

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1

O DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DO INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CPC: um olhar sobre o caso da aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos civis no TJ/RS

Odone Frederico Paul¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. OS DIREITO FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE; 2. O NOVO CPC E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS E A FORÇA DOS PRECEDENTES; 3. O DIREITO DE AÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NO CASO ESPECÍFICO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO TJ RS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

RESUMO

O presente trabalho trata do direito fundamental de ação e do direito de acesso à justiça diante do incidente de demandas repetitivas no novo CPC. Quer avaliar se esse instituto fere o direito fundamental de ação e o direito de acesso à justiça do cidadão por meio da análise de um caso concreto da jurisprudência do TJ/RS no que tange a aplicabilidade da teoria da imprevisão dos contratos. Descreve e reflete sobre a importância e a força dos precedentes judiciais cada vez mais crescentes no ordenamento jurídico brasileiro. No mérito, analisa a situação fática do TJ/RS durante o período de 2015 comentando três delas que se reputam de salutar importância para a compreensão da proposta, demonstrando que apesar das diferenças envolvidas ao caso a resposta dada foi sempre a mesma, sob a argumentação de precedente consagrado na respectiva Corte. O critério usado para pesquisa de jurisprudência foram as palavras “Teoria da Imprevisão” e “Contratos Civis”. Como resultados, encontraram-se 43 acórdãos publicados. Destes, 37 (trinta e sete) totalmente desprovidos e 06 (seis) parcialmente providos no que tange a verba honorária que foi redimensionada e/ou a cobrança de encargos moratórios. Para tanto, utiliza-se o método de procedimento dedutivo e de abordagem monográfica.

Palavras-chave: incidente de demandas repetitivas; precedentes judiciais, teoria da imprevisão.

ABSTRACT

This work deals with the fundamental right of action and the right of access to justice before the incident repetitive demands on the new CPC. Wants to assess whether this institute hurts the fundamental right of action and the right of access to justice of citizens through the analysis of case law of the TJ/RS regarding the applicability of the theory of unpredictability of contracts. It describes and reflects on the importance and strength of the ever-increasing judicial precedents in the Brazilian legal system. On the merits, we examine the factual situation of TJ/RS during the 2015 period commenting three of them who are considered salutary

¹ Acadêmico do 5º semestre de Direito da Fames. Técnico em Contabilidade. Endereço eletrônico: odonefp@yahoo.com.br

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

2

importance for understanding the proposal, demonstrating that despite the differences involved the case of the answer was always the same, under the argument precedent established in the respective Court. The criteria used for case law research were the words "Theory of Unpredictability" and "Civil Contracts." As a result, they met 43 published judgments. Of these, 37 (thirty-seven) totally destitute and six (06) partially provided with respect to honorary money it was resized and / or the collection of arrears charges. To do so, it uses the method of deductive procedure and monographic approach.

Keywords: Incident repetitive demands; decisis, theory of unpredictability.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema a análise dos direitos fundamentais de ação e de acesso à justiça diante das alterações sofridas no novo CPC devido ao advento do incidente de demandas repetitivas. Possui o intuito de aprofundar esta discussão sobre um olhar prático da aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos civis no TJ/RS. Neste sentido, quer se verificar se o incidente de demandas repetitivas no novo CPC fere o direito fundamental de ação e o direito de acesso à justiça do cidadão.

Para tanto, o trabalho será estruturado em três partes.

Num primeiro momento, será analisado a exaustiva constitucionalização do direito no decorrer dos últimos anos, trazendo à tona a ideia de que a Constituição Federal realmente deve ser utilizada como o topo da grande pirâmide para ratificar normas, regras e princípios e que estas tenham real eficácia. Serão delineados os contornos do constitucionalismo e da expansão da jurisdição constitucional que é o poder-dever do Estado exercido por meio de órgãos jurisdicionais competentes conforme estabelece a Constituição Federal e suas normas infraconstitucionais. Pretende-se abordar a importância dos direitos fundamentais que surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal.

Após serão analisadas as alterações do novo CPC no que tange especificamente aos precedentes e a análise de demandas repetitivas. Para, ao final, responder diante de uma pesquisa prática no TJ/RS sobre o uso da teoria da imprevisão nos contratos se tal prática fere, ou não, os direitos fundamentais comentados.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

Assim, a realização desta pesquisa conta com o método de procedimento dedutivo e de abordagem monográfica.

1 OS DIREITO FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE

Inicialmente, far-se-á uma breve evolução histórica a respeito do constitucionalismo, bem como de sua conceituação e de seu alcance. Assim, introduz-se o estudo do surgimento do ideal constitucional com as sábias palavras de Barroso (2009, p. 3):

no princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim.

