

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação**

**DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR**

**DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: GARANTIA AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO**

Belo Horizonte

2016

DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR

**DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: GARANTIA AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme

Belo Horizonte

2016

---

O48d Oliveira Júnior, Délio Mota de  
Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro : garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação / Délio Mota de Oliveira Júnior. - 2016.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

1. Processo civil – Teses 2. Processo legal justo 3. Precedentes judiciais 4. Contraditório (Direito processual) I.Título

CDU<sub>(1976)</sub> **347.9**

---

DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR

**DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: GARANTIA AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre  
em Direito.

Belo Horizonte - MG, 13 de julho de 2016.

Componentes da Banca examinadora:

---

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

---

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Titular)  
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

---

Professor Doutor Antonio do Passo Cabral (Titular)  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

---

Professora Doutora Juliana Cordeiro de Faria (Suplente)  
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

*O processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade.*

(HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia:  
entre facticidade e validade)

*Não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, mas o que melhor se adapta às mudanças.*

(Charles Darwin)

Aos meus pais, Délio e Angélica, aos meus irmãos e à Rafaela.

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, Délio e Angélica, pelo amor incondicional,  
pelo amparo necessário ao meu crescimento pessoal e  
pelos valores que guiam a minha caminhada

Aos meus irmãos e familiares, pelo apoio e contínua torcida.

À Rafaela, pelo carinho, amor e companheirismo,  
fazendo com que meus dias sejam cada vez mais felizes.

Ao estimado amigo e orientador, Professor Doutor Fernando Gonzaga  
Jayme, pelo valioso diálogo, que me despertou e instigou para grandes  
reflexões acerca do Direito Processual Civil.

Aos queridos e admirados Professores Dierle Nunes, Gláucio Ferreira Maciel  
Gonçalves, João Alberto de Almeida, Juliana Cordeiro de Faria e Suzana  
Santi Cremasco, pelo ensino constante, por me estimularem ao estudo e por  
contribuírem decisivamente para o crescimento da minha vida acadêmica.

Aos amigos do Programa de Pós-Graduação da UFMG, especialmente ao  
Guilherme Costa Leroy, Marcelo Veiga Franco e Victor Barbosa Dutra,  
pelo profícuo debate e desenvolvimento de valiosos projetos.

Aos amigos do Escritório, especialmente aos Professores Osmar Brina  
Corrêa Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima, pelo incentivo, pelo contínuo  
aprendizado e crescimento profissional.

Aos valiosos amigos que me acompanham na convivência social,  
verdadeiros irmãos, pela alegre presença e pelo apoio.

Este estudo somente foi possível pela presença de cada um de vocês.

Muito obrigado.

## RESUMO

O estudo proposto tem como objetivo central investigar a teoria brasileira dos precedentes judiciais, dimensionada pelo Código de Processo Civil de 2015, a partir do modelo constitucional do devido processo legal. A partir disso, o estudo busca analisar se, no atual ordenamento jurídico brasileiro, há institutos e mecanismos que, apesar de prever a aplicação vinculativa e/ou impor a observância do direito jurisprudencial, possibilitem a aplicação das técnicas de distinção e superação dos precedentes judiciais, de modo a assegurar as garantias fundamentais do contraditório e da fundamentação. Examina-se os efeitos, a formação e a aplicação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, de modo a estabelecer a forma constitucionalmente adequada para o exercício do direito jurisprudencial. Por fim, a pesquisa analisa criticamente se a teoria brasileira dos precedentes judiciais prevê meios para evitar a aplicação automática e mecânica das teses jurídicas e impossibilitar o engessamento da interpretação do direito, assegurando o uso do direito jurisprudencial em conformidade com as garantias constitucionais processuais.

Palavras-chave: devido processo legal - contraditório - fundamentação - precedente judicial - distinção - superação.

## ABSTRACT

The proposed study is aimed on investigating the Brazilian theory of judicial precedent, established by the Civil Procedure Code of 2015, from the constitutional model of due process. From this, the study seeks to examine whether, in the current Brazilian legal system, there are institutions and mechanisms that although predicting the binding application and/or enforce compliance with the case law, allow the application of techniques for the distinguishing and overruling of judicial precedents in order to ensure the fundamental guarantees of the contradictory and grounded decisions. It examines the effects, the formation and the application of judicial precedents in the Brazilian legal system, in order to establish a constitutionally appropriate manner for the exercise of case law. Finally, the research critically analyzes if the Brazilian theory of judicial precedent provides means to prevent automatic and mechanical application of legal theories and to preclude the inflexibility of the interpretation of law, ensuring the use of case law in accordance with the procedural constitutional guarantees.

Keywords: due process - contradictory - grounding - judicial precedent - distinguishing - overruling.

## LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AResp – Agravo em Recurso Especial

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

AgRg no ARESp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil de 2015

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

EUA – Estados Unidos da América

FGV - Fundação Getúlio Vargas

FPPC – Fórum Permanente de Processo Civil

IAC – Incidente de Assunção de Competência

QO - Questão de Ordem

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.</b>	<b>O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>15</b>
2.1.	O modelo constitucional de processo .....	15
	2.1.2. A garantia constitucional do contraditório participativo, substancial e dinâmico .....	22
	2.1.2. A garantia constitucional da fundamentação racional das decisões judiciais .....	35
2.2.	A “crise” da atividade jurisdicional brasileira .....	48
2.3.	A tendência da padronização decisória no processo civil brasileiro .....	55
	2.3.1. O histórico das recentes reformas processuais .....	55
	2.3.2. As justificativas para a padronização decisória: garantia da segurança jurídica, da igualdade e da efetividade .....	62
<b>3.</b>	<b>AS TRADIÇÕES DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW .....</b>	<b>75</b>
3.1.	Origens históricas e fontes do Direito na tradição do <i>common law</i> e do <i>civil law</i> .....	75
3.2.	A doutrina do <i>stare decisis</i> do <i>common law</i> .....	82
3.3.	A <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i> : uma análise interpretativa .....	88
3.4.	A distinção ( <i>distinguishing</i> ) e a superação ( <i>overruling</i> ): outra análise interpretativa .....	97
	3.4.1. A técnica da distinção ( <i>distinguishing</i> ) .....	97
	3.4.2. A técnica da superação ( <i>overruling</i> ) .....	101
	3.4.3. A técnica da sinalização ( <i>signaling</i> ) .....	106
	3.4.4. A técnica da superação antecipada ( <i>antecipatory overruling</i> ) .....	108
	3.4.5. A decisão <i>per incuriam</i> .....	109

<b>4. A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....</b>	<b>111</b>
4.1. Os efeitos vinculante e persuasivo dos precedentes judiciais e a polêmica acerca da constitucionalidade da previsão vinculativa do juiz pelo Código de Processo Civil .....	114
4.2. A formação dos precedentes judiciais .....	127
4.3. A aplicação dos precedentes judiciais .....	134
4.4. A eficácia temporal dos precedentes judiciais .....	142
<b>5. DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL COMO TÉCNICAS DECORRENTES DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO .....</b>	<b>150</b>
5.1. Análise acerca da possibilidade de suscitar a distinção quando da suspensão do caso concreto até o julgamento dos casos repetitivos .....	152
5.2. Análise acerca da possibilidade de suscitar a distinção ou superação após a aplicação do precedente judicial .....	154
5.3. Análise acerca do procedimento de devolução dos recursos extraordinários aos tribunais de origem, em razão da afetação da matéria impugnada em sede de repercussão geral: A inconstitucionalidade da Portaria nº 138/2009 do STF .....	161
5.4. Análise acerca da não aplicação da tese jurídica em razão de argumento novo, que não foi abordado na fundamentação do precedente judicial .....	165
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>168</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>178</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) institui a teoria brasileira dos precedentes judiciais, estabelecendo que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, de modo a assegurar que a interpretação da norma jurídica seja estável, íntegra e corente.

Em clara convergência da tradição *civil law* com a *common law*, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina que determinados precedentes judiciais e enunciados de súmula possuem eficácia vinculante, instituindo a doutrina do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa tendência de padronização decisória, com a atribuição de força vinculante às decisões judiciais dos tribunais, principalmente dos superiores, é justificada com base em importantes garantias do Estado Democrático de Direito, tais como a segurança jurídica, a igualdade e a efetividade processual.

No entanto, é necessário analisar se essa teoria brasileira dos precedentes judiciais, a partir do modelo constitucional do devido processo legal.

Neste sentido, o presente trabalho se pauta pelo seguinte tema-problema que conduz a pesquisa: as normas do Código de Processo Civil de 2015, que estipulam a vinculação/observância ao direito jurisprudencial, em nítido caráter de padronização decisória, estabelecem institutos e mecanismos que possibilitam a aplicação das técnicas de distinção e superação dos precedentes judiciais, de modo a assegurar as garantias fundamentais do contraditório e da fundamentação racional?

Sem embargo, a busca por essa compreensão conduzirá a várias outras indagações que tangenciam o tema: as normas do Código de Processo Civil de 2015 preveem o esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a formação da tese jurídica, bem como possibilitam a participação de todos os interessados no julgamento do precedente judicial? As normas do Código de Processo Civil de 2015 asseguram aos jurisdicionados que, na aplicação vinculante da tese jurídica, o magistrado deverá apresentar fundamentação idônea, modo a demonstrar que os fatos determinantes na

formação do precedente judicial também encontram-se presentes no caso concreto? A eficácia vinculante da tese jurídica do precedente judicial acarretará o engessamento da jurisprudência, não permitindo o retorno da questão jurídica aos tribunais superiores, para se analisar novos argumentos relevantes para a formação adequada da *ratio decidendi*? A atribuição de força vinculante a determinados precedentes judiciais, através do Código de Processo Civil (lei ordinária) é constitucional?

As análises empreendidas se pautam em vertente jurídico-dogmática, examinando quais são os mecanismos e institutos necessários para assegurar que as garantias constitucionais processuais, precipuamente do contraditório e da fundamentação racional, sejam preservadas na teoria brasileira dos precedentes judiciais.

O marco teórico da pesquisa é a ideia de contraditório como garantia de influência e não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento de ofício, bem como estabelece o dever de fundamentação racional analisando todos os argumentos suscitados pelas partes e interessados, de modo a possibilitar a construção do provimento jurisdicional mediante a participação de todos os sujeitos do processo<sup>1</sup>.

O estudo é dividido em quatro capítulos.

Inicialmente, é apresentado as concepções do processo civil contemporâneo, a partir das visões constitucional do processo. Estuda-se a evolução das garantias do contraditório participativo/substancial/dinâmico e da fundamentação racional das decisões judiciais, com o intuito de compreender como se dá a efetiva aplicação desses direitos fundamentais no processo civil. Posteriormente, analisa-se a "crise" da atividade jurisdicional brasileira, para se entender o histórico das recentes reformas processuais e a tendência da padronização decisória.

---

<sup>1</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009, p. 125.

Em seguida, analisa-se alguns aspectos e institutos do *common law* que servem de parâmetro para o desenvolvimento e evolução da teoria brasileira dos precedentes judiciais, diante da evidente convergência entre as tradições *civil law* e *common law* no sistema jurídico brasileiro. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro ter instituído uma teoria dos precedentes judiciais própria, é importante levarmos em considerações os conceitos e a sistemática da tradição do *common law*, para o desenvolvimento e evolução da teoria brasileira.

Posto isso, passa-se ao estudo da teoria brasileira dos precedentes judiciais, prevista no Código de Processo Civil de 2015. Analisa-se os precedentes judiciais a partir dos seus efeitos no ordenamento jurídico, da sua formação e aplicação constitucionalmente adequada e da sua eficácia temporal.

Por fim, o trabalho analisa criticamente se o ordenamento jurídico brasileiro prevê o exercício efetivo das técnicas de distinção e superação dos precedentes judiciais, evitando a aplicação automática e mecânica das teses jurídicas, bem como impossibilitando o engessamento da interpretação do direito, de modo a assegurar as garantias fundamentais do contraditório e da fundamentação racional.

As investigações desenvolve-se precipuamente na seara do Direito Processual Civil, em caráter interdisciplinar com o Direito Constitucional, de modo a se conduzir a pesquisa em seus mais amplos aspectos, respeitadas as limitações do tema.

## 2. O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

### 2.1. O modelo constitucional de processo

O Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição da República de 1988, é idealizado como Estado garantidor dos direitos fundamentais. Valores como a igualdade, a segurança, a confiança, a liberdade e a participação democrática são alicerces para a implementação e consolidação do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito é concebido pelo ideal de racionalização jurídica da vida, o que representa um sistema baseado na legalidade normativa, garantidor da igualdade entre os indivíduos e da segurança jurídica. No Estado de Direito, aplicam-se às situações iguais a mesma norma e interpretação jurídica, bem como se assegura de que casos desiguais sejam tratados de forma distintas.<sup>2</sup> A proteção da confiança legítima e a estabilidade da interpretação da norma jurídica também estão garantidas no Estado de Direito, o que possibilita aos cidadãos a segurança necessária para calcular e planejar o seu comportamento nas relações jurídicas.<sup>3</sup>

No âmbito do Poder Judiciário, o Estado Democrático assegura a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito material, por meio do processo justo que garanta a real participação do jurisdicionado. No Estado Democrático, o processo deve ser "entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa".<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 22.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 252.

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, vol. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

Os paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos que se encontram inter-relacionados, de modo que "tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito".<sup>5</sup>

Neste sentido, o atual Estado Constitucional brasileiro é formado pelos valores do Estado Democrático de Direito, que tutela a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os direitos e as garantias fundamentais (art. 1º da CRFB).

Os direitos fundamentais, previstos na Constituição da República, são imprescindíveis à existência e à manutenção da democracia por constituírem o núcleo do sistema jurídico.<sup>6</sup> Desta forma, as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não se limitam a direitos subjetivos dos indivíduos; abrangendo, também, as garantias fundamentais da proteção desses direitos e os princípios objetivos da ordem democrática do Estado de Direito.<sup>7</sup>

Os valores dispostos nas normas de direitos fundamentais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico,<sup>8</sup> que as reconhece hierarquicamente superiores às demais normas, razão pela qual devem, obrigatoriamente, ser observadas nas funções, decisões e ações dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, sob pena de ofensa à Constituição.<sup>9-10</sup>

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 227.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 522.

<sup>7</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 71.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 209.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 603-604.

<sup>10</sup> Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que "aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário". (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61)

Neste sentido, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos ensinam que:

“As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios democráticos deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional”.<sup>11</sup>

Os direitos fundamentais são meios desenvolvidos para controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral, entre os quais se incluem os atos jurisdicionais. Portanto, como bem afirmado por José Alfredo de Oliveira Baracho, "o processo constitucional é metodologia de garantia dos direitos fundamentais"<sup>12</sup>.

A observância da garantia do devido processo legal é o meio de impedir o arbítrio do poder estatal e de assegurar, aos cidadãos, os direitos previstos na legislação, razão pela qual vincula todos os Poderes da República, não restringindo seu alcance apenas no processo jurisdicional, incidindo, também, de forma indubitosa, no processo legislativo e administrativo.<sup>13</sup>

Entre os direitos fundamentais relacionados à função jurisdicional do Estado, destaca-se o devido processo legal como um princípio genérico conformador dos demais princípios e garantias constitucionais processuais.<sup>14</sup> O respeito ao devido processo legal implica, conseqüentemente, assegurar ao jurisdicionado vários direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, tais como o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, vol. 19, ano 5, p. 51-80, maio/junho/2003.

<sup>12</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 23 e 47.

<sup>13</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; SALOME, Joana Faria; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. O reexame necessário no processo civil brasileiro: um mal desnecessário. *Revista de Processo*, v. 220, p. 375-405, esp. 386-387, jun/2013.

<sup>14</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 77.

juízo natural (art. 5º, XXXVII), o contraditório (art. 5º, LV), a ampla defesa (art. 5º, LV), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e a fundamentação racional das decisões judiciais (art. 93, X).

O exercício da função jurisdicional pelo Estado, por intermédio dos seus pronunciamentos judiciais, representa manifestação do poder político do Estado, exercido em nome do povo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB), de modo que jamais poderá ser autoritário, arbitrário e contrário à hermenêutica constitucional.

