vez, dentro do sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal aparece como importante agente fiscalizador e aplicador do filtro contido na Constituição. Igualmente o Superior Tribunal de Justiça no seu papel de interpretação e aplicação da lei federal. Neste sentido, possuem estes órgãos a atribuição de “selecionar, de forma central, quais as interações entre os elementos do subsistema são aceitáveis, do ponto de vista da hierarquização do código com o qual ele opera.” (SANTARÉM, 2005, p. 15).

Diante dessa premissa, a partir de uma postura autodefensiva e meramente administrativa, os tribunais superiores, além de negar as competências constitucionais a eles atribuídas, acabam por mitigar a operacionalização do texto legal, precipuamente da Constituição. “Impede-se assim que o código direito e não-direito possa operar com a inovação da diferença constitucional e inconstitucional”. (SANTARÉM, 2005, p. 21). Desta forma, o ordenamento jurídico, a Constituição, acaba por perder sua força normativa, permitindo a justaposição de diferentes códigos referência.

Logo, verifica-se que o fenômeno da jurisprudência defensiva gera um progressivo enfraquecimento sistema normativo-jurídico, de modo que vai perdendo sua capacidade de auto-referenciamento e auto-diferenciação. Os tribunais superiores, ao julgarem mediante fatores alheios à dinâmica do subsistema jurídico, oferecer uma não prestação jurisdicional e impedem a evolução do sistema para solução de conflitos.

Passa-se então à análise das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil para verificar se seriam capazes de devolver ao sistema jurídico nacional a sua capacidade de

autodiferenciação plena.

4 PRINCIPIOLOGIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA MITIGAÇÃO DA AUTODEFENSIVIDADE E A REASCENÇÃO DO CÓDIGO-REFERÊNCIA DO DIREITO

O projeto de Novo Código de Processo Civil – NCPC – surgiu da percepção de perda da sistematicidade do Código de 1973, em decorrência de suas inúmeras alterações. Neste sentido, um dos principais focos da equipe de elaboração do projeto se fundou em um dos principais problemas da prestação jurisdicional no país: a ineficiência e falta de efetividade do sistema processual.

Conforme apontado em estatísticas no início deste artigo, a taxa de eficiência da função jurisdicional é preocupante, face à quantidade de processos pendentes de julgamento e o progressivo aumento de demandas ajuizadas.

Neste contexto foi promulgado o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), com a proposta de reativar a função jurisdicional no país, “detectando barreiras para a prestação de uma justiça rápida, bem como legitimando democraticamente as soluções, extirpando o formalismo excessivo, e promovendo um enxugamento do sistema recursal”. (LOURENÇO, 2012).

Salienta-se, entretanto, que o “Novo Código” é moderadamente inovador ou reestruturante, dado que apenas sanciona entendimentos e interpretações já reconhecidas pelos teóricos e aplicadores do direito processual, meramente de forma sistemática. (LOURENÇO, 2012).

Sem embargo, há de se considerar os esforços da pretendida reforma processual, a qual reforçou a importância e aplicabilidade dos princípios constitucionais ao processo. Assim, o Código anuncia em seus primeiros artigos um complexo de princípios que formam o núcleo estruturante do processo, dirigindo a sua interpretação e a integração do ordenamento.

É nesse sentido, que o NCPC propõe uma premissa de processo como instrumento garantidor de acesso à ordem jurídica justa, efetiva e em tempo razoável. Para tal, um dos focos do projeto é a construção de um sistema recursal compatível com o princípio da efetividade sem se distanciar do princípio acesso à justiça.

Destarte, verificou-se que o fenômeno da recorribilidade desmedida não estaria relacionada à quantidade de hipóteses de recursos disponíveis, mas a constatação de uma jurisprudência dispersa e oscilante (WAMBIER, 2011). Os idealizadores do NCPC acreditam

que aquilo que estimula o jurisdicionado a recorrer desmesuradamente, abarrotando os gabinetes dos julgadores, seria a jurisprudência dispersa e dúbia e não a diversidade de recursos existentes. (CARVALHO, 2015). Sendo assim, a premissa de redução drástica da quantidade de recursos disponíveis deu espaço a preocupação de consolidação de uma jurisprudência mais uniforme e estável.

É neste ponto que a proposta de novo processo se adere a este estudo, vez que para a promoção de uma jurisprudência equilibrada, seria imperioso o combate das posturas abusivas da jurisprudência defensiva e a promoção de restrições desarrazoadas e ilegítimas ao conhecimento recursal. Assim, propõe-se um sistema recursal menos burocrático, com a valorização da resolução de mérito das demandas em detrimento de requisitos formais sanáveis de admissibilidade dos recursos. (CARVALHO, 2015).