Partindo da lição desse autor, percebe-se que o constitucionalismo surge para dar início a uma civilização, regulada pelo poder estatal, sendo que esta se encontra em constante mutação.

Dantas (2010, p. 11) ensina que o constitucionalismo surgiu para atender aos ideais liberais, objetivando principalmente a limitação do poder estatal. Para ele, pode ser conceituado como:

movimento político e jurídico, desencadeado pelas chamadas revoluções liberais burguesas, destinado a estabelecer Estados constitucionais, com a fixação de mecanismos de limitação e repartição do poder estatal, sobretudo para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, através da edição das Constituições escritas. É a antítese do absolutismo, do despotismo, nos quais prevalece a vontade do governante.

A doutrina é majoritária quanto à existência de diversos sentidos para o significado dessa palavra. Bulos (2007, p. 21) entende que se pode associá-la em um primeiro momento aos movimentos político-sociais, com limitação do poder arbitrário; numa segunda acepção,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

4

observa-se a imposição das cartas constitucionais; seguidamente os propósitos e funções de uma constituição na sociedade.

O constitucionalismo teve seu surgimento na antiguidade clássica. Karl Loewenstein (1998), citado por Tavares (2007, p. 4) foi quem identificou o nascimento desse movimento entre os hebreus, onde havia limitações ao poder político, por meio de imposição da “lei do Senhor”. Comparado ao seu atual estado de desenvolvimento, o constitucionalismo nesta época mostrava-se bastante tímido, mas coube ao povo hebreu o mérito de sua primeira aparição.

Para Magalhães (2005, p. 204)

Verifica-se do exposto que o constitucionalismo é uma ideologia. Esta é cambiante em face da evolução da sociedade, de modo que a cada momento histórico nos podemos falar de um novo movimento constitucional, ou, não seria equivocado dizer, de uma nova ideologia constitucional. Esta ideologia constitucional refletirá certamente nas várias concepções e nos vários modelos de Constituição que surgiram ao longo da história.

Ricardo Chiamenti (2007, p. 5) entende que o constitucionalismo “é o movimento político e jurídico que visa estabelecer regimes constitucionais, ou seja, um sistema no qual o governo tem seus limites traçados em Constituições escritas”. A Revolução Francesa pode ser considerada como o grande marco do surgimento do constitucionalismo e após, das Constituições escritas.

Nessa senda, Barroso (2009, p. 40) enfatiza o sentido literal do constitucionalismo contemporâneo:

democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade. Estes os fins maiores do constitucionalismo democrático, inspirado pela dignidade da pessoa humana, pela oferta de iguais oportunidades às pessoas, pelo respeito à diversidade e ao pluralismo, e pelo projeto civilizatório de fazer de cada um o melhor que possa ser.

Já, Canotilho (2000, p. 251) apresenta uma importante definição de constitucionalismo moderno, pela conceituação histórico-descritiva, onde se enfatiza o movimento histórico do constitucionalismo inserido no contexto filosófico da modernidade, livre de aspectos valorativos ou apropriações ideológicas. Segundo esta definição:

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

Portanto, para o referido autor, constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Nessa seara, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins “garantísticos”, transportando, assim, “um claro juízo de valor”.

Desta maneira, o referido termo, tal como se entende hoje, é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental, pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano, muito embora, como dito, existem autores que referem sua existência desde os profetas hebreus e da Carta Magna de 1215, como Lenza (2008) exemplificativamente.

Nas palavras de Manoel G. F. Filho (2008, p. 7) poderia ser minimizado ao sentido amplo e ao sentido estrito, onde no primeiro tem-se que todos os Estados possuem uma Constituição, independente de época ou regime político; e sentido estrito, pois na antiguidade a tutela de liberdades não era oprimida pelo Estado, assim os cidadãos podiam exercer seus direitos e garantias fundamentais.

O que se põe à mostra, ainda de forma pouco definida, é que nenhum outro ramo além do Direito Constitucional sente tão depressa as mudanças que ocorrem no mundo, tendo em vista, o profundo dilema que se encontram os aspectos da vida política, social e econômica, na atualidade.

É nessa órbita, que Canotilho (2000, p. 63) refere-se ao “novo constitucionalismo”, devido ao fato de atualmente falar-se que o direito constitucional acomoda a releitura de “problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, econômico e social”.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

Nessa senda, pode-se definir jurisdição como o poder-dever do Estado exercido por meio de órgãos jurisdicionais competentes conforme estabelece a Constituição Federal e suas normas infraconstitucionais, com o objetivo de solucionar conflitos entre as partes litigantes. Ensina Vicente Greco Filho (2000, p. 167) que a jurisdição pode ser definida como o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a isso, construindo a justa composição da lide.