No modelo constitucional de processo, o exercício da jurisdição pelo Estado deve ser exercido dentro da inafastável estrutura metodológica normativa (devido processo legal) que assegure a democrática participação e influência dos jurisdicionados na formação das decisões, as quais devem ser adequadamente motivadas e entregues aos jurisdicionados de forma efetiva e tempestiva.<sup>15</sup>

Conforme assenta Ítalo Andolina, "a Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, como, por exemplo: a independência do Juiz; a estrutura participativa do *iter* de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na paridade de armas' etc.); a transparência e a legalidade do próprio produto judicial (o qual se realiza, sobretudo, seja pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos jurisdicionais, seja através do controle de constitucionalidade da Suprema Corte de Cassação, sobre as decisões com conteúdo decisório e não recorríveis de outra forma); a efetividade da tutela jurisdicional."<sup>16</sup>

Neste sentido, eis as precisas lições de Fernando Gonzaga Jayme acerca da observância das garantias do devido processo legal como forma de assegurar o processo justo:

"A observância da garantia do devido processo legal visa a assegurar um processo justo que regula a atuação das partes e

---

<sup>15</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 74.

<sup>16</sup> ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 22, n.87, jul./set. 1997, p. 64-65.

do juiz no procedimento que se realiza em contraditório. Manifesta será a arbitrariedade quando se privar alguém de sua liberdade ou de seu patrimônio sem assegurar-lhe, previamente, acesso ao devido processo legal. (...). O processo, enquanto instrumento de realização do direito substancial, tem de ser tempestivo e deve velar para que o procedimento se desenvolva sem dilações indevidas, conforme regras previamente estabelecidas, que assegurem a participação em contraditório das partes e que o julgador competente, independente e imparcial, profira uma sentença fundamentada, admitindo-se, quando não excepcionado pela Constituição da República, o duplo grau de jurisdição."<sup>17</sup>

Com a constitucionalização do processo, operada com o advento do Estado Democrático de Direito, “os institutos processuais passam, agora, a ser entendidos e lidos sempre a partir da perspectiva da estrutura constitucional do processo, ou seja, das garantias constitucionais mínimas do processo”. Concebe-se, portanto, um “modelo processual encampado nas garantias processuais acolhidas na Constituição”.<sup>18</sup>

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera ensinam que o modelo constitucional de processo é estruturado a partir de princípios e de garantias constitucionais processuais, estabelecidos na própria Constituição. Segundo esses juristas italianos, o modelo constitucional de processo possui as características da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade, como forma de adequar a interpretação da norma aos princípios e de garantias constitucionais:

- "a) na 'expansividade' (do modelo), consistente na sua idoneidade (derivada da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais comuns concebidos pelo legislador ordinário, fisionomia essa que deverá ser compatível com aquele modelo (o constitucional);
- b) na 'variabilidade', consistente na possibilidade de assumir (o procedimento) formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa ocorrer segundo várias modalidades, de acordo com os escopos particularmente perseguidos;

---

<sup>17</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 246.

<sup>18</sup> ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 53-54.

c) na 'perfectibilidade', consistente na idoneidade (do modelo constitucional) de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (no próprio respeito daquele modelo e em função de alcançar objetivos particulares) pode mesmo construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (novas) garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional."<sup>19</sup>

O intérprete do direito, no âmbito do exercício da função jurisdicional, deve ter uma postura proativa de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, as garantias constitucionais.<sup>20</sup>

Deste modo, conforme preceitua Ítalo Andolina, o processo deve ser entendido como "instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a ideia-força de sua atuação concreta".<sup>21</sup>

Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho assenta que:

"A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. (...). O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exeqüíveis. (...). O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional."<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 14-15. *Apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 237-238.

<sup>20</sup> Neste sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 161, ano 33, julho. 2008, p. 262; FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 247, 2015, p. 106-111.

<sup>21</sup> ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 22, n. 87, p. 65.

<sup>22</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 11-15.

Além disso, no modelo constitucional, a interpretação e a aplicação do Direito devem observar, necessariamente, as normas constitucionais e os direitos fundamentais. Deste modo, o intérprete não deve analisar as normas processuais infraconstitucionais de forma isolada, mas sim de acordo com as garantias constitucionais.<sup>23</sup>

Constata-se, portanto, que o modelo constitucional de processo tem dois aspectos relevantes: (I) garantir o exercício de direitos processuais fundamentais dos cidadãos como meio de controle dos atos judiciais; e (II) assegurar que as normas processuais infraconstitucionais sejam interpretadas de acordo com as garantias constitucionais.

A partir do modelo constitucional do processo, nasce a ideia do processo justo, no qual a tutela jurisdicional é sempre assegurada (inafastabilidade do controle jurisdicional) e prestada com observância às garantias constitucionais processuais, possibilitando que as partes participem da construção do provimento com absoluta paridade, de modo a influir com seus argumentos e provas no convencimento decisório do juiz, o qual deve ser, necessariamente, motivado, independente e imparcial.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior ensina que a:

"tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa somente seria a disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição. (...). Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de 'processo justo' em substituição à velha noção de 'devido processo legal'. (...). Em suma: o 'justo processo' não pode ser formalizado pelo legislador ordinário, nem aplicado pelos órgãos jurisdicionais, sem amoldar-se ao modelo constitucional. (...). Da constitucionalização do processo decorre um 'processo justo' que absorve, naturalmente, aqueles direitos fundamentais específicos do processo, como a garantia do juiz natural e a proibição do juízo de exceção (CF, art. 5º, XXXVII e LII), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º,

---

<sup>23</sup> Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ponderam que "se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 110).

LVI) e da motivação obrigatória das decisões judiciais (art. 94, IX)."<sup>24</sup>

Portanto, conforme pondera o jurista italiano Nicolò Trocker, "justo não é qualquer processo que se limita a ser 'adequado' no plano formal. Justo é o processo que se desenvolve segundo os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e os valores aceitos pela coletividade".<sup>25</sup>

### **2.1.2. A garantia constitucional do contraditório participativo, substancial e dinâmico**

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida, precipuamente, pelo jurista alemão Oskar von Bülow, através da obra intitulada "Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais" (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), publicada em 1868.

Oskar von Bülow, conferindo autonomia científica ao direito processual, de modo a desvincular o processo do direito material, defendeu a ideia da existência de uma relação jurídica processual de direito público, formada entre as partes e o Estado.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-243.

<sup>25</sup> "Giusto, non è qualunque processo che si limiti ad essere 'regolare' sul piano formale. Giusto, è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività." (TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LV, 2001, p. 384).

<sup>26</sup> "Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que, as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. (...). A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação." (BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 06-07).

Segundo Oskar von Bülow, a relação jurídica processual teria sujeitos (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressupostos próprios de caráter processual (propositura da demanda, capacidade processual e investidura na jurisdição daquele a quem a ação é dirigida). Assim, após o ajuizamento da ação, criam-se vínculos jurídicos entre as partes e o Estado-juiz, que passam a ter poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações e sujeições.<sup>27</sup>

Essa relação jurídica processual estabeleceria um vínculo de subordinação entre os sujeitos processuais, em que uma das partes poderia juridicamente impor à outra a prática de determinado dever jurídico/prestação/ato processual, sob o controle do Estado-juiz, que conduz o processo.<sup>28</sup>

Portanto, a teoria de Oskar von Bülow tem a visão da jurisdição como atividade exclusiva dos juízes, impondo o fortalecimento exagerado do papel dos magistrados, que supostamente controlariam a conduta das partes.<sup>29</sup>

Contudo, apesar da sua importância no desenvolvimento do direito processual como disciplina científica autônoma, a teoria do processo como relação jurídica processual é inconsistente na concepção de Estado Democrático de Direito, consagrada na Constituição da República de 1988 (art. 1º).<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 05. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 428.

<sup>28</sup> "A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que então, seriam sujeitos passivos da prestação." (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 83).

<sup>29</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 202-203.

<sup>30</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. *O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição*. Tese de dissertação: Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2012, p. 61.

O provimento jurisdicional é construído mediante a participação democrática das partes do processo, de modo que a ideia de existência de um vínculo de subordinação entre os sujeitos no qual um pode exigir do outro determinada conduta não se sustenta na teoria do processo civil.

Neste sentido, Aroldo Plínio Gonçalves ensina que:

"Foi demonstrado que, quer se negue ou se admita o direito subjetivo, já não se pode afirmar que ele se constitui em 'poder sobre a conduta alheia'. Em consequência, não há como se admitir que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo. O processo não se confunde com a situação de direito material, ou situação de direito substancial, cuja existência ou cujos efeitos nele se discutem, mas deve se revelar que mesmo na situação de direito material, como se expôs, já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito. É por isso que o particular tem, na função da jurisdição, a possibilidade de pedir que o Estado o substitua, na imposição do ato de caráter imperativo. (...). No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos.<sup>31</sup>

Na construção do provimento jurisdicional, a autonomia da vontade e a liberdade dos sujeitos do processo não podem estar limitadas ou condicionadas à vontade alheia, sob pena de estabelecer-se um procedimento arbitrário com desigualdade e subordinado à conduta do juiz. "Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão"<sup>32</sup>.

Além disso, a teoria do processo como relação jurídica processual atribui exagerados poderes aos juízes, reduzindo o papel das partes à mera sujeição em relação ao Estado-juiz que conduz o procedimento. É que a teoria da relação jurídica processual tem como figura central a jurisdição, substituindo a

---

<sup>31</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 83-84.

<sup>32</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 84.

vontade das partes pela vontade do magistrado, que possui o poder de entregar a prestação jurisdicional.

Despreza-se, portanto, a realidade concreta dos sujeitos do processo, permitindo qualquer forma de poder pelo julgador, gerando um protagonismo judicial arbitrário e antidemocrático.<sup>33</sup>

Contudo, esse protagonismo judicial compromete a legitimidade do procedimento de construção da prestação jurisdicional, na medida em que impede a ampla participação e a real influência das partes na formação das decisões judiciais, o que é incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, as precisas lições de Dierle Nunes:

"A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões."<sup>34</sup>

Diante desse viés autoritário e antidemocrático, a teoria da relação jurídica processual passa a ser fortemente criticada e contraposta pela teoria de Elio Fazzalari, propagada no Brasil pela obra pioneira de Aroldo Plínio Gonçalves.

Na busca pelo exercício democrático da jurisdição, o pensamento fazzalariano defende que o processo é um procedimento em contraditório; e não uma relação jurídica processual:

"processo é um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades."<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 434.

<sup>34</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203.

<sup>35</sup> Tradução: Dierle José Coelho Nunes. No original: "Processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a solgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto no possa obliterare le loro

Fazzalari ensina que, para a construção do provimento jurisdicional, a participação das partes deve ocorrer mediante simétrico contraditório durante todo o procedimento:

"Uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas atividades; na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto –conspícuo ou modesto, não importa, de escolhas, de reações, de controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados"<sup>36</sup>

Com base no pensamento fazzalariano, Aroldo Plínio Gonçalves conceitua o contraditório como “a garantia de participação, em simétrica paridade das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”.<sup>37 38</sup>

Para Fazzalari, o "processo" é uma espécie do gênero "procedimento". O procedimento "se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um ‘ato final’". Contudo, quando

---

attività". (FAZZALARI, Elio. Voce: Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827. *Apud*: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 206.

<sup>36</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 119.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103.

<sup>38</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pondera que, "nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113-114)

o "procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanção do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’) estejam sob o plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* ‘procedimento’ é possível extrair a *species* ‘processo’”.<sup>39 40</sup>

Portanto, o procedimento somente se qualificará como processo se houver o contraditório realizado em simétrica paridade entre os sujeitos envolvidos. A estrutura dialética do procedimento é condição para ele se torne processo.<sup>41</sup> Deste modo, "em todas as vezes em que a participação das partes

---

<sup>39</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 93-94.

<sup>40</sup> Em consonância com o pensamento fazzalariano, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ensina que "se o procedimento é importante e até essencial para a conformação do processo, não se trata, claro está, de encará-lo como simples diretiva para a ordem e a sucessão dos atos processuais, ou tomá-lo tão somente como modelo de realização do processo, com o que só se atentaria ao mero aspecto exterior do fenômeno processual. Certamente o conceito de ‘procedimento’ implica a noção de uma seqüência legal de atos a ser observada pelo juiz e pelas partes, mas não é só isso. Já há mais de um século intuía-se que o processo não estabelece tão-somente o *procedere*, senão que determina também as facultades e deveres das partes e do tribunal, em mútua e recíproca relação. (...). A sedimentação dessas idéias obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-se imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear essa mesma atividade. (...). Ao mesmo tempo, como estrutura formal constante, a seqüência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fáctico constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma seqüência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-112)

<sup>41</sup> "A referência à estrutura dialética como *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o processo como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista em ato ou em potência um conflito de interesses e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos." (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 120).

for somente episódica, não se configurará processo, mas mero procedimento".<sup>42</sup>

O exercício do contraditório realizado em simétrica paridade ocorre mediante a participação de, pelo menos, duas partes (autor e réu), que irão dizer e contradizer, em posições simetricamente iguais, com o propósito de influenciar a construção do provimento jurisdicional. O desenvolvimento regular do contraditório, de modo a estabelecer o direito de participação paritária, compete ao juiz (autor do provimento final).<sup>43</sup>

Deste modo, o juiz somente está legitimado e autorizado a proferir o provimento final após constatar que foi facultado as partes o exercício do contraditório em simétrica paridade.<sup>44</sup>

A partir da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório simétrico entre as partes, Fazzalari desconstrói a teoria do processo como relação jurídica processual de Oskar von Bülow, tornando-se compatível a ideia de processo com a concepção de Estado Democrático de Direito:

"A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. Ressaltou-se, neste capítulo, o quanto foi possível, a idéia de contraditório como *direito* de participação, o conceito renovado de contraditório como *garantia* de participação em simétrica paridade, o contraditório como *oportunidade de participação*, como direito, hoje revestido da especial proteção constitucional. O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo

---

<sup>42</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 206.

<sup>43</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 121-124.

<sup>44</sup> FAZZALARI, Elio. *Ibidem*, p. 380-381.

quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual."<sup>45</sup>

O provimento desenvolvido mediante contraditório simétrico entre os interessados (processo) evita que se instale um provimento jurisdicional arbitrário e antidemocrático. O contraditório realizado em simétrica paridade garante a participação isonômica dos interessados na construção do provimento jurisdicional, assegurando a garantia constitucional da igualdade.<sup>46</sup>

Deste modo, Nicola Picardi explica que:

"O processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma *ordine assimetrico*. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existem entre as partes (por ex.: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade, e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado *ordine isonomico*."<sup>47</sup>

Outro pilar democrático garantido pelo pensamento fazzalariano é a liberdade, na medida em que permite que as partes analisem a conveniência e a oportunidade acerca do momento para o exercício do contraditório.<sup>48</sup> Não há espaço para a imposição da prática de determinado dever jurídico/prestação/ato processual por uma parte a outra.

Neste sentido, a partir do pensamento fazzalariano, com a superação da teoria de processo como relação jurídica processual, iniciam-se as primeiras ideias para a construção de um processo democrático, contrário ao

---

<sup>45</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

<sup>46</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. *O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição*. Tese de dissertação: Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2012, p. 80.

<sup>47</sup> Tradução: Dierle José Coelho Nunes. No original: "Il processo non va costruito su una posizione di supremazia del giudice, su un ordine *assimetrico*. Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle inegualianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad. es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato ordine *isonomico*" (PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 212. *Apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 238-239.

<sup>48</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 227, 2014, p. 341.

protagonismo judicial do magistrado e fundado na participação ampla das partes na construção do provimento jurisdicional.

Entretanto, a teoria de Fazzalari, ainda que sirva como suporte inicial para o modelo constitucional de processo, não está totalmente em consonância com a dimensão democrática e participativa do devido processo legal no Estado Democrático de Direito.<sup>49 50</sup> O pensamento fazzalariano "não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais".<sup>51</sup>

O contraditório, no atual modelo constitucional de devido processo legal, não pode ser limitado a mero elemento para a configuração do procedimento como processo. O contraditório substancial é direito fundamental dos indivíduos, tornando-se fonte de legitimação da própria ordem jurídico-processual.<sup>52</sup>

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

"No Estado Democrático de Direito, todavia, procedeu-se a uma releitura do *contraditório*, que viria a culminar na melhoria da relação juiz-litigantes. Implantou-se, então, a partir da experiência europeia, aquilo que se qualificou como a garantia de um *efetivo diálogo* e uma *real comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre todos os sujeitos processuais, desde a fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos) até a fase de instrução, debate e julgamento. Com isso, implantou-se, como princípio processual, o reconhecimento da relevância da participação de todos os sujeitos do processo (juiz, autor, réu e intervenientes) na estrutura procedimental."<sup>53 54</sup>

---

<sup>49</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 187.