Conforme apontado por Teresa Arruda Alvim Wambier, relatora da comissão de juristas que elaborou o projeto do NCPD, “quando houver alguma causa de inadmissibilidade do recurso que não seja reputada grave, os tribunais superiores deverão ou determinar sua correção ou simplesmente ignorá-la, admitindo o recurso e decidindo no mérito”. (WAMBIER, 2011).

Desta forma, citar-se-ão abaixo três princípios que assertivamente orientaram a formulação dos mecanismos de embate à jurisprudência defensiva.

4.1 O princípio do acesso à justiça

O primeiro princípio, já mencionado anteriormente, é o acesso à justiça. O referido princípio encontra-se estampado na Constituição da República no inciso XXXV do art. 5º, e encontra suas bases como direito fundamental nas diversas declarações internacionais de direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948², e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969³.

Neste sentido, dentro da perspectiva neoconstitucionalista, é certo que a garantia do acesso à justiça não se restringe apenas ao livre acesso para propositura de ações judiciais,

² “VIII. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

³ “Artigo 8 [...] 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (BRASIL, 1992).

mas também garantir o direito a uma prestação jurisdicional com a solução integral do mérito e de forma satisfativa em prazo razoável⁴. O princípio ainda envolve a garantia do contraditório e da ampla defesa, com a possibilidade efetiva de as partes serem ouvidas e influírem no provimento da demanda.

É nesse diapasão que o Novo Código de Processo Civil trás em seus arts. 3º e 4º as seguintes orientações principiológicas:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (BRASIL, 2015).

Importante lembrar que o princípio do acesso à justiça opera igualmente às instâncias ordinárias e extraordinárias. O jurisdicionado tem o direito a um pronunciamento dos tribunais superiores acerca das matérias constitucionais ou infraconstitucionais que coadunam com a demanda.

Assim, percebe-se um compromisso no NCPC com o elemento da efetividade, já mencionado anteriormente.

4.2 O princípio da cooperação

Este princípio, também já indiretamente mencionado, decorre dos princípios da boa-fé e da lealdade. Neste sentido, “as atitudes dos personagens do processo devem estar comprometidas com o seu resultado, agindo com lealdade, verdade e em busca de uma solução para o conflito” (DUARTE, 2013).

O jurista Daniel Mitidiero, em sua tese de doutorado (2007), desenvolve que processo cooperativo é o modelo de processo do Estado Constitucional, cujo escopo por excelência é alcançar a justiça no caso concreto sob discussão. Mitidiero entende que, em uma visão ética da cooperação, se pressupõe uma “absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional.” (MITIDIERO, 2007, p. 12).

O NCPC apresenta os referidos princípios em seus arts. 5º e 6º:

⁴ A premissa de razoável duração do processo foi inserida na CR/88 por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 no inciso LXXVIII do art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988).

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015).

Assim, a lógica imposta é a de democratização do processo. As partes assumem importante atuação na manutenção ética do processo, se comprometendo a não impor entraves desnecessários ou expedientes inverídicos que possam abalroar o procedimento, e afetar a sua duração razoável.

Mitidiero (2012) explica que o processo cooperativo trabalha com a ideia de construção argumentativa, ou seja, o processo transfere-se da lógica apodítica para a lógica dialética. A decisão passa a decorrer, diretamente do trabalho das partes e do juiz na busca pela justiça do caso.

Vale frisar que o dever de cooperação se volta eminentemente para a figura do juiz, que conforme indica Fredie Didier Júnior (2007, p. 56), deve “tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”.

Nesta perspectiva, o juiz deve atuar ativamente na busca por um ponto de equilíbrio das partes, promovendo o diálogo judicial e garantindo a participação das partes na construção da decisão.

Para Mitidiero (2007), desta forma, o juiz do processo cooperativo deve ser isonômico na condução do processo, ou seja, paritário no diálogo, e apenas assimétrico no momento de decidir. Abandona-se a postura ingênua de neutralidade das decisões, mas reforça-se a necessidade de imparcialidade no contraditório. “Visa-se a alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo.” (MITIDIERO, 2007, p 56).