Nesta mesma linha de raciocínio, Barroso (2009, p. 382) afirma que a constitucionalização expressa a irradiação de valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Constituição Federal pelo ordenamento jurídico dá-se pela chamada jurisdição constitucional, que abrange sua direta aplicação a determinadas questões.

Nas palavras de Celso de Melo, em discurso proferido em 23 de abril de 2008 na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes na presidência do STF, citado por Cambi (2009, p. 208):

a jurisdição constitucional é elemento indispensável da definição do Estado de Direito Democrático. Nenhum órgão público ou privado está acima da Constituição. Ninguém está imune ao império da lei e à força hierárquica normativa da Constituição. Nenhum poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para violar direitos públicos ou privados dos cidadãos.

Já, Bolzan (2010, p. 72) explica que cada vez mais a normatividade da Constituição vê-se realizada através da jurisdição quando seu conteúdo material está relacionado diretamente à vontade popular, utilizando-se de um sistema de justiça que se caracteriza cada vez mais por sua abertura na legitimação ativa de seus atores, seja pela incorporação de novas práticas, seja, ainda, pela introdução de novos conhecimentos para além da tradicional e, insuficiente, disciplinariedade da tradição do conhecimento jurídico positivista.

Acrescenta-se ainda, as palavras de Barroso (2009, p. 57):

nada obstante, a jurisdição constitucional, expandiu-se verdadeiramente a partir da Constituição Federal de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da ação de descumprimento de preceito fundamental.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

7

Seguindo a mesma linha de raciocínio, passa-se a uma breve análise histórica dos direitos fundamentais e posteriormente à conceituação dos institutos correlatos à temática principal deste trabalho.

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2010, p. 98) entende que os direitos fundamentais, também conhecidos como direitos humanos ou liberdades públicas, surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com a concepção das Constituições escritas.

Contextualizando, Cambi (2009, p. 31) define os direitos fundamentais como princípios:

nesse contexto, os direitos fundamentais são “princípios” que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos. Podem ser analisados na dimensão vertical (Estado-cidadão), mas também na horizontal (isto é, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se encontram em posição de igualdade formal), toda vez que houver desequilíbrio de poderes entre os particulares. Afinal, os direitos fundamentais não têm como inimigo exclusivo o Estado, na medida em que a violação a tais direitos pode prover também, e às vezes como maior gravidade, dos poderes privados e dos outros particulares.

Conforme ensina Silva (2008, p. 178), não há unanimidade doutrinária que permita uma definição pretensiosamente precisa da expressão direitos fundamentais. Muito dessa incerteza decorre justamente da amplitude que se pode conferir a expressão, muito também porque essa conceituação está muito ligada às questões relacionadas com as concepções de mundo e à ideologia política de cada ordenamento jurídico.

Sarlet (2002, p. 38) explica que não é raro as expressões direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos passem confundidas e utilizadas como sinônimos. Mesmo existindo autores que entendem que não há qualquer distinção, entende-se se tratar de conceitos diversos, mesmo que entre eles haja pouca diferença prática. Rapidamente, os direitos do homem seriam os naturais, que nascem com o mesmo, ainda não positivados; os direitos humanos encontram-se positivados na esfera do direito internacional, e finalmente os direitos fundamentais explica-se sendo direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

8

Cambi (2009, p. 37) ensina que, inicialmente é preciso compreender o sentido dos direitos humanos e sua diferenciação em relação aos direitos fundamentais:

os direitos humanos podem ser absolutos e relativos. São absolutos os direitos que todos tem frente a todos. São relativos os direitos que todos os membros de toda a comunidade jurídica tem na sua comunidade legal. Tanto os direitos humanos absolutos ou relativos são considerados suprapositivos ou morais. Neste sentido, é possível afirmar que os direitos humanos, mesmo antes de serem positivados, constituem uma ordem jurídica superior, objetiva, capaz de servir de fundamento universal para todo o sistema jurídico. Os direitos humanos se positivam, nas Constituições, como direitos fundamentais. Por isto, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídicas e institucionalmente reconhecido e garantido pelo direito positivo.

Os direitos humanos constituem uma versão moderna do que antigamente era chamado de “direitos do homem”. Pode ser considerado como uma abreviação dos direitos que são superiores aos demais direitos.