<sup>50</sup> Dierle Nunes ressalta que a teoria de Elio Fazzalari "tem de ser contextualizada com o momento de sua articulação, uma vez que possíveis críticas expendidas, na atualidade, não podem obscurecer o fato de que o constitucionalismo e a teoria do direito evoluíram de modo fabuloso nos últimos cinquenta anos". (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207).

<sup>51</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207.

<sup>52</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. *O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição*. Tese de dissertação: Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2012, p. 79.

<sup>53</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. In SANTOS, Marina França. *A garantia do duplo grau de jurisdição*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. XV.

Além disso, não basta a participação simétrica entre as partes (contraditório bilateral) para a legitimidade do provimento jurisdicional. O contraditório deve ser entendido também como "garantia de influência e não surpresa"<sup>55</sup>, decorrente do poder das partes de influenciar a construção da decisão, na medida em que o provimento jurisdicional não é construído sozinho pelo magistrado. Deste modo, o entendimento de Elio Fazzalari de que as sentenças são "manifestações de vontade do juiz"<sup>56</sup> não guarda correspondência com o contraditório participativo concebido pelas diretrizes do Estado Democrático de Direito.

O contraditório participativo é desenvolvido por todos os sujeitos do processo, estabelecendo-se o diálogo entre autor, réu e juiz, não prevalecendo a concepção de Fazzalari no sentido de que estão submetidos ao contraditório tão somente as partes; e não o juiz.<sup>57</sup>

Conforme destaca Dierle Nunes, "os sujeitos processuais - juiz e partes - são co-construtores de todos os provimentos judiciais, por força do modelo constitucional de processo assegurado, e não possuem privilégios na marcha processual, pois tal levaria à quebra do devido processo legal".<sup>58</sup>

Neste sentido, Luigi Paolo Comoglio ensina que o contraditório substancial somente é exercido quando é assegurado às partes, cumulativamente: (I) "o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo"; (II) "o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que

---

<sup>54</sup> No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009, p. 116.

<sup>55</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 224-231.

<sup>56</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 454.

<sup>57</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 206.

<sup>58</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2006, p. 54.

seja relevante para a decisão da controvérsia”; e (III) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”.<sup>59</sup>

Constata-se, portanto, que não basta a bilateralidade de audiência para assegurar a garantia do contraditório. O contraditório substancial apenas será garantido quando o magistrado observar e considerar, na construção do provimento jurisdicional, os argumentos expendidos pelas partes no curso do processo<sup>60</sup>.

Neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assenta que:

"O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial."<sup>61</sup>

A sentença é resultado do diálogo entre todos os sujeitos do processo, formada através de um procedimento de convencimento do juiz a partir da

---

<sup>59</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. 8, p. 6. *Apud*: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227.

<sup>60</sup> Neste sentido, Gustavo de Castro Faria destaca que "de nada valeria a simples oportunização, a abertura da possibilidade de uma real participação se a motivação das decisões continuar a ser entendida como o recinto de um papel idiossincrático do agente público decisor que, embora atento à contraditoriedade, descarta os argumentos ofertados no momento que profere seus julgamentos. Por isso é imperioso concluir (...) que o princípio do contraditório não pode mais ser visto como mero direito de bilateralidade de audiência (ação e reação), em que o ato decisório expressa forte carga axiológica, através de um exercício solitário do poder, mas sim como matriz norteadora do comportamento de um julgador que, democratizando o sistema de aplicação da tutela, dialoga com as partes e, desse diálogo, encontra a melhor decisão pra o caso concreto". (FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (Coord.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 184)

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 15, 1998, p. 16.

argumentação das partes e interessados e dos elementos probatórios constantes dos autos.<sup>62</sup> Não se admite, no Estado Democrático de Direito, que o juiz desconsidere a argumentação das partes e interessados para decidir solitariamente a partir da sua consciência.

O magistrado também não pode surpreender as partes julgando o processo com base em fundamento que não foi discutido entre os sujeitos processuais, sob pena de nulidade da decisão. O contraditório constitui garantia de não surpresa de modo a impor ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas que podem ser conhecidas de ofício.<sup>63</sup>

O contraditório substancial garante "às partes possibilidade de participação preventiva sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado".<sup>64</sup> Neste viés, pertinente a equação apresentada por Italo Andolina e Giuseppe Vignera no sentido de que "defesa = contraditório = participação = audiência preventiva".<sup>65</sup>

Deste modo, em consonância com o modelo constitucional do devido processo legal, Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes argumentam que "o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em 'solitária onipotência' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes"<sup>66</sup>. Neste sentido, os autores ponderam que "a colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação

---

<sup>62</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 227, 2014, p. 345.

<sup>63</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 229.

<sup>64</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2006, p. 146.

<sup>65</sup> ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. Il modelo costituzionale del processo civile italiano. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 157. *Apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2006, p. 146.

<sup>66</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009, p. 125.

de súmula de jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem o anterior debate com as partes, poderá gerar o fenômeno da surpresa".<sup>67</sup>

Constata-se, portanto, que a garantia fundamental ao contraditório assegura um feixe de direitos às partes:

"Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões)."<sup>68</sup>

A Constituição da República de 1988, ao estabelecer no artigo 5º, inciso LV, a garantia fundamental do contraditório relaciona-a ao direito fundamental à ampla defesa. É que a plenitude da defesa somente estará assegurada se a parte tiver o direito de influenciar na construção do provimento jurisdicional e não for surpreendida com o julgamento fundamentado em questão que sequer foi discutida no processo.

O Código de Processo Civil de 2015 está em consonância com esse contraditório substancial decorrente do modelo constitucional de devido processo legal, na medida em que estabelece: (I) no artigo 10, que "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

---

<sup>67</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009, p. 125.

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 101-102.

se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"; e (II) no artigo 486, §1º, que o juiz deve "enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador", sob pena de não ser considerada fundamentada a decisão.

Portanto, o atual ordenamento jurídico brasileiro encontra-se assentado na concepção de contraditório participativo, substancial e dinâmico, no qual não basta assegurar às partes a simples bilateralidade da audiência (dizer e contradizer formalmente), sendo necessário garantir às partes o direito de influenciar a construção do provimento judicial e de não serem surpreendidas com julgamento fundado em questão não debatida nos autos.

### **2.1.2. A garantia constitucional da fundamentação racional das decisões judiciais**

Aliada à garantia de contraditório, a concepção do direito fundamental à fundamentação racional das decisões judiciais também é um pilar do Estado Democrático de Direito. A prestação da tutela jurisdicional somente se legitima se, além da observância do contraditório substancial, o juiz motivar adequadamente a sua decisão.

A Constituição da República de 1988, no artigo 93, inciso IX, assegura que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Portanto, a fundamentação dos atos decisórios é um pressuposto constitucional de validade e eficácia dos pronunciamentos judiciais. A inobservância da garantia de fundamentação racional é transgressão grave que macula o provimento jurisdicional, retirando a sua legitimidade e validade.

A garantia à fundamentação racional impõe limites à atuação do magistrado, evitando decisões arbitrárias e autoritárias. Diante da natureza dialógica do processo, é necessário que o órgão julgador, ao proferir sua decisão, analise fundamentalmente os argumentos e as provas apresentadas pelas partes e intervenientes nos autos.

Não basta apenas garantir às partes o direito à ampla defesa, permitindo a sua participação no processo mediante alegações e realização das provas úteis. Tal direito somente será efetivamente garantido, se o juiz considerar, de forma fundamentada, tais alegações e provas, apresentando as razões para acolher ou rejeitá-las.

Acerca do dever de fundamentação racional, José Carlos Barbosa Moreira ensina que:

"trata-se de garantir o direito que têm as partes de serem ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em Juízo *de modo efetivo*, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos. Ora, é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui 'o mais válido ponto de referência' para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa."<sup>69</sup>

O modelo constitucional do devido processo legal impõe que "o juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor, mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. A fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos".<sup>70</sup>

O direito à fundamentação racional está correlacionada com o princípio do contraditório,<sup>71</sup> tendo em vista que a participação dos interessados como garantia de influência e não surpresa proporcionará o provimento jurisdicional completo e racional, no qual foram analisados e respondidos todos os

---

<sup>69</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 88.

<sup>70</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. vol. 1, n. 4, 2006, p. 337.

<sup>71</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 104

argumentos e as provas relevantes (contrários ou a favor) para a construção da decisão.

O contraditório participativo encontra a sua manifestação de forma expressa na construção da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático.<sup>72</sup>

Neste sentido, eis a lição de Antonio do Passo Cabral:

"Observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-las em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do *dever de atenção* às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgador (*Recht auf Berücksichtigung*)."<sup>73</sup>

Constata-se, portanto, que "o juiz não elabora solitariamente o provimento jurisdicional. A decisão judicial pressupõe a prévia participação dos seus destinatários, mediante uma comunicação dialógica, isonômica e permanente entre o juiz e as partes"<sup>74</sup>.

O provimento jurisdicional é desenvolvido a partir do diálogo construtivo entre as partes, interessados e o juiz, no qual o magistrado leva em consideração e responde todos os argumentos e provas constantes dos autos que são capazes de infirmar o seu convencimento.

---

<sup>72</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150-151.

<sup>73</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Org: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010, p. 200.

<sup>74</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 227, 2014, p. 347.

Neste sentido, tem-se o desenvolvimento do processo em atenção ao princípio da cooperação processual, conforme destaca Ada Pellegrini Grinover:

"Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente."<sup>75</sup>

Esta concepção constitucional da garantia do contraditório substancial e da fundamentação racional das decisões judiciais foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

"Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p. 234). (...). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte – Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Cristoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) **direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

---

<sup>75</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 08.

2) **direito de manifestação** (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) **direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte – Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, nº 97).<sup>76</sup>

Portanto, na concepção constitucional de devido processo legal, são inadmissíveis entendimento jurisprudencial no sentido de que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão".<sup>77 78</sup>

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24268/MG, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 05/02/2004, DJ 17/09/2004.

<sup>77</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 810.231/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016.;

<sup>78</sup> Este entendimento é encontrado na Corte Especial e em todas as turmas do Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgRg nos EREsp 1380640/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 19/08/2015, DJe 31/08/2015; AgRg no AREsp 725.156/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015; AgRg no AREsp 664.210/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 30/06/2015; AgRg no AgRg no AREsp 691.530/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, AgRg no AREsp 354.070/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015 DJe 19/11/2015; EDcl no AgRg no REsp 1247925/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016; AgRg no AREsp 683.010/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015.

Contudo, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, desconsiderando o entendimento adotado no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG, posteriormente, posicionou-se no sentido de que "o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão".<sup>79</sup>

Esse entendimento jurisprudencial no sentido de que é desnecessário o debate do órgão julgador com as partes "encontra-se em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório. Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida dever de debate - dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes".<sup>80</sup>

Ora, se o contraditório garante às partes o direito de ver as suas alegações e provas devidamente analisadas pelo órgão julgador, não há razões lógicas para se permitir que o magistrado despreze parte da argumentação abordada pelas partes, como se a construção do provimento jurisdicional fosse feita de forma solitária e autoritária, desconsiderando a colaboração dos destinatários da decisão.<sup>81</sup>

Michele Taruffo ensina que a análise de apenas os argumentos favoráveis ao convencimento do juiz, sem combate à argumentação contrária, não fundamenta racionalmente a decisão:

"Por outro lado, o juiz que julga referindo-se somente as provas que confirmam a sua própria reconstrução dos fatos se arrisca facilmente a ser vítima do viés de confirmação. Ou seja, vítima da distorção do argumento pelo qual, a priori, identificou-se uma versão dos fatos. Existe a clara tendência de levar em

---

<sup>79</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 791292/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 23/06/2010.

<sup>80</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 64.

<sup>81</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 227, 2014, p. 349.

consideração somente aquilo que confirma determinada versão dos fatos e negligenciar tudo o que a contradiz. Definitivamente, este não é um bom método para aqueles que querem estabelecer a verdade de um fato: a verdade não vem apenas de evidências favoráveis à existência desse fato mas também, e sobretudo, da comparação entre as provas favoráveis e contra evidências. Se as provas contrárias não são levadas em consideração por divergirem de determinada hipótese, a real determinação do fato não é adequadamente justificada, por não constar as razões pela qual se exclui a possibilidade daquele fato ser diferente."<sup>82</sup>

Deste modo, em observância ao modelo constitucional de devido processo legal (processo justo), o provimento jurisdicional somente se legitimará quando realizado com fundamentação que analise, de forma ampla, os argumentos e as provas favoráveis e contrárias ao convencimento do magistrado.<sup>83</sup>

As sentenças insuficientemente motivadas revestem-se de poder arbitrário do magistrado, na medida em que ignora a argumentação apresentada pelas partes e interessados, mostrando-se contrária à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Em observância à garantia da fundamentação racional, o Código de Processo Civil de 2015, estabelece, no artigo 489, §1º, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (III) invocar motivos que se prestariam a justificar

---

<sup>82</sup> Tradução livre. No original: "Per altro verso, il giudice che motiva facendo riferimento solo alle prove che confermano la sua ricostruzione dei fatti rischia facilmente di cadere vittima del *confirmation bias*, o sia della distorsione del ragionamento per la quale, individuata *a priori* una versione dei fatti, si tende a tener conto solo di ciò che la conferma e trascurare tutto ciò che la contraddice. Questo, però non è buon metodo per chi voglia tentare di stabilire la verità de un fatto: la verità non scaturisce solo delle prove favorevoli all'esistenza di quel fatto, ma anche – e soprattutto – del confronto tra prove favorevoli e prove contrarie. Se le prove contrarie non vengono prese in considerazione proprio perchè sono contrarie ad una determinata ipotesi, l'accertamento di quel fatto non è adeguatamente giustificato, in quanto non risultano le ragioni per le quali si esclude che tale accertamento potesse essere diverso." (TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 31, jan./mar. 2004, p. 184).

<sup>83</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

qualquer outra decisão; (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (VI) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O artigo 489, §1º, do CPC visa a diferenciar as decisões com fundamentação racional e legítima daquelas com fundamentação simulada e arbitrária. As decisões que apenas mencionam o ato normativo, sem expor a razão da sua incidência ao caso concreto ou que cuidam apenas de invocar motivos genéricos aplicáveis a qualquer outra causa são vazias e autoritárias, na medida em que não explicam, de forma alguma, o motivo do seu convencimento.<sup>84</sup> Além disso, esse tipo de decisão apresenta-se de forma genérica, como se pudesse ser utilizada e aproveitada para qualquer caso, tendo em vista que não expõe as circunstâncias concretas do caso em julgado.

Não basta formalmente indicar os atos normativos que supostamente fundamentariam a decisão, sendo necessário apresentar as razões pelas quais aqueles enunciados conduzem a determinada conclusão, ao invés de outra. É preciso interpretar a norma jurídica e explicar a sua incidência no caso concreto.<sup>85</sup>

Ovídio Araújo Baptista da Silva considera que essas decisões vazias e genéricas, que se limitam a citar ato normativo ou invocar motivos abrangentes, apresentam impropriedades sérias, de modo que é necessário que os magistrados revisem a forma de fundamentar suas decisões, para atender o modelo constitucional de devido processo legal:

"A primeira consequência desta transformação paradigmática será a revisão dos critérios hoje utilizados por nossos

---

<sup>84</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41.

<sup>85</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014, p. 153.

magistrados para fundamentar suas sentenças. Neste campo, é possível constatar algumas impropriedades sérias. Supõe o sistema que aos magistrados baste fundamentar o julgado, dizendo que assim o fazem por haver incidido tal ou qual norma legal. Sabendo, porém, que a norma comporta duas ou mais compreensões; sabendo igualmente que o sentido originário do texto – se é que, em alguma momento, ele existiu – pode transformar-se com o tempo, a conclusão será de que, quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido da sentença. Escolhendo “livremente” o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicitar os fundamentos da decisão. Na verdade, nossos magistrados, segundo o sistema, não “decidem”, apenas “julgam”, porquanto toda decisão pressupõe “discrição”, escolha entre duas ou mais alternativas aceitas pela norma.”<sup>86</sup>

Neste sentido, Daniel Mitidiero destaca que "as normas que contêm conceitos juridicamente indeterminados se caracterizam pela circunstância de o seu pressuposto de incidência constituir um termo indeterminado. A sua consequência, contudo, é determinada. O problema que surge em juízo, portanto, diz respeito à caracterização do termo indeterminado. É necessário primeiro precisar o termo indeterminado para que depois a norma possa ser aplicada por subsunção. Diferentemente das normas que apresentam um conceito juridicamente indeterminado, as normas que contêm cláusulas gerais trazem uma dupla indeterminação: o pressuposto de incidência é indeterminado e a sua consequência também é indeterminada. Daí a existência de um duplo problema em juízo: precisar o que significa termo indeterminado empregado pelo legislador e delinear quais as consequências jurídicas da incidência da norma. É preciso dar concreção ao termo indeterminado utilizado pelo legislador para normatizar o problema levado aos processos e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputadas aos destinatários da norma".<sup>87</sup>

Portanto, a nulidade dessas decisões vazias e abstratas é evidente, diante da ausência do dever de fundamentação racional, que impõe a

---

<sup>86</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. vol. 1, n. 4, 2006, p. 334.