Sob a análise da jurisprudência defensiva, esse princípio, orienta o magistrado a atuar não mais mediante ao que se chamou de formalismo vazio. Assim, deve promover a participação ativa das partes, fornecendo a eles todos os meios para a construção de uma decisão de mérito. Estaria desta forma, vedada uma postura individualista de resolução da demanda em critérios meramente formais, sem que dada à parte a possibilidade de sanar eventual vício.

Importante frisar que os teóricos apontam que a cooperação processual imputa deveres intrínsecos à atuação do juiz, correspondendo aos deveres de esclarecimento,

prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes:

O dever de esclarecimento constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”. O de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (SOUSA⁵ apud MITIDIERO, 2012).

Apenas para abrir o leque de discussão, há de se atestar que o princípio da cooperação não é visto com bons olhos por todos os críticos do direito. Essa é a crítica proposta por Lenio Luiz Streck *et al.* (2014). Os autores afirmam que a condução cooperativa decorre de uma visão idealista e irrefletida do processo, que se aproxima do “homem bom” de Rousseau, portanto desacoplado da realidade. Atesta-se pelos perigos de oferecer ao juiz a possibilidade de inferir e participar do contraditório, trazendo ele mesmo, elementos para o processo. Teme-se que, “sob a insígnia da cooperação, açular-se desmedido protagonismo judicial”. (STRECK *et al.*, 2014).

4.3. O princípio da primazia do julgamento de mérito

O último princípio que merece a atenção do presente estudo é o da primazia do julgamento de mérito descrito no art. 4º do NCPC⁶. Este princípio, apresentado em concomitância ao princípio do acesso à justiça, da efetividade (art. 3º. e 4º. do NCPC), da cooperação entre os sujeitos do processo (art. 5º. e 6º. do NCPC) e do contraditório (art. 9º. e 10º. do NCPC⁷), intenta assegurar ao jurisdicionado a oportunidade de sanear os vícios processuais antes de eventual decisão terminativa.

Seguindo essa principiologia, o NCPC estabelece o artigo 139, inciso IX:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
[...]
IX - determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; (BRASIL, 2015).

⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o Novo Processo Civil. Lisboa: Lex, 1997.

⁶ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (BRASIL, 2015).

⁷ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

É possível verificar, desta forma, que o processo passa de fato a ser um instrumento para alcance de um provimento de mérito, atendendo efetivamente o papel da função jurisdicional. O Código então discorre em diversos dispositivos sobre a possibilidade de saneamento de vícios processuais e suprimento de pressupostos, para que seja dada continuidade ao feito com decisão efetiva da demanda.⁸

A aplicação e verificação deste princípio em diversos dispositivos do Código é um verdadeiro golpe na jurisprudência defensiva, uma vez que favorece o julgamento de mérito das causas, desde as instâncias ordinárias até a apreciação de recursos extraordinários. Eventual irregularidade meramente formal passa a não inviabilizar a apreciação da demanda em seu mérito. O julgador estaria desta forma, orientado a ignorá-la se possível, ou requerer às partes os ajustes necessários para apreciação devida da demanda.

Neste sentido, a forma processual passa a servir apenas como instrumento/meio de efetivação da análise da demanda, e não motivo para negativa de prestação jurisdicional. E assim, pretende-se reduzir o volume de decisões terminativas, impedindo o tolhimento da análise do mérito por posturas autodefensivas dos tribunais, no caminho para um processo constitucional.

Desta forma, o sistema jurídico passa a fechar-se novamente para todas as hipóteses de assunção de elementos diversos ao código-referência do direito, garantindo a manutenção do autorreferenciamento do sistema. O sistema fecha-se, a partir do abandono do formalismo excessivo e técnicas pragmáticas de julgamento de recurso, para abarcar maiores possibilidades, promovendo a redução a complexidade do ambiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar a partir dos estudos acima que a jurisprudência defensiva surge como uma reação ilegítima dos julgadores a um problema crônico da função judiciária no país que é a sobrecarga de demandas. Sendo assim, para dar uma falsa noção de eficiência aos Tribunais, adota-se uma postura de extremo formalismo para negar o conhecimento de recursos.

Entretanto, pode-se inferir que a questão do abarrotamento dos gabinetes com recursos para julgamento não seria resolvida com a negativa de prestação jurisdicional. Pelo contrário, a postura autodefensiva apenas permite um enfraquecimento da função jurisdicional

⁸ Citam-se os dispositivos: art. 76, § 2º, art. 218, § 4º, art. 1020, § 2º, art. 1038, art. 1042, § 3º, dentre outros, todos do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

e igualmente da força normativa do ordenamento. Segundo a analisada teoria de Luhmann, o sistema jurídico estaria perdendo sua capacidade de se diferenciar e sua autonomia perante os demais sistemas, enfraquecendo-se.