Pode-se dizer que a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza imaterial, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado.

Freitas, (2007, p. 58) traz a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, onde a perspectiva objetiva os colocaria como princípios básicos da Constituição, pois os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. Quanto à perspectiva subjetiva, entende-se que nesta visão, tais direitos se apresentam como um dever de ações negativas e positivas:

assim se identifica com ensejarem os direitos fundamentais, com maior ou menor intensidade, uma pretensão de que se realize determinado comportamento ou um poder de produzir alguns efeitos em determinadas relações jurídicas, correspondem eles à exigência de uma ação negativa, à exigência de uma ação positiva, ou ainda, às competências.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

9

Outrossim, o art. 5º da Constituição Federal é reconhecido por alguns autores como “catálogo de direitos”, mas lembre-se que ele não tem a pretensão de ser exaustivo, ou seja, de nomear somente nele todos os direitos e garantias fundamentais. Diz Bulos (2007, p. 219) que “o enunciado dos direitos fundamentais não é um catálogo completo, nem se apresenta como um *numerus clausus*”.

Ademais, é de se observar que em seu artigo 5º, §1º, a Constituição Federal de 1988 traz a afirmação que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, não dependem de edição de qualquer lei infraconstitucional para que se tornem autoaplicáveis.

Sobre o assunto, Otávio Piva (2010, p. 43) ensina que nas relações de direito público (eficácia vertical), há a incidência dos direitos fundamentais, posto que já uma relação de subordinação entre Estado-indivíduo. Constante sobre a eficácia horizontal, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais às relações de direito privado, especialmente por possuírem o caráter horizontal vinculam aos particulares a relação indivíduo-indivíduo, em uma relação de coordenação. Aqui vigora a ideia da autonomia de vontade.

Ainda, é possível identificar duas principais correntes doutrinárias quanto à aplicação dos direitos fundamentais, a primeira teoria da aplicação imediata pelo monismo, que por força do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais, têm efetivamente aplicação direta nas relações de direito privado, independentemente de qualquer intermediação normativa. Assim, estes direitos assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. A segunda teoria de aplicação mediata pelo dualismo, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição não tem aplicação imediata ou direta nas relações de direito privado. A aplicabilidade se daria por meio do direito privado.

Para Marinoni *et al* (2015, p. 76) para se entender o que o juiz faz quando decide, é preciso ultrapassar a concepção do Estado Constitucional e entender a função dos direitos fundamentais materiais. Nessa visão a “[...] a adequação da prestação jurisdicional depende da universalidade do acesso à justiça, do plano normativo processual, da estrutura material da administração da

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

10

justiça, bem como do comportamento do juiz [...]”. Ou ainda, depende da relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o seu “modo de ser” da jurisdição.

Dessa forma, não se pode mais ignorar o fato de que a jurisdição depende da dinâmica processual, pois sua aplicabilidade fica na dependência dos meios e das técnicas processuais. Com base nisso, na sequência, far-se-á um esboço de uma novidade trazida pelo novo CPC, qual seja, o incidente das demandas repetitivas.

2 O NOVO CPC E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS E A FORÇA DOS PRECEDENTES

Salutar nesse ponto trazer à baila a discussão das demandas repetitivas como uma anormalidade do sistema processual para ao final, questionar a força dos precedentes judiciais.

De acordo com Marinoni *et al* (2015^a, p. 576) a multiplicação de questões idênticas dentro dos tribunais pode vir a gerar decisões diferenciadas diante de situações semelhantes. “Isso é certamente indesejável no sistema e estimula, sobretudo, a multiplicação de demandas, até porque, até a decisão da questão singular, em relação a cada um dos sujeitos, nenhum deles poderá de antemão afirmar com certeza como deve ser tratada a sua situação”.

Foi pensando em evitar isso que se concebeu a súmula vinculante, o julgamento de recursos repetitivos e, o tema central do presente trabalho, o incidente de resolução de demandas repetitivas como outra opção, de análise exclusiva dos tribunais de segundo grau, conforme se vê no capítulo VII do novo CPC a partir do artigo 976. Segundo esse artigo seu cabimento é previsto se houver “[...] efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Conforme Marioni *et al* (2015^a, p. 579) “[...] não basta o potencial risco de multiplicação. Ou seja, não basta que a questão de direito tenda a repetir-se em outras causas futuras. É necessário que a reprodução dessa questão em outros processos seja concreta, efetiva, existente já no momento em que é instaurado o incidente”.