<sup>87</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2012, n. 206, p. 68.

necessidade de analisar as circunstâncias e a argumentação do caso concreto, de forma particularizada.

A decisão que se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados, sem expor a sua definição e a razão de sua incidência ao caso concreto também é nula, em razão do vício na fundamentação.

É que se apresenta arbitrária a decisão que se utiliza de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem expor, de forma clara, o que se entende por aquele preceito jurídico e qual é a sua incidência no caso concreto. O conceito jurídico indeterminado pode conter - e geralmente contém - mais de um significado, de modo que a sua utilização de forma genérica pode ser empregada em mais de uma solução.<sup>88</sup>

Deste modo, a fim de se evitar o autoritarismo e a arbitrariedade, é necessário que o juiz explique qual seria o conceito e a aplicação daquele preceito jurídico indeterminado no caso em tela.

Fausto Santos de Moraes, em pesquisa que analisou a utilização do princípio da ponderação nas decisões do Supremo Tribunal Federal, concluiu que:

"A proporcionalidade empregada pelo senso comum teórico brasileiro parece ter provocado uma revolução nominalista no direito, típica da discricionariedade do positivismo jurídico, eis que no anseio de sua aplicação acabou-se por verificar o constante surgimento de 'princípios jurídicos' nas decisões judiciais - o chamado panprincipiologismo - suportando em quase todo o caso concreto a necessidade da ponderação. A discricionariedade estaria na disposição de 'novos princípios jurídicos' ao intérprete sempre que se fizesse necessário - a cada caso difícil."<sup>89</sup>

Constata-se, portanto, que a utilização desses conceitos jurídicos indeterminados deve ser devidamente explicada, de modo a evitar decisões discricionárias e arbitrárias, que não atendam à garantia da fundamentação racional.

---

<sup>88</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. vol. 1, n. 4, 2006, p. 341.

<sup>89</sup> MORAIS, Fausto Santos de. MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito*. Dissertação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2010, p. 206.

Também não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em razão da inobservância ao princípio do contraditório participativo, no qual as partes têm a garantia de influenciar na construção do provimento jurisdicional.

Conforme exposto acima, o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e de produzir alegações e provas perante o órgão julgador, mas compreende, acima de tudo, o direito das partes verem as alegações e provas produzidas, inclusive do sucumbente, examinadas, acolhendo ou rejeitando expressamente os argumentos racionalmente convincentes.<sup>90</sup>

Também desconsidera-se a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, em razão da sua discricionariedade.

O observe-se que, "quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos".<sup>91 92</sup>

---

<sup>90</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. vol. 1, n. 4, 2006, p. 340.

<sup>91</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 3.

<sup>92</sup> O presente trabalho utiliza-se desse conceito de Michele Taruffo para distinguir o termo precedente e jurisprudência. No mesmo sentido, Neil MacCormick afirma que: "precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores. Aplica as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, sendo a parte fundamental da razão prática humana". Tradução livre. No original: "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of the present and future is a basic part of human practical reason." (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. *In: Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 01). Concordando com a definição de jurisprudência como diversos precedentes com a mesma tese jurídica, Miguel Reale pondera que a jurisprudência é "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais" (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167). Em sentido contrário, entendendo que apenas os tribunais superiores foram precedentes, que são sempre vinculantes, e que a jurisprudência são as decisões dos tribunais de segunda instância: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96-97.

A teoria dos precedentes judiciais somente tem lógica e se amolda ao modelo constitucional de devido processo legal se a aplicação da tese jurídica (*ratio decidendi*) ocorrer em casos análogos. A aplicação automática e mecânica de teses formadas em precedentes judiciais em casos que apresentam distinções fácticas, que ensejariam o afastamento da *ratio decidendi*, configura julgamento injusto (*erro in iudicando*).

Neste sentido, Cristina Reindolff da Motta destaca que:

"O interprete não tem a liberdade de escolher a decisão que julga correta para o caso, pois a resposta correta não se coaduna com a discricionariedade que ele possa aspirar a ter. A resposta correta de um caso poderá ser veiculada em outros julgamentos, desde que o julgador interprete o caso concreto analisando e distinguindo os pontos em comuns e divergentes, aplicando, assim, os preceitos do direito. Não se pode admitir a aplicação 'automática' das decisões 'paradigmas', ainda que sejam corretas no caso paradigma, das súmulas ou de qualquer resquício do positivismo. A aplicação incontinenti suprime a fundamentação, ferindo a Constituição e tornando nula a própria decisão. A fundamentação é condição imperiosa para que haja manifesta validade na decisão tomada pelo judiciário, e a sua ausência gera afronta ao princípio constitucional, que é basilar para a compreensão dessa instância como instrumento de realização do direito."<sup>93</sup>

Conforme constatado em pesquisa promovida pela Faculdade de Direito da UFMG e subsidiada pelo CNJ, intitulada "A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário"<sup>94</sup>, a vinculação aos precedentes judiciais deve se pautar nos princípios e razões justificatórias que fundamentam o precedente:

"O inciso V, por outro lado, reforça essa obrigação, exigindo que a aplicação do precedente – é dizer, a sua extensão por analogia para casos semelhantes – seja expressamente pautada pelos *princípios e razões justificatórias* que fundamentam o precedente. (...) O inciso V parece acatar, expressamente, a

---

Também discordando dessa conceituação, porém, apresentando uma nova terminologia, Hermes Zaneti Jr. entende que precedentes são as decisões que têm força vinculante e jurisprudência é a decisão sem força vinculante: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 324 e seguintes.

<sup>93</sup> MOTTA, Cristina Reindolff. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 155-156.

<sup>94</sup> A pesquisa foi coordenada pelo Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, tendo o autor do presente trabalho participado como membro da equipe executiva.

concepção pós-positivista ou discursiva do precedente judicial, tal como defendida por MacCormick e reforçada neste trabalho, que defende expressamente que a vinculação ao precedente é na verdade uma vinculação aos *fundamentos* da decisão, aos *princípios* que a justificam e que devem ser repetidos com fundamento nas exigências de imparcialidade e universalizabilidade do direito. O fundamento do precedente não é apenas a *auctoritas*, mas também a *ratio*, que se determina pelas exigências de coerência, integridade e racionalidade do sistema jurídico."<sup>95</sup>

Portanto, compete ao magistrado a análise interpretativa do precedente originário e do caso concreto, de modo a verificar se os fatos determinantes para a construção da tese jurídica do primeiro julgado também se apresentam, de forma análoga, no caso subsequente a ponto de justificar a aplicação da tese jurídica.

Por fim, em relação a decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, a sua falta de fundamentação decorre da inobservância da regra dos precedentes judiciais.

O Código de Processo Civil enumera um rol de precedentes judiciais e enunciados de súmula de observância obrigatória pelos tribunais e juízes de primeiro grau, de modo a manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, assegurando às garantias da segurança jurídica, da isonomia e da efetiva prestação jurisdicional.

Assim, ao decidir determinado caso, os magistrados devem observar se não há enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte cuja tese jurídica se aplica ao caso concreto, diante da similitude fática entre as demandas.

Para que a sua decisão seja considerada fundamentada, o órgão jurisdicional somente pode deixar de aplicar o precedente ou o enunciado de súmula previsto no rol do artigo 927 do CPC quando: (I) distinguir o caso sob

---

<sup>95</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. -- Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 140.

juízo, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica; ou (II) a própria Corte que criou o precedente ou Corte hierarquicamente superior a ela entender que é caso de superação do entendimento.

Portanto, constata-se que a fundamentação das decisões judiciais quando relacionada ao exercício do direito jurisprudencial depende de sério e racional processo argumentativo, desenvolvido em observância ao contraditório participativo, que analisará as semelhanças e as distinções entre o caso concreto e o precedente judicial.

## 2.2. A “crise” da atividade jurisdicional brasileira

A partir da década de 1970 e, com maior dimensão, principalmente após a Constituição da República de 1988, diante da garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da previsão de uma série de políticas públicas de inclusão, o processo civil começa a ser dimensionado não apenas para resolver conflitos individuais e privados; surge a visão do processo como instrumento de garantia fundamental dos direitos humanos e do interesse público.<sup>96 97</sup>

---

<sup>96</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco;. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. v. 224, p. 122-152, 2013; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, set. 2011, pp. 41-82, esp. p. 45.

<sup>97</sup> Luís Roberto Barroso afirma que, no Brasil, "a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana - em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto - e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial." (BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Coord: FELLET, André

Boaventura de Souza Santos destaca que “a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário”<sup>98</sup>.

A busca pela consolidação do Estado Democrático de Direito, assegurado pela Constituição da República de 1988, com o reconhecimento de normatividade e efetividade das garantias fundamentais, promoveu a constitucionalização do Direito e a judicialização das relações sociais e políticas, em razão da negativa dos direitos reconhecidos na Constituição<sup>99 100</sup>.

Diante da redemocratização e da crescente conscientização da cidadania, com a ruptura dos obstáculos para o acesso à Justiça, somado à criação de novos direitos fundamentais, que não foram concretizados, houve o crescimento vertiginoso do número de processos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Além disso, incertezas jurídicas e oportunismos políticos, decorrentes de períodos de crise econômica, política e administrativa, fizeram com que o Estado *lato sensu* assumisse uma posição adversarial em relação ao cidadão,

---

Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Editora JusPodivm. 2013, p. 231-232).

<sup>98</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 20.

<sup>99</sup> BARROSO, Luís Roberto. Elementos para a construção de um Direito Jurisprudencial. In MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>100</sup> “Quando analisamos a utilização corrente da judicialização em nosso país para implementação de direitos fundamentais não podemos desprezar a situação de que tal fenômeno representa uma consequência de um problema mais grave: a crise das instituições de nosso país. Vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda. Um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais (...)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. vol. 189, 2010, p. 9-52.)

como bem ilustram os inúmeros e sucessivos planos econômicos fracassados das décadas de 1980 e 1990<sup>101</sup>.

Neste contexto, a partir do modelo processual do Código de Processo Civil de 1973, baseado na solução de conflitos individuais e privados, as demandas que surgiram, na busca desses direitos sociais e políticos de interesse público, foram ajuizadas de forma isolada, gerando a litigiosidade serial.

Desta forma, houve significativo crescimento do número de processos submetidos ao Poder Judiciário, ampliando-se a litigiosidade coletiva e repetitiva<sup>102 103</sup>. A pesquisa "Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira", apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, constatou a relação entre o aumento da litigiosidade e o amplo rol de direitos sociais e políticos previstos na Constituição da República de 1988:

"Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se crescente aumento da litigiosidade no Brasil, fenômeno que surge em função do amplo rol de direitos proporcionados pela Nova Carta, quase como um corolário do processo de redemocratização e das décadas de direitos suprimidos da população. Enquanto em 1990, o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o patamar de 20 milhões de ações."<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 254.

<sup>102</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; FERNANDES, Tereza de Assis. "Julgamento Liminar do Pedido – análise dos critérios de aplicação e inevitável crítica em relação a sua disciplina no Projeto de Novo Código Civil". Coord: FREIRE, Alexandre, et al. *Novas Tendências do processo Civil: Estudo sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 146.

<sup>103</sup> Dierle Nunes argumenta que, "na atualidade, esta litigiosidade [individual] não se mostra como a mais preocupante para a aplicação de direitos em face do fato de que após a Constituição cidadã de 1988, e da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, da CF/1988) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988), o processo se tornou uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos (fundamentais) e permitir que a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público (PIL), fosse submetida ao Poder Judiciário." (NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 199, set. 2011, p. 41-82, esp. p. 45.)

<sup>104</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>.

O fenômeno da ampliação da litigiosidade repetitiva revelou a existência dos "litigantes habituais", que são entes estatais ou determinadas sociedades empresariais com grande poder econômico<sup>105</sup>. Esses "litigantes habituais", a partir de cálculos atuariais para a avaliação de riscos de demandas judiciais, utilizam-se estrategicamente da demora do Poder Judiciário em prestar jurisdição

Os "litigantes habituais" levam várias vantagens em relação aos "litigantes eventuais", em razão dos seguintes fatores: (I) maior experiência com o Direito que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (II) litigância com economia de escala, pois possuem mais casos; (III) oportunidade de desenvolver relações informais com os serventuários do poder judiciário; (IV) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos; (V) possibilidade de testar estratégias visando a garantir melhor desempenho em casos futuros<sup>106</sup>.

Desta forma, constata-se ser interessante para entes públicos e determinadas sociedades empresariais serem "litigantes habituais", na medida em que conseguem administrar melhor os riscos de eventual derrota em processo judicial do que o cidadão comum. Além disso, esses "litigantes habituais" percebem que a morosidade e o descrédito do Poder Judiciário fazem com que nem todas as pessoas recorram aos processos judiciais.

Ocorre que a morosidade na prestação da tutela jurisdicional efetiva decorrente do fenômeno da ampliação da litigiosidade repetitiva, juntamente com as deficiências infraestruturais dos órgãos jurisdicionais, repercutiram em descrédito do Poder Judiciário, debilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>.

<sup>106</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25-26.

<sup>107</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. "Necessitamos de um Novo Código de Processo Civil?". In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 135-150.

Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), durante o 1º trimestre de 2014 e o 4º trimestre de 2014, revelou que apenas 30% (trinta por cento) dos entrevistados consideram o Poder Judiciário confiável ou muito confiável.<sup>108</sup>

Em estudo comparativo com outros países, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2011, constatou-se que a taxa de congestionamentos dos processos no Brasil é extremamente elevada:

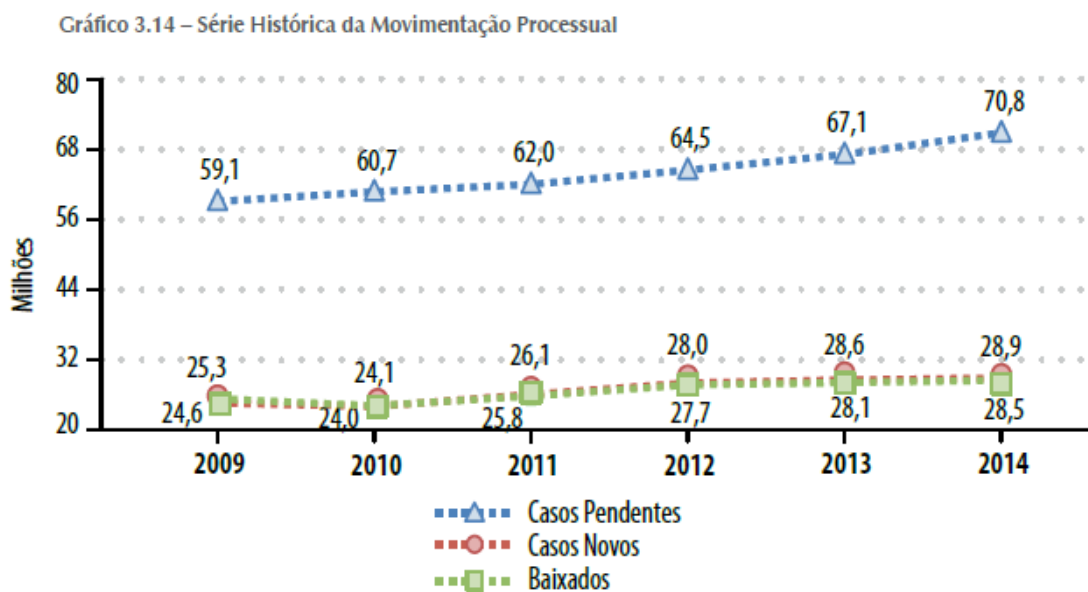
“O Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento, 70%, seguido de Bósnia e Herzegovina e Portugal, com 68 e 67%, respectivamente. Observa-se elevada diferença entre a taxa mais alta, de 70%, e a mais baixa, de 3%, referente à Federação Russa. Assim como a maior taxa de congestionamento, o Brasil também apresenta o maior número de advogados por magistrado, seguido por Itália e Malta, com 25 e 33 advogados, respectivamente (...). Como a elevada proporção de advogados em relação a magistrados pode indicar que existe elevada propensão ao litígio e relativa incapacidade de fazer frente a essa tendência, analisou-se o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrados e a taxa de congestionamento. Obteve-se como resultado um valor de 61,8%. Isso significa que há relação alta e significativa entre essas duas variáveis. Ou seja, quanto maior o número de advogados por magistrado, maior tende a ser a taxa de congestionamento desses países. (...) O Brasil possui a terceira maior produtividade quando comparado aos países da Europa. Não obstante, contrariamente à Dinamarca, essa produtividade é ainda inferior à carga de trabalho, e isso se reflete em uma taxa de congestionamento alta. Pode-se dizer que o Brasil está em posição intermediária entre a Bósnia e Herzegovina e a Dinamarca.”<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> "Na declaração espontânea sobre o quanto os entrevistados confiam no Poder Judiciário durante o 1º trimestre de 2014 e o 4º trimestre de 2014, 30% dos entrevistados responderam que o Judiciário é confiável ou muito confiável. Em outras palavras, mais da metade da população (70%) não confia no sistema de Justiça. Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas outras instituições, o resultado não foi muito positivo, uma vez que o Judiciário foi considerado uma das instituições menos confiáveis, ficando à frente apenas de 3 entre 11 instituições pesquisadas. São elas: os Partidos Políticos, o Congresso Nacional e o Governo Federal. De acordo com os entrevistados, o Judiciário foi considerado uma instituição menos confiável do que as Emissoras de TV, a Polícia, as Grandes Empresas, a Imprensa Escrita, o Ministério Público, a Igreja Católica e as Forças Armadas, esta última sempre apontada como a instituição mais confiável." (FGV. Relatório ICJ Brasil 1º Trimestre/2014 – 4º Trimestre/2014: ANO 06. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJ%20Brasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>).