Mencionou-se a extrema relevância que os Tribunais Superiores possuem em sua função interpretativa das normas jurídicas. Incumbe a estes dar as diretrizes de aplicação da Constituição e da lei federal, com importante papel uniformizador da jurisprudência do país. Por sua vez, quando negam o conhecimento de uma causa, estariam desvencilhando-se da sua função constitucional e favorecendo a insegurança jurídica, o que, talvez seja uma das causas para o excesso de demandas recebidas.

É no sentido de proporcionar uma melhor organização sistemática do procedimento judicial, que o Novo Código de Processo Civil foi elaborado. O Código desenvolve uma principiologia baseada no conceito de processo constitucional-democrático contemporâneo e traz várias premissas de efetividade e garantias ao jurisdicionado.

A proposta se preocupa com a consolidação de uma jurisprudência mais uniforme e estável como uma resposta consciente à recorribilidade desmedida, e consequente volume de recursos para julgamento. Assim, promove o combate à jurisprudência defensiva vez que garantem o efetivo julgamento dos recursos, permitindo que eventuais equívocos e vícios sejam sanados mediante intimação da parte. Na perspectiva da teoria dos sistemas, os institutos reforçam o código referência do subsistema jurídico e fornece um maior fechamento deste contra eventuais irritações de ordens diversas ao sistema.

Por outro lado, apenas a título de indagação, questiona-se se o Novo Código terá de fato o papel de garantir efetividade ao tratamento das demandas, em especial no tocante ao sistema de precedentes. Enquanto o processo permite maior flexibilização acerca do procedimento, o julgamento de mérito das demandas vai encontrar enormes desafios para abarcar as especificidades de cada caso. Talvez, neste caso, o sistema tenha se fechado demais, impedindo a comunicação com as diversas possibilidades do ambiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CARVALHO, Marcela. **O novo sistema recursal e o combate à jurisprudência defensiva.** Jurídico Correspondentes, 12 maio 2015. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/adv/marcelacarvalhoadv/artigos/o-novo-sistema-recursal-e-o-combate-a-jurisprudencia-defensiva-1363>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016:** ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2007.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. Os princípios no Projeto do Novo Código de Processo Civil: visão panorâmica. **Revista Emerj**, v. 16, p. 47-71, 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/03/os-principios-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-visao-panoramica/>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, v. 209, p. 105, jul. 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/7517627/Jurisprud%C3%Aancia_Defensiva_e_a_Fun%C3%A7%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores>. Acesso em: 24 jan. 2016.

HIRSCH, Fábio Perianandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 132, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1489/1169>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

KUNZLER, Caroline Morais. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, 16, 123-136, 2004. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. **Temas atuais de Processo Civil**, v. 2, n. 2, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/175-o-neoprocessualismo-o-formalismo-valorativo-e-suas-influencias-no-novo-cpc>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MARCHESI, Makena; OLIVEIRA, Thaís De Souza Lima. A jurisprudência defensiva à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; TRAMONTINA, Robson; SANTOS, André Leonardo Copetti (Coord.). XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI / UFSC, 23, 2014. **(Re) Pensando o Direito:** Desafios para a construção de novos paradigmas. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 378-392. (Filosofia do Direito I). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96ebb3a7a95922d5>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo:** o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre. Disponível em:

<<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, v. 78, n. 1, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29621/003_mitidiero.pdf?sequence=4>. Acesso em: 16 jun. 2016.

OLIVEIRA, Thaís de Souza Lima. Legislação simbólica e a alopoiese no direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. In: SILVA, Eduardo Pordeus; REPOLES, Maria Fernanda Salcedo (Coord.). XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI / UFPB, 23, 2014. **A humanização do Direito e a horizontalização da justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 47-61. (Filosofia do Direito I). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. A observação da jurisprudência defensiva na diferenciação do subsistema do Direito. CONGRESSO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 11, 2005, Brasília, DF. **Anais...** Brasília: Editora da UnB, 2005. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96ebb3a7a95922d5>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz Streck *et al.* **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Consultor Jurídico, 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Entrevista: Teresa Arruda Alvim Wambier. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 06 dez. 2011. Entrevista concedida a Máira Magro. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1125690/entrevista-teresa-arruda-alvim-wambier>>. Acesso em: 7 jun. 2016.