Ainda de acordo com o site do IBDFAM (2016) tal entendimento também será aplicado aos casos futuros que versem sobre idêntica “[...] questão de direito e que venham a tramitar no

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

território de competência do tribunal, enquanto tal tese não for revista pelo próprio tribunal”. Desse modo, ele tem aplicação em todos os processos pendentes e também em todos os processos futuros

Dito isso, a rigor não poderá haver discussão sobre a matéria de fato nos casos em que se pleitear tal aplicação. E, salutar perceber que ambos os incisos do artigo em comento devem estar presentes, isto é, além da efetiva repetitividade se faz necessária a presença do temor da ofensa a isonomia e a própria segurança jurídica.

Marioni et al (2015^a, p. 580)

[...] é inevitável que eventualmente instado a pronunciar-se a respeito de uma questão de direito em vários processos, a Justiça Civil produza decisões diferentes. Enquanto isso não afeta a visão de inevitabilidade da resposta jurisdicional única para aquela específica questão de direito, essa divergência é tida como normal, sendo internalizada pelo sistema. Todavia, quando essas respostas diferentes importem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta (*rectius*, sobre a interpretação adequada para determinada questão de direito) aí se terá o risco à isonomia e à segurança jurídica de que fala o art. 976, II.

De ressaltar que o pedido do instituto pode ser realizado tanto de ofício, quanto pelas partes, pelo MP, pela Defensoria Pública, com base no artigo 977 do CPC. Sua aprovação depende que se “[...] instrua a peça com prova pré-constituída que demonstre o preenchimento dos requisitos antes indicados, ou seja, da pendência de múltiplas demandas envolvendo apenas a mesma questão de direito, com risco à isonomia e à segurança jurídica” (MARINONI ET AL, 2015 ^a, p. 581) sem que haja definição de afetação de recurso repetitivo em tribunal superior. Ele não depende de custas e não possui prazo específico. Caso não se comprove os requisitos de admissibilidade, obviamente ele não será admitido, mas isso não impede que se faça novamente em momento posterior, desde que se comprove todas as condições elencadas, levando a reapreciação do pedido, de acordo com o próprio 976, “§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

Destaque-se o artigo 980 prevê que “O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”. Ultrapassado esse lapso, os processos retornam o curso normal, salvo decisão diversa, ao menos é o que se extrai da leitura de seu parágrafo único. Já os artigos 981, 982 e 983 tratam do procedimento após a admissão do incidente e da oportunidade de pluralização do debate.

Para Marioni et al (2015^a, p. 583)

A decisão do incidente deve abranger todos os fundamentos suscitados, referentes à tese jurídica decidida (art. 984, §2º). Sua conclusão será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da tese decidida, e que tramitem na área de abrangência do tribunal, inclusive às causas de competência dos juizados especiais.

Isso poderá ser igualmente aplicado a casos futuros desde que respeite as regras de competência e, claro, não tenham sido revogados. “Ou seja, deve-se observar fundamentação específica, que considere, entre outros valores, a revogação ou modificação da norma em que se baseava a alteração econômica, política ou social do ambiente em que se deu o entendimento anterior [...]” (MARINONI ET AL, 2015^a, p. 583-584), levando-se em consideração a preservação da segurança jurídica e da isonomia.

Por fim, é de comentar o artigo 987, do CPC, que trata do cabimento de recurso extraordinário ou especial, sobre controvérsia do mérito do incidente trazendo o efeito suspensivo e presumindo repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Após a apreciação pelos tribunais superiores serão aplicadas no território nacional “[...] a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”, (art. 987, §2º, CPC).

Apresentado o instituto, resta, outrossim, trazer à baila a força dos precedentes judiciais e sua importância crescente no ordenamento brasileiro.

Ronald Dworkin (2000) já mencionava que o Direito confere uma forma especial e esclarecedora à controvérsia política, mas que a decisão deve ser fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça, porque, em última análise,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

13

é isso que o império da lei realmente significa. A análise jurídica, nesse sentido amplo, é mais concreta que a filosofia política clássica, mais embasada em princípios que a prática política. Ela proporciona o campo apropriado para a filosofia do governo. Sustenta a afirmação de que a análise jurídica é fundamentalmente interpretativa, e oferece uma avaliação geral da interpretação para descrever em que sentido ela assim é. Um de seus argumentos contra o positivismo puro é que, embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa.

Dessa forma, questiona-se que apesar de importantes os precedentes podem não ser a única ou a resposta mais adequada ao caso. Porém, mesmo assim, são capazes de arrastar novas decisões embasadas na sua força. E, no Brasil, apesar de usar-se o sistema da civil law, cada vez mais se impõe seu uso.