<sup>109</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf)>.

Por sua vez, os dados estatísticos extraídos da pesquisa “Justiça em números 2015”, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, revelam que, nos últimos anos, o crescimento do número de processos pendentes de julgamento é contínuo. Observe que no período de 2009 a 2014, houve um aumento de cerca de 19,7% dos processos pendentes do julgamento<sup>110</sup>:



Destaca-se, ainda, que, no ano de 2014, o número de casos pendentes (70,8 milhões) equivale a cerca de 2,5 vezes o número de casos novos (28,9 milhões) e de processos baixados (28,5 milhões). Portanto, "mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque"<sup>111</sup>.

A pesquisa “Justiça em números 2015” do Conselho Nacional de Justiça – CNJ também aponta que o Índice de Atendimento à Demanda - IAD no Brasil foi de 98,7% no ano de 2014, de modo que a entrada de processos (casos novos) é superior ao número de demandas baixadas, o que demonstra que a tendência é o crescimento da taxa de congestionamento.

<sup>110</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília, 2015, p. 30.

<sup>111</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Ibidem*, p. 30.

Portanto, esses dados estatísticos comprovam que as garantias constitucionais, por si sós, são insuficientes para garantir o acesso à Justiça de forma efetiva. A Reforma do Poder Judiciário, realizada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, não conseguiu prevenir demandas, acabar com a imprevisibilidade das decisões judiciais e impedir a banalização de recursos às instâncias constitucionais, principalmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.<sup>112</sup>

Além disso, destaca-se que o custo do processo e o dispêndio de recursos do erário para manter o Poder Judiciário têm se elevado a cada ano. A pesquisa “Justiça em números 2015” do Conselho Nacional de Justiça – CNJ revela que, "no ano de 2014, as despesas totais do Poder Judiciário somaram aproximadamente R\$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação ao ano de 2013, e de 33,7% no último sexênio<sup>2</sup>. Essa despesa equivale a 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 2,3% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a um custo pelo serviço de justiça de R\$ 337 por habitante"<sup>113 114</sup>.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth ensinam que o acesso à Justiça deve “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Neste sentido, os operadores do direito precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções

---

<sup>112</sup> Ressalta-se, contudo, que, em razão da imposição do requisito da "repercussão geral" para a admissão dos recursos extraordinários, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve significativa redução do número de recursos no Supremo Tribunal Federal. Dados estatísticos divulgados pelo Supremo Tribunal Federal revelam que, no período entre o 2º semestre de 2007 e o 2º semestre de 2014, houve uma redução na distribuição dos processos recursais de 64% e uma redução no estoque de processos recursais de 58%. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>.

<sup>113</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília, 2015, p. 23.

<sup>114</sup> A pesquisa “Justiça em números 2015” do Conselho Nacional de Justiça – CNJ aponta, ainda, que, "apesar da expressiva despesa do Poder Judiciário, os cofres públicos receberam em decorrência da atividade jurisdicional, durante o ano de 2014, cerca de R\$ 26,9 bilhões, o que representou um retorno financeiro da ordem de 39,4% do total das despesas efetuadas, além das resoluções de créditos e solução de conflitos na esfera privada". (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília, 2015, p. 23)

sociais, de modo que a questão do acesso à Justiça tem que ser o ponto central da moderna processualística.<sup>115</sup>

Esses juristas reconhecem que o “grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, [que] agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes” acarreta em “pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos”. Contudo, conforme ressaltam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo”.<sup>116</sup>

### **2.3. A tendência da padronização decisória no processo civil brasileiro**

#### **2.3.1. O histórico das recentes reformas processuais**

Com o intuito de reduzir a morosidade do Poder Judiciário (garantia da duração razoável do processo), a imprevisibilidade das decisões e a instabilidade da jurisprudência (garantia da segurança jurídica e da isonomia), bem como evitar a transformação dos tribunais superiores em instâncias revisionais, o legislador vem promovendo diversas e sucessivas reformas processuais com o objetivo de valorizar os efeitos vinculantes e/ou impor a observância dos precedentes judiciais, em nítido processo de padronização decisória.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas as decisões judiciais decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade possuíam efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, conforme redação dada

---

<sup>115</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

<sup>116</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Ibidem*, p. 164.

pela Emenda Constitucional nº 03/1993 ao §2º do artigo 102 da Constituição da República de 1988.<sup>117</sup>

Com a “Reforma do Judiciário”, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu novos institutos e mecanismos, como a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário, que revelam o propósito do legislador constituinte derivado de atribuir efeito vinculante aos enunciados de súmula e padronizar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na década de 1960, por sugestão do Ministro Victor Nunes Leal, os enunciados de súmula (sem força vinculante) foram criados com a finalidade de facilitar o trabalho dos juízes e dos advogados, na medida em que o entendimento dominante da jurisprudência do Tribunal estaria em pequenos textos sumarizados, dispensando a pesquisa nas decisões anteriores acerca de determinada questão de direito.<sup>118</sup>

À época, o Ministro Victor Nunes Leal destacou:

---

<sup>117</sup> Marcelo Alves Dias de Souza pontua que “a Constituição Federal, na redação dada ao seu §2º do art. 102 pela Emenda Constitucional 03/93, era expressa ao atribuir à ação declaratória de constitucionalidade, além de eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante. Entretanto, nada dizia em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Criou-se, então, à época, o debate: a decisão na ação direta de inconstitucionalidade possui ou não efeito vinculante? Havia quem entendesse que, dos textos da Constituição referentes à ação direta de inconstitucionalidade e à ação direta de constitucionalidade, tinham sido estabelecido dois regimes diversos. A declaração de procedência da ação direta de inconstitucionalidade tinha eficácia *erga omnes* (atingia a todos), mas não tinha efeito vinculante. Isso seria dizer que, se a Administração ou o Poder Judiciário aplicasse determinado ato normativo declarado inconstitucional por ação direta de inconstitucionalidade, o prejudicado teria de buscar os meios legais e recursais para sua invalidação administrativa ou judicial. (...) Na caminhada em direção ao reconhecimento do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade, um grande passo certamente foi dado com a Lei 9.868, de 10.11.1999, que regulamentou o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Esse diploma legal equiparou os efeitos das decisões que reconhecem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo em ambas as ações (...). Foi o reconhecimento legal do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade, apesar do silêncio constitucional. (...) Por fim, vem a Emenda Constitucional 45/04 dando nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal. Ao consagrar o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, ela afasta quaisquer dúvidas quanto à presença do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade.” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 1ª edição - ano 2006 - 2ª reimpressão - ano 2013 - p. 211-217).

<sup>118</sup> “É sabido que não são idênticos os sistemas jurídicos dos dois países. Não damos aos precedentes judiciais a mesma força que têm nas nações de origem britânica. E seus juristas, afeiçoados a uma prestigiosa tradição de direito pretoriano, teriam de ser mais hostis do que nós às codificações, princípio de organização do direito a que sempre fomos habituados.” (LEAL, Victor Nunes. “A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos”. *Legislação do Trabalho*, ano 30, jan-fev, 1966).

“Neste ponto da nossa análise comparativa é que está a superioridade prática, para nós, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porque, não sendo ela um Código, também não é um simples repositório particular de jurisprudência. É uma consolidação jurisprudencial autorizada com efeitos processuais, porque a inscrição de enunciados na Súmula, com a sua supressão, depende de formal deliberação do Supremo Tribunal. E a autoridade do Supremo Tribunal para assim proceder deriva dos seus poderes regimentais, tanto expressos como imanes, e da prerrogativa, que lhe confere a Constituição de uniformizar o entendimento do direito federal.”<sup>119</sup>

Verifica-se, portanto, que o Ministro Victor Nunes Leal acreditava que os enunciados de súmula preveniriam recursos inúteis, bem como pacificaria eventual divergência de interpretação da questão de direito. Contudo, o número de recursos não diminuiu e não se resolveu o “problema” das divergências de interpretação; ao contrário, passou-se a conferir também interpretações diversas aos próprios textos sumarizados.<sup>120</sup>

É que os enunciados de súmulas são pequenos textos gerais e abstratos (tais como as normas legisladas), sujeitos à interpretações que podem ser no momento da aplicação. Os enunciados de súmula precisam ser interpretados em consonância com os precedentes judiciais que os formaram, no intuito de apurar adequadamente quais são as circunstâncias fáticas (fatos determinantes) que autorizam a sua aplicação. A sua interpretação e a sua aplicação não devem ser feitas de forma isolada, como se norma codificada fosse.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck pondera que:

"enunciados (pautas gerais) escondem o aparecer da singularidade dos casos (situação concreta). Uma pauta geral, nas suas mais variadas formas, aplicada objetivamente, leva ao obscurecimento da singularidade do caso. É nesse exato sentido a lição de Gadamer, comentando a atualidade hermenêutica da filosofia prática aristotélica: um saber geral que não sabia aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido e até

---

<sup>119</sup> LEAL, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*. vol. 208, out-dez, 1964.

<sup>120</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 206, 2012, p. 361.

ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação."<sup>121</sup>

Ainda assim, na Emenda Constitucional nº 45/2004, criou-se a possibilidade de o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após decidir sobre matéria constitucional<sup>122</sup>, editar enunciados de súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição da República de 1988 e, posteriormente, também regulada pela Lei nº 11.417/2006) que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ao entendimento da Corte Suprema<sup>123</sup>.

O legislador infraconstitucional, com o objetivo de dar efetividade aos enunciados de súmulas e de reduzir o número de recursos aos Tribunais constitucionais, estabeleceu o procedimento de inadmissão de recurso, que impugna *decisum* que está em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõem os artigos 518, §1º (redação dada pela Lei nº 11.276/2006), e 557 (redação dada pela Lei nº 9.756/1998) do Código de Processo Civil de 1973<sup>124</sup>.

O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, instituído na Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, estabeleceu a padronização das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle incidental de constitucionalidade, ao dispor, no §3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, que, "julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão

---

<sup>121</sup> STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"?. *Direitos Fundamentais & Justiça*. vol. 5, p.162-185, esp. 171, out-dez/2008.

<sup>122</sup> O requisito de exigência de "reiteradas decisões sobre a matéria constitucional", previsto no *caput* do art. 103-A da CRFB, foi relativizado pelo Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula Vinculante nº 11, na medida em que tal enunciado foi criado após somente dois julgamentos: HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006 e HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008.

<sup>123</sup> Ressalta-se que o Congresso Nacional e o próprio Supremo Tribunal Federal não estão vinculados aos enunciados das súmulas, de modo a garantir o princípio da reserva legal, possibilitando que o Congresso Nacional edite ato normativo que revogue indiretamente o teor da súmula vinculante e a possibilitar que a Corte Suprema altere seu entendimento.

<sup>124</sup> No Código de Processo Civil de 2015, tais dispositivos legais possuem equívale teor no artigo 932.

declará-los prejudicados ou retratar-se”. Portanto, nos recursos extraordinários, apesar de o controle de constitucionalidade ser difuso, a análise da constitucionalidade é feita em tese (de forma abstrata), de modo a orientar os demais Tribunais a adotar o mesmo entendimento.

Neste sentido, eis a manifestação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no Processo Administrativo nº 318.715/STF:

“O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (...). A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte, via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.”<sup>125</sup>

Outro exemplo de reforma processual que instituiu mecanismo para a padronização decisória, por intermédio da observância da jurisprudência dos tribunais superiores<sup>126</sup>, é a Lei nº 11.672/2008, que introduziu o artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, dispondo sobre o procedimento de julgamento dos recursos especiais “repetitivos”, aqueles em que se discute a mesma questão de direito<sup>127</sup>. Neste caso, constatada a “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, será selecionado o recurso especial representativo da controvérsia, ficando sobrestados os demais recursos especiais. Após o julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, os recursos especiais que ficaram sobrestados na origem: (I)

---

<sup>125</sup> *Apud* MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 119, 2005, p. 75-76.

<sup>126</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amarato Felipe da. “Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos tribunais de origem”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. vol. 60, 2012, p. 121-145.

<sup>127</sup> Eis a lição de Humberto Theodoro Júnior acerca da constitucionalidade do artigo 543-C do Código de Processo Civil: “Como o recurso especial não é um instrumento de revisão dos julgamentos dos tribunais locais em toda a extensão da lide, mas apenas a reapreciação da tese de direito federal em jogo, não se pode considerar, em princípio, ofensiva ao acesso àquele recurso constitucional a restrição imposta ao seu julgamento diante de causas seriadas ou repetitivas.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Recurso especial e o novo artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei nº 11.672, de 08.05.08). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: Magister, nº 24, jun.-2008, p. 31-32)

terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (II) serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Nesta tendência de reformas legislativas, em 17 de março de 2015, foi sancionada pela Presidente da República o Código de Processo Civil de 2015. A análise da Exposição de Motivos do Anteprojeto permite evidenciar que o compromisso da comissão de juristas foi com a celeridade<sup>128</sup>, ao fundamento de que, “sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (...). O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”<sup>129</sup>.

No tocante ao sistema de precedente judicial, constata-se que a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, bem como o relatório do Deputado Federal Paulo Teixeira, são claros no sentido de que um dos propósitos da reforma legislativa foi expressamente estabelecer a força vinculante aos precedentes judiciais:

“Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, interna corporis. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.”<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Aroldo Plínio Gonçalves afirma que “as propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo. A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 124-125).

<sup>129</sup> Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf].

<sup>130</sup> BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf].

“O relatório manteve o sistema, acolhido no projeto aprovado pelo Senado Federal, de atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Busca-se aperfeiçoá-lo, porém. Em primeiro lugar, modifica-se topologicamente o trato do tema, levando-o para o capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, de modo a deixar claro que se trata de atribuir eficácia vinculante aos provimentos judiciais finais. Aperfeiçoa-se a terminologia do projeto, de modo a deixar clara a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, regulamentando-se, também, a eficácia das decisões que superam os precedentes vinculantes, de forma a respeitar os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia. Busca-se, ainda, regular os casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira.”<sup>131</sup>

Neste sentido, em clara convergência da tradição *civil law* com a *common law*<sup>132</sup>, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina que os juízes devem se vincular ao direito jurisprudencial formado nos tribunais, ao dispor, em seu artigo 927, que os juízes observarão: (I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) os enunciados de súmula vinculante; (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Constata-se, portanto, que, em consonância com a tendência de padronização decisória, o Código de Processo Civil de 2015 prevê hierarquia de decisões judiciais e enunciados de súmulas a serem observados obrigatoriamente pelos juízes e pelos tribunais.

---

<sup>131</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo aos Projetos de Lei n. 6.025, de 2005 e 8.046, de 2010* - Relator: Dep. Federal Paulo Teixeira. Disponível em: [[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=66088F819F19510349C336A782D8BC3D.node1?codteor=1086929&filename=Parecer-PL602505-08-05-2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66088F819F19510349C336A782D8BC3D.node1?codteor=1086929&filename=Parecer-PL602505-08-05-2013)].

<sup>132</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que "a rota de aproximação entre os regimes jurídicos-políticos da *civil law* e da *common law* era, a bem dizer, um evento prenunciado pelo evoluir dos acontecimentos no mundo globalizado e massificado em que vivemos, onde vão se esmaecendo as fronteiras políticas, culturais e sociais, e onde os diversos valores e interesses vão se mesclando e se implicando mutuamente". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 213).

### 2.3.2. As justificativas para a padronização decisória: garantia da segurança jurídica, da igualdade e da efetividade

A tendência de padronização decisória, com a atribuição de força vinculante às decisões judiciais dos tribunais, principalmente dos superiores, é justificada com base em importantes garantias do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica, que tutela a confiança e as legítimas expectativas jurídicas; a igualdade, que promove o mesmo tratamento aos indivíduos submetidos à mesma relação jurídica e assegurar que casos desiguais sejam tratados de forma distintas; e a efetividade, que garante a outorga da prestação jurisdicional de forma legítima e em tempo razoável.

A complexidade das relações sociais, diante dos riscos decorrentes da vida em comunidade, exige a consolidação da confiança mútua entre os cidadãos para a manutenção e desenvolvimento da sociedade, o que acarreta na formação de legítimas expectativas nas ações e condutas a serem adotadas pelos sujeitos de direito<sup>133</sup>.

Niklas Luhmann afirma que:

"a questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança, há aumento de possibilidades para a experiência e a ação; há possibilidade do aumento da complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma mais efetiva de redução da complexidade."<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> No mesmo sentido: "O fato de o homem poder viver segundo regras preestabelecidas e por ele conhecidas pode ser considerado uma conquista de civilização. A simples circunstância de os padrões de avaliação de sua conduta serem conhecidos, independentemente do juízo de valor que a respeito destes padrões de avaliação se possa fazer, satisfaz e tranquiliza. Pode-se dizer que uma das mais relevantes funções do direito é a de, justamente, gerar previsibilidade". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. I, São Paulo: RT, 2012, p. 14)

<sup>134</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidad Iberoamericana, p. 1996, p. 14.

A segurança jurídica é essência do direito, sendo elemento intrínseco ao sistema jurídico, na medida em que o direito se estabelece a partir da determinação razoável do seu conteúdo com a fixação de regras gerais que asseguram uma previsibilidade relativa, sem a qual o ordenamento jurídico não iria cumprir a sua função de garantir a pacificação social<sup>135</sup>.

Constata-se, portanto, que a segurança jurídica é indispensável à consolidação do Estado Democrático de Direito, uma vez que na medida em que representa a confiança na estabilidade e na continuidade da ordem jurídica, no intuito de assegurar ao jurisdicionado a previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta.<sup>136</sup>

Neil MacCormick afirma que "entre os valores que ele [o Estado de Direito] assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança jurídica de expectativas jurídicas e garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes".<sup>137</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet expõe que a segurança jurídica é valor de altíssima relevância, na medida em que vinculado à garantia da dignidade da pessoa humana:

"Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo 'a

---

<sup>135</sup> BOBBIO Noberto. La certezza del diritto è un mito?. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Vol. XXVIII, 1951, p. 146-152.

<sup>136</sup> Neste sentido: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 177; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 21; MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. *A Força dos Precedentes*. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 211.

<sup>137</sup> MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 18. Tradução: Luiz Guilherme Marinoni. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121.

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos', ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.<sup>138</sup>

A Constituição da República de 1988 prevê, no *caput* do artigo 5º, a segurança como um dos direitos inviolados, juntamente com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. A segurança jurídica constitui direito fundamental, que também se encontra associada ao princípio da legalidade (inciso II do art. 5º da CRFB), da inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (inciso XXXVI do art. 5º da CRFB), e, no âmbito penal, ao princípio da legalidade e anterioridade da lei penal (inciso XXXIX do art. 5º da CRFB) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (inciso XL do art. 5º da CRFB).<sup>139</sup>

Em atenção a esta garantia constitucional da segurança jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe, em seu artigo 926, que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Neste sentido, o cidadão, como destinatário das normas jurídicas produzidas pelos atos legislativos, jurisdicionais e executivos, tem o direito de ter conhecimento prévio acerca do ordenamento jurídico a que está sujeito, bem como ter a expectativa de que as consequências jurídicas previstas para determinada conduta sejam mantidas.

Cândido Rangel Dinamarco destaca que:

---

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*. vol.57, ano 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11, out-dez/2006.

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121-122.

"toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança nas pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado."<sup>140</sup>

A segurança jurídica não se atinge somente com a certeza e a estabilidade da legislação, de modo que não basta ao jurisdicionado apenas ter conhecimento da norma codificada. O fato dos operadores do direito estarem submetidos à lei não impede que estes tenham interpretações distintas acerca da aplicação dessa norma a determinado caso concreto. Portanto, é necessário que os órgãos jurisdicionais uniformizem a interpretação sobre determinada questão de direito, após o devido processo legal de discussão da argumentação jurídica, com amplo contraditório entre as partes, para que o jurisdicionado possa conhecer do entendimento consolidado pelos tribunais a respeito de determinada situação jurídica.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni destaca que:

"A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Porém, quando se 'descobriu' que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os 'casos iguais', curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo

---

<sup>140</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, vol. 2, 2001, p. 104.

plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou. A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurá-la no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).<sup>141</sup>

O jurista italiano Michele Taruffo ressalta que “quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”<sup>142</sup>. Portanto, é adequado que o entendimento do Tribunal se forme a partir de históricas e reiteradas decisões, com a finalidade de permitir a evolução da jurisprudência, com o amplo debate das questões de direito.

A falta de uniformização da interpretação judicial implica, inclusive, o descrédito do Poder Judiciário e deslegitima a justiça perante a sociedade civil<sup>143</sup>, na medida em que os jurisdicionados não têm confiança na manutenção das decisões judiciais (aspecto externo) e os juízes de instância inferior não respeitam o entendimento de órgão mais qualificado (aspecto interno), o que compromete na consolidação do Estado Democrático de Direito.

144

Ressalta-se que não estamos a defender a imutabilidade e a limitação da interpretação do direito. O direito não pode ser estático e imutável a ponto de perder o seu relacionamento com a sociedade, de modo que, surgindo novos desenvolvimentos socioculturais e novas ideias, a interpretação do ordenamento jurídico deve acompanhar essas inovações<sup>145</sup>. O que se combate

---

<sup>141</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100-101.

<sup>142</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 199, 2011, p. 142.

<sup>143</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

<sup>144</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 165.

<sup>145</sup> Mark van Hoecke pondera: "O direito foi feito para permanecer imutável? Não, e, novamente, por definição: o direito foi feito para organizar a sociedade, e como as sociedades estão constantemente em mudança, o direito deve seguir tais mudanças, do contrário ele iria desorganizar a sociedade antes de organizá-la." No original: "Is law made to remain

é a constante instabilidade da interpretação, por meio de reiteradas modificações de entendimentos jurisprudenciais, que ocorrem de forma bruscas e sem a prévia sinalização.<sup>146</sup>

A isonomia é outra garantia decorrente do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República de 1988 prevê em seu preâmbulo a igualdade como valor supremo, bem como estabelece no artigo 5º, *caput*, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Portanto, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, de acordo com os critérios constantes do ordenamento jurídico.<sup>147</sup>

No Estado Democrático de Direito, os entes privados e públicos estão submetidos ao princípio da igualdade. No âmbito do poder público, o princípio da igualdade se opera em dois planos distintos. Por um lado, junto ao legislador ou ao próprio executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo a criação de normas que exerçam desproporcionalidades infundadas a pessoas que se encontram em situações idênticas. Por outro lado, na obrigatoriedade do intérprete de aplicar o ordenamento jurídico de forma igualitária.

Na tradição de *civil law*, imaginou-se que a igualdade perante o Estado estava assegurada se realizada a igualdade perante a lei. Este pensamento pressupunha um modelo de direito no qual o Poder Judiciário apenas declarava a norma preexistente outorgada pelo Poder Legislativo<sup>148</sup>. Ocorre que texto e

---

unchanged? No, ande, again, even by definition: law is made to organise society, as societies are constantly changing, law has to follow, otherwise it would disorganise society rather than organise it". (HOECKE, Mark van. *Time and law. Is it the nature of law to last*. OST, François; HOECKE, Mark van. *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer?* Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 466. Tradução: Ravi Peixoto. *Apud*. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 57)

<sup>146</sup> Neste sentido, Antonio do Passo Cabral ressalta que "revisões e aprimoramentos de conteúdo devem ser normalmente permitidos, evidentemente que dentro de pressupostos claros e na medida estrita em que novos elementos justifiquem a alteração". (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 289)

<sup>147</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 154-172.

<sup>148</sup> MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 199, ano 36, p. 87-88, set. 2011.

norma não se confundem, de modo que o Poder Judiciário não se limita a apenas declarar o direito.<sup>149</sup>

Na outorga da prestação jurisdicional, os magistrados interpretam o texto normativo, através de procedimento em contraditório com as partes, reconstruindo a norma jurídica. Conforme expõem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, "não se pode falar da existência de norma antes que se dê uma interação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete"<sup>150</sup>. Portanto, não basta a igualdade formal das leis para garantir a isonomia na aplicação do direito para aqueles que se encontram na mesma situação jurídica.

No exercício da atividade jurisdicional, a igualdade deve ser garantida sobre vários aspectos. Primeiramente, o acesso à jurisdição deve ser igualitário, de modo a permitir que todos os cidadãos, independentemente da situação econômico-financeira, tenham condições de litigar em juízo. Neste sentido, a Constituição da República de 1988 assegura a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV), garantindo a participação efetiva dos hipossuficientes em todas as fases do processo.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30-31.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-135, esp. 103.

<sup>151</sup> "Porém, se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo liga-se a uma possibilidade real - e não meramente formal - de participação. Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Isso porque, como é evidente, sem igualdade entre as partes obviamente o contraditório não pode se desenvolver efetivamente (art. 7º)." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 447)

Durante a formação do provimento jurisdicional, também deve ser assegurada às partes o tratamento igualitário, permitindo a participação em "igualdade de armas".<sup>152</sup> Neste aspecto, a igualdade está relacionada ao exercício do contraditório, de modo a possibilitar que ambas as partes possam contribuir de forma isonômica na formação da convicção judicial. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero advertem:

"Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um 'processo justo' ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas."<sup>153</sup>

A igualdade também deve ser garantida diante da interpretação da norma jurídica. O Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito no caso concreto, deve tentar dar interpretação única e igualitária ao ordenamento jurídico. Tanto é assim que a Constituição da República de 1988 prevê a função dos Tribunais Superiores de uniformizar a interpretação da norma constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ). Portanto, o Poder Judiciário deve julgar casos idênticos de forma igual, outorgando aos jurisdicionados que estão submetidos a mesma relação jurídica uma única interpretação do ordenamento jurídico.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti in tema di contraddittorio. Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982, vol. I, p. 211; CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982, p. 140; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 467 e ss; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 112-113.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 447.

<sup>154</sup> Analisando o direito brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni faz o seguinte desabafo: "Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. Aliás, nas salas da civil law sempre se viu escrito sobre a cabeça dos juízes que a lei é igual para todos. Trata-se não só de lembrança que não basta, mas que acaba por constituir piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida - em caso idêntico - pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101)

A ideia de igualdade também está relacionada ao fato de conferir tratamento desigual àqueles que estão em situação diversa, na medida da sua desigualdade<sup>155</sup> Deste modo, em consonância com princípio da igualdade, os magistrados não podem aplicar, de forma automática ao caso concreto, entendimento que foi formado em lide com circunstâncias fáticas distintas.

Assim, quando a norma processual institui procedimentos para a padronização decisória, estabelecendo força vinculante à determinadas decisões, busca-se garantir que casos idênticos sejam julgados da mesma forma. Porém, é necessário também estabelecer mecanismos que permitam a distinção dos casos, de modo a garantir que processos com circunstâncias fáticas distintas sejam julgados de forma diferente.

A tendência de padronização decisória também é justificada com base na busca pela tutela jurisdicional efetiva. O Estado Democrático, por não reconhecer a autotutela como meio legítimo de solução das controvérsias, assumiu o monopólio da jurisdição garantindo acesso incondicional à Justiça, nos termos do art. 5.º, XXXV, da Constituição da República de 1988. Fundamentado neste dispositivo, reconhece-se o direito ao provimento jurisdicional capaz de conferir efetividade ao direito substancial.<sup>156</sup>

A garantia fundamental de acesso à Justiça não significa, somente, que todos podem ir a juízo para afastar eventual lesão ou ameaça à direito, mas, também, que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Ruy Barbosa baseando-se na lição Aristotélica proclamou que “a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem” (*Apud.* BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420)

<sup>156</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 239.

<sup>157</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 20.

O direito fundamental à duração razoável do processo já se encontrava inserido lógica e teleologicamente na Constituição da República de 1988, como corolário da cláusula geral que assegura a garantia ao devido processo legal, que somente se realiza validamente quando atendidos os pressupostos constitucionais para o adequado exercício da função jurisdicional.<sup>158</sup>

Em 1992, com a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, explicitou-se o direito à duração razoável do processo como garantia fundamental<sup>159</sup>. O art. 8.º, item 1, da Convenção assegura que “toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Em consonância com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Constituinte Reformador, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou expressamente no rol dos direitos fundamentais, consagrados no art. 5.º da Constituição da República de 1988, o inc. LXXVIII, que estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Do Documento Técnico 319, elaborado pelo Banco Mundial, intitulado "O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para reforma", que

---

<sup>158</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. *Processo civil: novas tendências - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Coord: Fernando Gonzaga Jayme; Juliana Cordeiro de Faria; Maira Terra Lauer. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 244.

<sup>159</sup> Fernando Gonzaga Jayme ensina que "a proteção jurisdicional exercida pela Corte Interamericana confere à Convenção Americana de Direito Humanos uma posição concreta de supranormatividade em relação ao ordenamento jurídico interno, sobrepondo-se, inclusive, à Constituição da República, pois característica essencial à jurisdição é a capacidade de proferir decisões com definitividade pela aptidão que seus provimentos possuem de formar coisa julgada e, portanto, tornarem-se incontestáveis para as partes, intocáveis para o juiz, e, por esta razão, irretiráveis, tanto o provimento, quanto seus efeitos. No sistema interamericano, a proteção dos Direitos Humanos é complementar à proteção interna, e só atua após o esgotamento prévio dos recursos jurisdicionais internos, o que atribui à Corte a prerrogativa de pronunciar-se por último e com definitividade, pois, como mencionado, suas decisões são irrecorríveis". (JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 58)

influenciou reformas processuais brasileiras da década de 1990 e a Emenda Constitucional nº 45/2004, extrai-se a preocupação com a garantia da efetividade processual:

"Um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico. A função do Poder Judiciário em qualquer sociedade é o de ordenar as relações sociais e solver conflitos entre os diversos atores sociais. Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. A instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral, especialmente as de baixa renda. Em face o atual estado de crise do sistema jurídico da América Latina e do Caribe, o intuito das reformas é o de promover o desenvolvimento econômico. A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado."<sup>160</sup>

O direito à prestação jurisdicional efetiva e célere constitui-se, então, em um direito fundamental que visa a assegurar a realização tempestiva dos demais direitos materiais. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni destaca que:

"Tal direito [a prestação jurisdicional efetiva] não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos".<sup>161</sup>

Deste modo, a prestação jurisdicional entregue de forma tardia perde o seu sentido reparador e de tutela do direito material, na medida em que, após o

---

<sup>160</sup> DAKOLIAS Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe. Elementos para reforma. Washington, D.C: Banco Mundial, 1996, p. 06

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 143.

transcurso do tempo razoável de duração do processo, qualquer solução será injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.<sup>162</sup>

O estabelecimento de uma "teoria dos precedentes judiciais" pelo Código de Processo Civil de 2015, com a imposição de observância e vinculação dos magistrados a determinados enunciados de súmula e decisões judiciais, notadamente formados pelos tribunais superiores em procedimento específico, visa à garantir maior efetividade à prestação jurisdicional.

Imagina-se que, nas ações de litigância repetitiva, a aplicação do microsistema dos precedentes judiciais reduzirá o tempo e o número de processo, na medida em que os juízes de primeira instância e os tribunais estarão vinculados à aplicação da tese jurídica (*ratio decidendi*) aos processos que possuem as mesmas circunstâncias fáticas do precedente vinculativo.

Ressalta-se que os juízes de primeira instância e os tribunais não precisarão enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no caso concreto, que já terão sido enfrentados na formação da decisão paradigma. Os magistrados, ao aplicar o precedente vinculativo, deverão apenas ter o cuidado de verificar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado pelos tribunais superiores, em sede de recursos representativos da controvérsia<sup>163</sup>.