Fala-se em precedentes judiciais no Brasil desde a Emenda Constitucional 45/2004, que além de ter promovido uma grande reforma no Poder Judiciário, trouxe as súmulas vinculantes, e a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da Constituição). A repercussão geral, matéria também disciplinada no Código de Processo Civil, sempre existirá quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

De acordo com Donizetti (2015) “[...]é possível constatar que os precedentes judiciais estão sendo aos poucos adotados pela legislação processual civil com a finalidade de imprimir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e maior celeridade ao trâmite processual”. Porém, eles não devem ser aplicado ao acaso e, é preciso “[...] considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado”.

Percebe-se, pois que apesar da noção de obrigatoriedade, eles não devem ser invocados em toda e qualquer situação. Por vezes, os fatos não “[...] guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Noutros, os fatos podem até guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam substancialmente diferentes” (DONIZETTI, 2015).

Assim, o mais importante é que o magistrado motive a sua decisão identificando exatamente as questões que considerou como essenciais ao desfecho da causa, notadamente a

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

tese jurídica escolhida, seus argumentos e fundamentação, pois dois casos podem ser apenas “aparentemente” similares.

Donizetti (2015) expõe que “[...] por mais que se almeje do Judiciário soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar os órgãos jurisdicionais, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento”.

No novo Código de Processo Civil eles estão entre os artigos 520 a 522, momento em que o legislador busca a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando a dispersão dos casos e a incerteza social nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Donizetti (2015) preceitua de forma adequada

A intenção do Novo Código é democratizar o debate jurídico, permitindo que apenas as decisões proferidas ou seguidas pela maioria dos julgadores sejam utilizadas como paradigma para decisões futuras.

Tal democratização não se sobrepõe aos princípios constitucionais, notadamente ao contraditório e ao devido processo legal. Com a devida cautela, o NCPC dispõe que na formação de um precedente será vedada a utilização do fundamento a respeito do qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar. De fato, a utilização de precedente só garantirá estabilidade quando restar assegurada a plena participação das partes. Caso contrário, ter-se-á verdadeira restrição ao acesso à Justiça.

Portanto, as técnicas que valorizam os precedentes judiciais devem auxiliar na garantia dos preceitos constitucionais e jamais engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

Feito isso, passa-se a análise do caso prático da teoria da imprevisão aplicada aos contratos civis no TJ/RS.

3 O DIREITO DE AÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NO CASO ESPECÍFICO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO TJ RS

Nada justifica que uma mesma demanda apenas com partes diferenciadas seja apreciada diversas vezes por um mesmo tribunal. Para tanto, propõem-se uma análise jurisprudencial no sítio do TJRS, que se deteve nos acórdãos publicados no ano de 2015. O critério de pesquisa de

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

15

jurisprudência utilizado foram as palavras “Teoria da Imprevisão”, “Contratos Civis”. Como resultados, foram encontrados 43 acórdãos publicados.

Ato contínuo analisou-se a fundamentação dessas decisões onde se pretendeu verificar se o Tribunal decidiu algum caso específico visando à aplicabilidade da teoria da imprevisão. Após essa análise preliminar, constatou-se de forma frustrante e, em resposta ao problema de pesquisa aqui suscitado, que nenhuma das decisões aplicou a referida teoria, sendo 37 (trinta e sete) totalmente desprovidos e 06 (seis) parcialmente providos no que tange a verba honorária que foi redimensionada e/ou a cobrança de encargos moratórios.

De outro lado, entre os acórdãos pesquisados, escolheu-se comentar três deles apenas para mostrar o quanto é fechada e difícil a aplicabilidade pelo TJ/RS da teoria da imprevisão no que tange a possibilidade de revisão dos contratos.

Antes de tudo, é preciso recordar que a possibilidade de revisão dos contratos ou a aplicabilidade dessa referida teoria, dá-se com base no artigo 478 do CC, sempre que se tratar de um contrato comutativo, oneroso, de trato sucessivo e/ou de prestação continuada. Para tanto, soma-se o fato extraordinário e imprevisível, capaz de tornar a prestação de uma das partes excessivamente onerosa. E, nesse ponto, que os Tribunais parecem relutar em reconhecer a vulnerabilidade do produtor rural diante dos acontecimentos do tempo.