Além disso, espera-se que, após a adequada formação da *ratio decidendi* do precedente, com o enfrentamento de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários, ocorra a redução do número dos processos versando sobre a questão de direito objeto da litigância repetitiva, tendo em vista que os jurisdicionados saberão qual é o comportamento entendido como correto pelo Poder Judiciário.

Ressalta-se, por fim, que essa tese jurídica firmada pelos tribunais deve ser observada não só pelos magistrados, mas também pelos jurisdicionados, principalmente os grandes litigantes. Neste sentido, o Código de Processo Civil

---

<sup>162</sup> BIELSA, Rafael; GRANÃ, Eduardo. El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. La Plata, 1994, p.189.

<sup>163</sup> Enunciado nº 524 do FPPC: "O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado."

impõe aos órgãos estatais e às agências reguladoras o dever de fiscalizar a efetiva aplicação da tese jurídica pelos entes sujeitos a regulação estatal, no caso de questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização (arts. 985, §2º, e 1.040, inciso IV).

### 3. AS TRADIÇÕES DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW

#### 3.1. Origens históricas e fontes do Direito na tradição do *common law* e do *civil law*

O *civil law* e o *common law* são tradições jurídicas derivadas de circunstâncias políticas e culturais distintas, o que acarretou a formação de institutos e conceitos próprios em cada sistema<sup>164</sup>.

O *civil law*, no século XVIII, se desenvolveu a partir dos ideais da Revolução Francesa (1789), visando a contenção do abuso de poder e idealizando a igualdade entre os cidadãos, a ser obtida através da lei, que seria aplicável indistintamente a todas as pessoas e que preveria todas as relações jurídicas<sup>165</sup>. No período anterior à Revolução Francesa, não se concebia um Poder Judiciário independente, pois não havia exata delimitação da atividade jurisdicional, de modo que os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes.

Por outro lado, o *common law* busca a equidade entre os cidadãos a partir da aplicação das decisões dos casos concretos já julgados aos casos futuros, cujos fatos sejam semelhantes. Diferentemente da França, na Inglaterra, não se tinha desconfiança do Poder Judiciário, não havendo necessidade de se instituir um dogma da aplicação estrita da lei. O *common law* é um sistema jurídico ancorado na tradição e nos costumes, constituído pela teoria do *stare decisis*<sup>166</sup>, que prevê a eficácia vinculante (vertical, porque o entendimento dos órgãos superiores vincula os hierarquicamente inferiores; e horizontal, porque, em regra, o precedente deve ser seguido também pelo Tribunal que o formou) da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais.

---

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

<sup>165</sup> CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes Vinculantes*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 215, 2013, p. 215.

<sup>166</sup> O termo vem da expressão latina "*stare decisis et non quieta movere*", que significa: "mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido".

As tradições jurídicas de *civil law* e *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas<sup>167</sup>. Os aspectos político, social, jurídico e econômico da França e da Inglaterra foram determinantes para a formação histórica e o desenvolvimento dessas tradições jurídicas<sup>168</sup>.

No período pré-revolucionário da França, persistia a ordem econômica do feudalismo, a ordem política do absolutismo monárquico e a ordem jurídica que privilegiava a aristocracia feudal em detrimento da burguesia

Os juízes franceses eram um grupo aristocrático que favorecia e apoiava a aristocracia feudal contra os camponeses, as classes médias trabalhadoras urbanas e a burguesia. Apesar do crescimento do racionalismo e do liberalismo

---

<sup>167</sup> Neste sentido, Ivo Dantas pondera que "os grandes sistemas *Civil law* e *Common law* não são produtos de uma elaboração doutrinária nem teórica, mas sim, como afirma Andrea Cavanna, dos 'caprichos da história'".(DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 145)

<sup>168</sup> Interessante constatação fez Lawrence M. Friedman acerca da difusão dessas tradições nos países colonizados: "Ninguém fora do círculo da dominação inglesa de fato adotou o sistema do *common law*. Em tempos modernos, alguns países não ocidentais buscaram importar modelos jurídicos do ocidente, os quais (segundo eles pensaram) funcionariam melhor para os impulsionar no mundo contemporâneo do que seus sistemas legais originais. Japão e Turquia são exemplos famosos. Em nenhum caso países como esses adotaram o modelo americano ou inglês. Por quê? Uma resposta é que se trata de sistemas codificados. Suas regras básicas assumam a forma de códigos - megaleis racionalmente estruturadas, as quais estabelecem os fundamentos do direito, os conceitos essenciais e doutrinas. Teoricamente, os juízes não têm poder para acrescentar ou subtrair a lei, a qual é inteiramente contida nos códigos. A sua única missão é interpretar esses ordenamentos. O núcleo do *common law*, por outro lado, foi essencialmente criada pelos juízes, à medida que decidiam os casos. O *common law* cresceu, alterou-se, evoluiu e mudou de prisma, ao longo dos anos, à medida que confrontava litigantes de fato e situações reais. Porém, como resultado, tornou-se difícil se encontrar e identificar 'o direito'. O *common law* estava, de certo modo, em todos os lugares e em lugar nenhum - uma abstração, espalhada entre milhares de páginas de relatos sobre os casos. Não foi, em resumo, empacotada para exportação." Tradução livre. No original: "Nobody outside the circle of English domination in fact has ever adopted the common law. In modern times, a number of non-Western countries have shopped around for a Western legal system, which (they thought) would do a better job of catapulting them into the contemporary world than their indigenous systems. Japan and Turkey are famous examples. In no case did such a country choose the American or English model. In every case, what was chosen was civil law, continental European law. Why? One answer is that these are *codified* systems. Their basic rules take the form of *codes* - rationally arranged mega-statutes, which set out the guts of the Law, the essential concepts and doctrines. In theory, the judges have no power to add or subtract from the law, which is entirely contained within the codes. Their only task is to interpret these rules. The core of the common law, on the other hand, was essentially created by judges, as they decided actual cases. The common law grew, shifted, evolved, changed prismatically, over the years, as it confronted real litigants, and real situations. But as result, it became hard to find and to identify "the law". The common law was, in a way, everywhere and nowhere - it was an abstraction, scattered among thousands of pages of case reports. It was not, in short, package for export" (FRIEDMAN, Lawrence M, *Law in America: a short history*. New York: A modern Library, 2002, p. 08).

na Europa, os juízes da França pré-revolucionária negavam-se a aplicar as leis novas ou as interpretavam de forma tendenciosa e contrária ao propósito do legislador, visando a manter a supremacia da aristocracia feudal, frustrando frequentemente as intenções progressistas dos seus elaboradores<sup>169</sup>.

Com o avanço da ideologia liberal vinculada aos valores burgueses, desenvolveu-se a ideia de superação da ordem social e econômica então vigentes de modo a derrubar a monarquia absolutista e a aristocracia feudal e das togas, substituindo substituindo-as por uma ordem política em que o parlamento está no centro do poder e criando um sistema jurídico novo, no qual os juízes aplicariam o direito (lei) de forma isonômica a todos os cidadãos.

Neste contexto, a Revolução Francesa de 1789 visou a ruptura da ordem política e jurídica, instituindo a "supremacia do Parlamento", que passa a deter a competência exclusiva de criar o direito, de modo que a atividade dos juízes deveria se restringir à mera declaração da lei. O sentimento no período revolucionário era de que o direito deveria ser racional, claro e completo, de modo a não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento. Deste modo, o ideal revolucionário impedia que os juízes interpretassem as normas elaboradas pelo Parlamento, sob pena de configurar grave e insuportável *deficit* democrático<sup>170</sup>.

Visando a desenvolver a nova ordem política e jurídica, a Revolução Francesa de 1789 fundamentou seus ideais na Teoria da Separação dos Poderes, formulada por Montesquieu, que impõe a necessidade de clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário, em clara sujeição dos juízes ao texto da lei<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22.

<sup>170</sup> MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Tradução de Carlos Sierra. 2ª ed., México: FCE, 1989, p. 41-42.

<sup>171</sup> Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior destaca que "Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o Judiciário não estivesse separado dos Poderes Legislativo e Executivo (teoria da separação dos poderes), partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época, já que nasceu em uma família de magistrados. Antes da Revolução francesa, os cargos de juiz consideravam-se propriedades que podiam comprar-se, vender e herdar-se. O próprio Montesquieu herdou tal cargo, conservou-o durante uma década e o vendeu." (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rogrigues. *As tradições jurídicas de*

Montesquieu definiu que o papel do Judiciário é ser a "*bouche de la loi*" (boca da lei), ao afirmar que os juízes não são mais "que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor"<sup>172</sup>.

A França revolucionária imaginou que uma legislação clara e completa seria suficiente para o juiz somente aplicar a lei, sem a necessidade de interpretá-la, estendê-la ou limitá-la. Ainda assim, na excepcional hipótese de conflito, obscuridade ou falta de lei, os ideais revolucionários previram que o juiz deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da correta interpretação<sup>173</sup>.

Os escopos da Revolução Francesa de 1789 de garantir liberdade, igualdade e fraternidade, através do Estado liberal clássico, previa a mínima intervenção do Judiciário na vida dos particulares, consubstanciada na ideia de que os juízes apenas afirmariam o que estava estabelecido na lei. Acreditava-se que a liberdade política estava assegurada caso não houvesse diferença entre a decisão do Poder Judiciário e o texto das normas legislativas.

Observe-se, inclusive, que foi nesta época, que surgiram os direitos humanos de primeira geração (direitos de liberdade), que têm o indivíduo como titular e são oponíveis ao Estado, de modo que a sua implementação exige apenas uma não intervenção do Estado<sup>174</sup>.

Portanto, constata-se que a formação e o desenvolvimento do *civil law* foram fortemente marcados pelo contexto histórico-social vigente na França pré-revolucionária, em que o Poder Judiciário não era independente (em favor da classe aristocrática), sem qualquer compromisso com os valores de igualdade, liberdade e fraternidade.

---

*civil law* e *common law*. Coord: FREIRE, Alexandre, et al. *Novas Tendências do processo Civil: Estudo sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 564).

<sup>172</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo e federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.

<sup>173</sup> MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Tradução de Carlos Sierra. 2ª ed., México: FCE, 1989, p. 85.

<sup>174</sup> BOBBIO, Nobberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24-26.

Diferentemente do contexto histórico-social da França, na Inglaterra, o Poder Judiciário foi fundamental para fortalecer os ideais progressistas que visavam a proteger os cidadãos frente ao monarca. Os juízes também desempenharam relevante papel na centralização do poder e na superação do modelo feudal.

Jonh Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo destacam que, na Inglaterra, "existia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes precisaram ser, muitas vezes, uma força progressiva ao lado do indivíduo contra o abuso do poder pelo governante, e tiveram um importante papel na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo".<sup>175</sup>.

Os magistrados ingleses mantiveram a tradição ancestral do país, decorrente do *common law* formado a partir de 1066, sem a qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado<sup>176</sup>.

Neste sentido, René David assevera que:

"o jurista inglês - que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos - gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge-lhe como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidade correspondentes nos juristas e no povo inglês"<sup>177</sup>.

Portanto, na Inglaterra, não houve uma ruptura da ordem jurídica, mas sim um desenvolvimento gradual do *common law*, conforme expõe Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior:

"A história do direito inglês foi marcada por quatro períodos principais. O primeiro, é o período anglo-saxônico, anterior à

---

<sup>175</sup> No original: "there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism." (MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 17).

<sup>176</sup> MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Tradução de Carlos Sierra. 2ª ed., México: FCE, 1989, p. 42.

<sup>177</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355.

conquista normanda de 1066. O segundo, é o período da formação do *common law*, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), no qual se desenvolve, em substituição, aos costumes locais, um sistema de direito novo, comum a todo o reino. O terceiro, é o período da rivalidade com a *equity*, que vai de 1485 a 1832, sendo marcado pelo desenvolvimento, ao lado do *common law*, de um sistema complementar, e às vezes rival, que se manifesta nas 'regras de equidade'. O quarto, é o período moderno, que começa em 1832 e continua até os dias de hoje, no qual o *common law* teve que observar um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração<sup>178</sup>.

Constata-se, pois, que a atuação do juiz foi essencial para a consolidação do *common law*, de modo a complementar a atividade do Legislativo, na medida em que a observância/manutenção das tradições e dos costumes anteriormente vigentes se sobrepujam a eventual norma legislativa.<sup>179</sup>

Na Inglaterra, não houve desconfiança de que o Judiciário estava posicionando de forma parcial em favor do rei ou do absolutismo. Assim, não foi necessário criar um dogma de aplicação estrita da lei, de modo que se possibilitou aos juízes a livre interpretação das normas legislativas.

A Revolução Gloriosa de 1688 não teve a pretensão de superar a ordem jurídica vigente, criando um novo Direito, bem como não visou retirar os poderes interpretativos dos juízes, subjugando-os ao Legislativo. Ao contrário, os ideais revolucionários ingleses confirmaram o *common law* contra o monarca, dando condições ao Poder Judiciário de controlar os atos legislativos<sup>180</sup>.

Deste modo, o desenvolvimento do *common law* decorre do contexto histórico-social da Inglaterra, em que não havia desconfiança da imparcialidade e independência do Poder Judiciário, de forma que não houve, até o século XX, a necessidade de instituir o dogma de aplicação estrita da lei.

---

<sup>178</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27.

<sup>179</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Idem*.

<sup>180</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 172, jun-2009, p. 192.

Contudo, importante ressaltar que "o direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei".<sup>181</sup> Essa tendência atual de codificação do direito inglês se justifica, inclusive, pela inserção do Reino Unido na União Europeia, diante das orientações da Comissão das Comunidades Europeias no sentido de garantir maior certeza e segurança jurídica através de normas legisladas.<sup>182</sup>

Cezar Saldanha Souza Júnior, destacando a diferença entre as tradições do *common law* e do *civil law* acerca do princípio da legalidade, pondera:

"No *Rule of Law* não há lugar para o princípio da legalidade, o princípio rival do *due process*. Quem estuda a *common law* nada encontra sobre ele, especialmente até a primeira guerra mundial. Agora pode-se entender bem a razão. No *common law*, os *statutes* estão sujeitos ao *judicial review* e ao *rule of exclusion*. Em virtude desses poderes do juiz, a exigência de se obedecer ao ato legislativo (que, no Continente, se aproxima do princípio da legalidade) resolve-se na esfera do *due process*. Com efeito, é o *due process* que vai definir os termos em que subsiste a obrigação de obedecer a um ato legislativo. Portanto, é o *due process* o princípio primeiro do *Rule of Law*. A legalidade – se é que existe no *common law* – subsume-se como um aspecto do princípio, amplo e configurador do processo devido."<sup>183</sup>

Constata-se, portanto, que uma das principais diferenças entre esses dois sistemas jurídicos resulta do método utilizado para se chegar à regra de direito aplicável ao caso concreto. Por um lado, no *civil law*, o método é dedutivo (geral para o particular), de modo que o aplicador do direito parte da interpretação da lei abstrata e geral incidindo-a sob a situação fática do caso. Por outro lado, no *common law*, utiliza-se o método indutivo (particular para o geral), decidindo-se acerca da aplicação do direito ao caso concreto a partir de estudo e solução de julgados anteriores.

---

<sup>181</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

<sup>182</sup> Comissão das Comunidades Europeias. *Relatório da Comissão ao Conselho Europeu: Legislar Melhor 2001*. Bruxelas. Disponível em <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/PT/1-2001-728-PT-F1-1.Pdf>>.

<sup>183</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade: UFRGS. Porto Alegre, 2002, p. 104.

### 3.2. A doutrina do *stare decisis* do *common law*

O ideal de que casos iguais devem ser tratados igualmente (*treat like case alike*) é decorrência dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, sendo comum tanto na tradição do *common law* como no *civil law*. A peculiaridade da tradição do *common law* consiste na doutrina dos precedentes vinculantes, idealizada através do brocardo "*stare decisis et non quieta movere*"<sup>184</sup>, que indica a obrigação do juiz subsequente aplicar aos casos semelhantes o mesmo entendimento formado no precedente judicial anterior, ainda que o intérprete do caso concreto considere a solução impertinente.<sup>185</sup>

Esse efeito vinculante dos precedentes judiciais, previsto na teoria do *stare decisis*, nem sempre esteve presente na tradição do *common law*.<sup>186</sup> Até o final do século XIX, os juízes, ao julgarem os casos concretos, observavam os precedentes judiciais em razão da preocupação com a segurança jurídica e da ausência de interpretação distinta acerca de determinada norma jurídica. Todavia, não existia a obrigatoriedade de seguir o precedente, em decorrência

---

<sup>184</sup> Significado: "mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido".