Na apelação cível nº 70065908345 (Nº CNJ: 0276212-49.2015.8.21.7000), oriunda da Comarca de Carazinho. No Tribunal, pertencente a 15ª Câmara Cível, que teve cujo Relator o Des Otávio Augusto de Freitas Barcellos, negou-se a aplicabilidade, sob a alegação de que há tempos o TJ/RS vem renunciando o argumento de que os prejuízos experimentados por produtores rurais em razão de intempéries climáticas tornassem aplicável ao caso a Teoria da Imprevisão pelo desequilíbrio contratual experimentado pelos prejudicados. Alegaram, ademais que o “[...] o produtor rural tem perfeito conhecimento das possibilidades que podem advir do desequilíbrio contratual, sendo que tais ocorrências já são absolutamente frequentes, por mais lamentável que tal situação possa parecer”.

Outro argumento exposto é de que caso fosse reconhecido eventos climáticos como fatos extraordinários e imprevisíveis este fato prejudicaria os próprios agricultores, haja vista que as instituições bancárias acabariam, inevitavelmente a negar os créditos por não saberem se

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

16

receberiam pelos mesmos, trazendo a incerteza dos produtores para os credores de seus empréstimos.

No segundo caso escolhido, apelação cível nº 70065599987 (Nº CNJ: 0245376-93.2015.8.21.7000) da 7ª Câmara Cível, originária da Comarca de Camaquã, teve como Relatora a Des Marta Borges Ortiz, que também negou o reconhecimento da teoria da imprevisão que argumentava haver uma desproporção do valor pago ao produtor de fumo pela fumageira demandada.

Veja-se:

Afigura-se despicienda a realização de prova pericial, porquanto a avaliação do produto é feita com base em portarias do Ministério da Agricultura (fls. 333/336), sendo o preço do produto fixado de acordo com critérios técnicos provindos das entidades representativas dos produtores e indústrias, não tendo havido, inclusive, insurgência pontual da autora quanto aos valores apresentados pela ré em contestação.

Alegou-se para a negativa novamente o fato de que os aspectos relacionados a mudanças climáticas, influência de fatores biológicos e variações de preço do produto, vez que são características da atividade agrícola de público e notório conhecimento e que não são capazes de preencher o requisito do “fato extraordinário e imprevisível”, visto serem características inerentes da atividade objeto da relação contratual em comento.

No terceiro caso, fato semelhante ocorreu na Apelação Cível nº 70065882532 (Nº CNJ: 0273631-61.2015.8.21.7000), da 17ª Câmara Cível, oriunda da Comarca de São Jerônimo, cuja Relatoria esteve a cargo de Marta Borges Ortiz. Sustentava a Apelante a abusividade da cláusula de estimativa de colheita, afirmando que não são levados em consideração, na estimativa da produção da safra, fenômenos naturais ou externos ao contrato, que podem alterar significativamente a safra.

A Desembargadora alega que da análise dos autos, evidenciam-se apenas uma parceria comercial firmada entre as partes, inexistindo qualquer prova a motivar a afirmação de que teria a ré auferido vantagem econômica indevida que justificasse a revisão contratual.

Extraíndo-se parte da decisão, nota-se:

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

17

Corolário disso, ainda que dos fatores anteriormente citados possa ocorrer um determinado desequilíbrio no contrato, derivado de variações externas, a provocar agravamento patrimonial para um dos contratantes aquém de suas expectativas, o contrato deve ser cumprido, não havendo motivo para sua revisão ou resolução, vez que não se divisam vícios outros a embasar entendimento diverso.

Portanto, percebe-se uma tendência unívoca de decisões no mesmo sentido, de negar a aplicabilidade da teoria da imprevisão, de reconhecer a vulnerabilidade de produtores rurais e de outros profissionais que tentam a referida resolução do contrato em razão das prestações terem se tornado excessivamente onerosas pela alteração da situação fática posterior ao início da relação contratual.

Nesse sentir ainda restam considerações ao nível de considerações finais.

CONCLUSÃO

Com efeito, inicialmente foram delineados os contornos do constitucionalismo e seu desenrolar histórico. No desdobramento, as atenções foram concentradas no que tange à expansão da jurisdição constitucional que é o poder-dever do Estado exercido por meio de órgãos jurisdicionais competentes conforme estabelece a Constituição Federal e suas normas infraconstitucionais, com o objetivo de solucionar conflitos entre as partes litigantes, bem como na importância dos direitos fundamentais, também conhecidos como direitos humanos ou liberdades públicas, que surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal.

Após traçaram-se as principais questões referentes aos incidentes de demandas repetitivas e de seu procedimento no novo Código de Processo Civil, bem como a força dos precedentes judiciais.

Ao final demonstrou-se a pesquisa realizada no sítio do TJ/RS que se deteve nos acórdãos publicados no ano de 2015. O critério de pesquisa de jurisprudência utilizado foi por meio das palavras “Teoria da Imprevisão” e “Contratos Cíveis”. Como resultados, foram encontrados 43 acórdãos publicados. Supreendentemente, dessas decisões onde se pretendeu verificar se o Tribunal decidiu algum caso específico visando à aplicabilidade da teoria da imprevisão constatou-se de forma frustrante e, em resposta ao problema de pesquisa aqui suscitado, que

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

18

nenhuma das decisões aplicou a referida teoria, sendo 37 (trinta e sete) totalmente desprovidos e 06 (seis) parcialmente providos no que tange a verba honorária que foi redimensionada e/ou a cobrança de encargos moratórios.

Portanto, pela lógica aqui demonstrada, de que os argumentos são sempre os mesmos independentemente da peculiaridade do caso percebe-se que o novo instituto do incidente de demandas repetitivas pode ser aplicado ao caso da tentativa de aplicabilidade da Teoria da Imprevisão. No entanto, fica a angústia de que nem sempre o aprimoramento das técnicas processuais com vistas à obtenção de resultados mais efetivos no processo e tendentes a simplificar a atuação do Poder Judiciário é o caminho a ser seguido pela busca da justiça e da efetiva prestação jurisdicional, pois, nesses casos, poder-se-á estar prejudicando o próprio direito fundamental de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Número 9. Março-Abril de 2009.

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

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de aplicabilidade de teoria da imprevisão. Apelação Cível 70065908345** (Nº CNJ: 0276212-49.2015.8.21.7000). Relator: Otávio Augusto De Freitas Barcellos. 07 de outubro de 2015. Disponível em:
http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065908345&num_processo=70065908345&codEmenta=6511731&temIntTeor=true. Acesso em 03 abr. 2016.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de aplicabilidade de teoria da imprevisão. Apelação Cível nº 70065599987** (Nº CNJ: 0245376-93.2015.8.21.7000). Relator: Marta Borges Ortiz. 19 de novembro de

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

19

2015. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065599987&num_processo=70065599987&codEmenta=6556815&temIntTeor=true.

Acesso em 03 abr. 2016.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de aplicabilidade de teoria da imprevisão. Apelação Cível nº70065882532 (Nº CNJ: 0273631-61.2015.8.21.7000)**. Relator: Marta Borges Ortiz. 26 de novembro de 2015. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065599987&num_processo=70065599987&codEmenta=6556815&temIntTeor=true.

Acesso em 03 abr. 2016>.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2000.

CHIAMENTI, Ricardo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil> Acesso em: 21 abr. 2016.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

20

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Juarez. *O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos da exegese constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

IBDFAM. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Incidente de demandas repetitivas evita decisões contraditórias, diminui tempo de resposta do Judiciário e garante isonomia e segurança jurídica. Disponível em:<
<http://ibdfam.org.br/noticias/5971/Incidente%20de%20demandas%20repetitivas%20evita%20decis%C3%B5es%20contradit%C3%B3rias,%20diminui%20tempo%20de%20resposta%20do%20Judici%C3%A1rio%20e%20garante%20isonomia%20e%20seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADica>> Acesso em 21 abr. 2016.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.

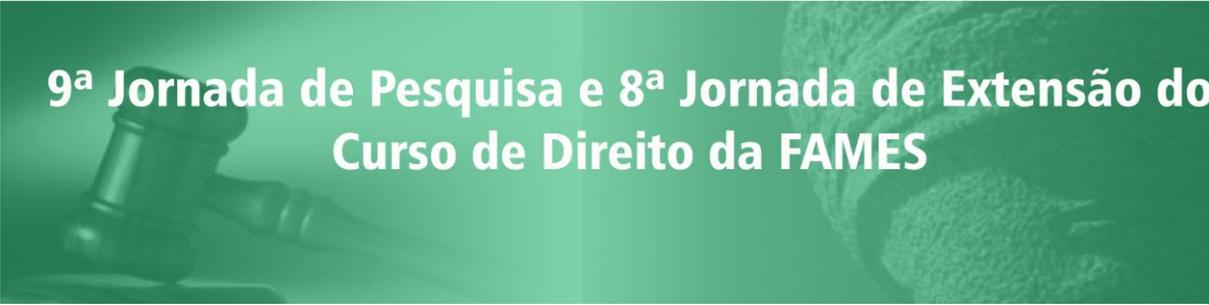
MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2005.

PIVA, Otávio. *Comentários ao art.. 5º da Constituição Federal de 1988 e teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.



9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do
Curso de Direito da FAMES

21

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.