<sup>185</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 60-61. MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2010, p. 141-142.

<sup>186</sup> Alfred William Brian Simpson pondera que "qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*; e diga-se de passagem, funcionou muito bem". Tradução Luiz Guilherme Marinoni. *In: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33. No original: "To a historian at least any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough" (SIMPSON, Alfred William Brian. *The common law and legal theory*. *In: HORDER, Jeremy* (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77).

da eventual autoridade destes, o que ocorria era apenas o costume de segui-los, sem qualquer força vinculante.<sup>187</sup>

Não havia óbice ao julgador que decidisse julgar o caso concreto de forma distinta ao precedente judicial, ainda que as situações fossem semelhantes. Sequer havia necessidade de o juiz demonstrar a distinção ou superação do entendimento, caso optasse por afastar a aplicação do precedente judicial.<sup>188</sup>

No direito inglês, a força vinculante do precedente judicial somente foi institucionalizada em 1898<sup>189</sup>, no julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltda. v. London County Council*, em que a *House of Lords* reconheceu a obrigação dos juízes de seguir os precedentes.<sup>190</sup> Neste caso, a controvérsia era acerca dos parâmetros para a fixação do valor da indenização por desapropriação, sendo que a *House of Lords* entendeu que tais critérios já estavam definidos em caso anterior julgado em 1894.<sup>191</sup>

No referido julgado, a alta Corte inglesa assentou que os juízes devem seguir os precedentes formulados na sua própria jurisdição e nos tribunais superiores, ainda que discordassem do entendimento<sup>192</sup>. Além disso, chegou a

---

<sup>187</sup> Neste sentido: HOGUE, Arthur. *Origins of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1986, p. 201; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 61.

<sup>188</sup> GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 4ª ed., New York: Oxford University Press, 2000, p. 219; PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Little, Brown and Co., 1956, p. 342.

<sup>189</sup> Lucas Buriel de Macêdo ressalta que já existia outros casos em que a *House of Lords* tinha reconhecido a força vinculante dos precedentes judiciais, como *Beamish v. Beamish*, de 1861, e *Mirehouse v. Rennel*, de 1833. (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 62-63)

<sup>190</sup> EVANS Jim. Change in the doctrine of precedent during nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 54-58; VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Vol. I, 4ª ed., Torino: Giappichelli, 2000, p. 322

<sup>191</sup> Maiores detalhes acerca do caso *London Street Tramways Co. Ltda. v. London County Council*: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 161.

<sup>192</sup> "Perceba-se que, no mesmo século XIX, quando se sedimentava a doutrina dos precedentes obrigatórios da Inglaterra, no Continente a tendência era a Escola da Exegese e outras manifestações do positivismo legalista. O nascimento da doutrina do *binding precedent*, portanto, nasce a partir de uma concepção positivista, hierárquica e burocrática." (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 66)

afirmar que sequer a *House of Lords* poderia superar o seu próprio precedente. Tal concepção pautou-se na teoria de que os juízes apenas declaravam e anunciavam o direito; e não o criavam, de modo que a sua extinção ou superação somente poderia ser feita a partir do processo legislativo do Parlamento<sup>193</sup>.

Eis o voto do *Lord Chancellor* no julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltda. v. London County Council*:

"É claro que eu não nego que casos especificamente difíceis possam surgir, e que possa haver uma corrente de opinião declarando que determinado julgamento foi errado. Mas o que é esta interferência ocasional, talvez uma justiça abstrata, se comparada com a inconveniência – a desastrosa inconveniência – de submeter-se cada questão à nova discussão, e os negócios das pessoas tornados incertos por motivo de decisões diferentes, de forma que, na verdade e de fato, não haveria uma verdadeira corte final de apelação? Meus Lordes, *interest rei publicae* (i. e. é de interesse público) que deva haver *finis litium* (i.e. um fim para o litígio em algum momento, e poderia não haver *finis litium* se fosse possível sugerir, em cada caso, que ele poderia ser novamente discutido porque não é 'um caso ordinário', seja lá o que isso possa significar. Nestas circunstâncias, eu estou entre aqueles que não devem permitir que esta questão seja rediscutida."<sup>194</sup>

Posteriormente, em 26 de julho de 1966, a *House of Lords*, em *Practice Statement*, entendeu pela possibilidade dos seus juízes superarem os seus próprios precedentes, quando achassem adequado e justo. Eis a manifestação do *Chancellor Lord Gardner*, na ocasião:

"Suas Excelências consideram o uso dos precedentes como um fundamento indispensável com base no qual se decide o que é o Direito e sua aplicação ao caso individual. Ele proporciona pelo

---

<sup>193</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedente in the United Kingdom. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 330-333.

<sup>194</sup> Tradução: Marcelo Alves Dias de Souza. In: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 62-63. No original: "Of course, I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice, as compared with the inconvenience - the disastrous inconvenience - of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth there is no final court of appeal. My Lords, "interest rei publicae" is that there should be "finis litium" sometime and there can be no finis litium if it were possible to suggest in each case that it might be reargued because it is "not an ordinary case" whatever that may meant. Under these circumstances I am of the that ought not to allow this question to be re-argued."

menos algum grau de certeza sobre como os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais.

Suas Excelências, entretanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito. Eles propõe, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastarem-se de uma decisão prévia quando assim parecer a coisa certa a se fazer.

Nesse sentido, eles levaram em conta o perigo de se perturbar retrospectivamente a base em que contratos, acordos de propriedade e arranjos fiscais foram entabulados, e, também, a necessidade especial de certeza em relação ao Direito Criminal.

Este anúncio não deverá afetar o uso do precedente em qualquer outro lugar que não esta corte."<sup>195</sup>

Todavia, o fato da mais alta Corte inglesa reconhecer a faculdade dos seus juízes modificarem os precedentes judiciais não implicou no uso frequente e corriqueiro de tal prática e no enfraquecimento da teoria do *stare decisis*.<sup>196</sup> Naquela oportunidade, Neil MacCormick, inclusive, assentou que, “inquestionavelmente, esta mudança removerá os piores defeitos da regra do *stare decisis*, na medida em que regras incompatíveis ou injustas poderão ser reconsideradas. Mas não se trata, de modo algum, de uma reforma fundamental: é o velho sistema, com o que tinha de pior, retirado”<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Tradução: Marcelo Alves Dias de Souza. In: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 63-64. No original: “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating formal decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears to be right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

<sup>196</sup> McLEOD, Thomas Ian. *Legal Method*. 2ª ed., London: Macmillan, 1996, p. 178

<sup>197</sup> MACCORMICK, Neil. *Can Stare Decisis be Abolished?*. *Juridical Review*, 1966, p. 11. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Apud*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito. Direito Jurisprudencial*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 41.

Observe-se, inclusive, que, após ao *Practice Statement* publicado nos *law reports*, uma nota explicativa foi divulgada na imprensa, ressaltando a excepcionalidade da utilização da técnica de superação do precedente:

"Desde que decidiu o caso inglês *London Street Tramways v. London County Council* em 1898, a *House of Lords* julgou-se obrigada a seguir suas próprias decisões exceto onde uma decisão tenha sido dado *per incuriam* em desrespeito a um preceito legal ou a uma outra decisão obrigatória da corte.

A afirmação feita é de grande importância, embora não se deva esperar que haverá frequentemente casos em que a *House of Lords* ache ser correto não seguir seu próprio precedente. Um exemplo de um caso, em que a *House of Lords* poderia pensar ser correto afastar-se de um precedente, ocorre quando ela considera que a decisão anterior foi influenciada pela existência de condições que não prevalecem mais e que, nas condições atuais, o Direito deve ser diferente."<sup>198</sup>

Constata-se, portanto, que a adoção da teoria do *stare decisis* revela a preocupação de garantir maior segurança jurídica e isonomia, estabelecendo um limite para a criação jurisprudencial do direito. Neil Duxbury pondera que "aceitar que os precedentes são dotados de autoridade importa em facilitar a consistência e a justiça no processo decisório: quando as autoridades decisórias tratam os precedentes como limites, elas aumentam as chances dos casos iguais serem tratados igualmente"<sup>199</sup>.

Neste sentido, defendendo que a teoria do *stare decisis* garante certeza e previsibilidade às relações jurídicas, Gerald J. Postema afirma que o precedente "representa ou incorpora regras gerais (...). Estas regras são 'autoritativas' no sentido de que (I) a razão imediata para seguir a regra reside no fato de que a matéria em questão foi decidida, que a regra foi prevista, e (II) as regras determinam certo curso de ação e precluem (ou, ao menos,

---

<sup>198</sup> Texto extraído de: ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. 5ª ed. London: Butterwoeths, 1999, p. 196-197. Tradução: Marcelo Alves Dias de Souza. In: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 64.

<sup>199</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 24-25. Tradução livre. No original: "accept precedents as authoritative is to facilitate consistency and fairness in decision-making: when decision-makers treat precedents as constraints they increase the likelihood that like cases will be treated alike".

reclamam precluir) deliberações posteriores sobre a propriedade da ação em questão”<sup>200</sup>.

A teoria do *stare decisis* impõe a vinculação obrigatória dos precedentes tanto em sentido vertical (cortes superiores e inferiores), quanto em sentido horizontal (intra cortes). O respeito aos precedentes judiciais, em sentido vertical e horizontal, é a forma de dar coerência e integridade ao ordenamento jurídico, tornando o Direito mais seguro<sup>201</sup>.

A interpretação do ordenamento jurídico precisa ser uniformizada, não sendo possível ser relativizada de acordo com a vontade e concepção de cada juiz. Neil MacCormick ressalta que "seria bizarro se um juiz cuja opinião foi rejeitada por um tribunal maior ou superior pudesse, no entanto, mantê-la em seus julgamentos posteriores. Além disso, a possibilidade de apelação faria esse exercício de individualmente inútil e meramente dispendiosa para os litigantes".<sup>202</sup>

Portanto, na tradição do *common law*, em decorrência da teoria do *stare decisis*, os precedentes judiciais são de observância obrigatória pelos juízes, de modo a dar-se coerência e integridade à aplicação do direito, bem como essenciais para conduzir o comportamento dos jurisdicionados, na medida em que garantem a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para o exercício das atividades sociais.

---

<sup>200</sup> POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford University Press, 1986, p. 14-15. Tradução livre. No original: "stand for or embody general *rules* (...). These rules are 'authoritative' in the sense that (I) the immediate reason for following the rule rests on the fact that the matter in question was *decided*, that the rule was laid down and (II) the rules dictate a certain course of action and precludes (or, at least claims to preclude) further practical deliberation about the propriety of the action in question"

<sup>201</sup> "A estabilidade exige uma continuidade com o passado e é necessária para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com um razoável grau de certeza quanto às consequências jurídicas de seus atos. A mudança implica numa variação ou alteração daquilo que está fixo ou estável. Sem mudança, no entanto, não pode haver progresso". RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287, esp. 282.

<sup>202</sup> MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* *Judicial Review*, 1966, p. 199. Tradução livre. No original: "It would be bizarre if a judge whose opinion had been rejected by a larger or higher tribunal could nevertheless continue to hold to it in his judgements thereafter. Moreover, the availability of an appeal would make this exercise of individuality pointless and merely expensive for litigants".

### 3.3. A *ratio decidendi* e o *obiter dictum*: uma análise interpretativa

O exercício do direito jurisprudencial necessita da análise interpretativa para se apurar a razão de decidir/tese jurídica (*ratio decidendi* ou *holding*) do precedente judicial. Para a aplicação de determinado precedente judicial é necessário que o juiz o analise, de modo a separar a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*) dos argumentos jurídicos acessórios e secundários, expostos apenas de passagem na decisão (*obiter dictum*), pois apenas a *ratio decidendi* que se vincula ao julgamento dos demais processos<sup>203</sup>.

Na tradição do *common law*, no julgamento de cada caso concreto, o juiz deve pesquisar se há precedente judicial versando a mesma questão de direito em circunstância fática semelhante. Se constatada a existência de pronunciamento judicial anterior, o juiz deve realizar o processo de decomposição do precedente para identificar e distinguir a *ratio decidendi* do *obiter dictum*.

Neste sentido, Edward D. Re. pondera que:

"os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum*

---

<sup>203</sup> Michele Taruffo assenta que "a doutrina do precedente faz distinção entre *ratio decidendi*, que é a regra de direito que é colocada como fundamento jurídico da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, por serem úteis para a compreensão da decisão e de seus motivos, não são parte integrante do fundamento jurídico da decisão". Tradução: Luiz Henrique Volpe Camargo. In: *Apud*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *Direito Jurisprudencial*. Vol. I. São Paulo: RT, 2012, p. 560. No original: "La dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione". (TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coord.). *La ciencia del derecho processal constitucional: Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo V: juez y sentencia constitucional. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 800).

é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva."<sup>204</sup>

Portanto, quando uma decisão anterior é invocada como precedente a ser seguido, ela própria deve primeiro ser interpretada, para se apurar qual é a sua tese jurídica vinculante para posterior aplicação.<sup>205</sup>

Para o adequado funcionamento da teoria do *stare decisis* é essencial que o aplicador do direito identifique corretamente quais são as razões de decidir/tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente judicial.<sup>206</sup> Caso o aplicador do direito deixe de realizar a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, a aplicação do precedente ocorrerá de forma inadequada, com a possibilidade de se entender que o Poder Judiciário fixou determinada interpretação da norma jurídica, quando, na verdade, estava apenas fazendo um comentário acessório à tese jurídica, que não é parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Tal desvirtuamento implica em grave ofensa ao devido processo legal, tornando confusa a aplicação do precedente e comprometendo a teoria do *stare decisis*.<sup>207</sup>

O *obiter dictum* pode ser utilizado como argumentação persuasiva, mas nunca como tese jurídica obrigatória, conforme destaca Michael Zander:

"Dicta podem ser de grande peso persuasivo, mas não podem, sob circunstância alguma, ser obrigatórias para qualquer corte. A afirmação mais cuidadosamente considerada e deliberada do Direito, apesar de feita por todos os cinco *Law Lords*, mas que é uma *dictum*, não pode obrigar nem mesmo o juiz de grau mais inferior do país. Tecnicamente, ele está livre para seguir seu próprio caminho. Na prática, é claro, as fortes decisões *obiter* das cortes superiores são seguidas e certamente receberão maior atenção; mas, nos termos precisos da teoria, elas não são obrigatórias. Este é o motivo por que, tecnicamente, a *Court of Appeal* não está obrigada pelos pronunciamentos da *House of Lords*, já que um caso na *House of Lords* não requer uma

---

<sup>204</sup> RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287.

<sup>205</sup> RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 71.

<sup>206</sup> MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 156; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: Maccormick: D. Neil; SUMMERS Robert S. (ed.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 507-509.

<sup>207</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 90-91

decisão sobre o manuseio dos precedentes pela *Court of Appeal* e, portanto, algo dito sobre o assunto é necessariamente *obiter*."<sup>208</sup>

Thomas da Rosa de Bustamante ressalta que os “precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma”<sup>209</sup>.

Ocorre que "a interpretação de um precedente, para que dele se extraia a *holding* ou a *ratio decidendi* é uma tarefa tão (ou mais!) complexa do que a de interpretar a lei".<sup>210 211</sup>

Diversos juristas, estudiosos do sistema de precedentes judiciais, apresentaram métodos buscando identificar de forma eficaz a *ratio decidendi* do pronunciamento judicial, de modo a distingui-la do *obiter dictum*. Os métodos mais tradicionais foram desenvolvidos por Eugene Wambaugh, Arthur L. Goodhart e Rupert Cross.

Eugene Wambaugh defende que a *ratio decidendi* é a regra geral sem a qual o julgador não teria chegado à conclusão do entendimento constante da decisão. Assim, o jurista propõe o seguinte teste para identificar a *ratio decidendi*: (I) inicialmente, é necessário formular a suposta proposição jurídica;

---

<sup>208</sup> ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. 5 ed., London: Butterworths, 1999, p. 262-263. Tradução: Marcelo Alves Dias de Souza. *Apud*: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 140-141.

<sup>209</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

<sup>210</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *Direito Jurisprudencial*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 52.

<sup>211</sup> Luiz Guilherme Marinoni ressalta que "embora a doutrina do *common law* fale em interpretação de precedente, seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado. De qualquer forma, é fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia". (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 918, 2012, p. 356-357)

(II) em seguida, deve-se inserir na proposição formulada uma palavra que a reverta o seu significado; e (III) por fim, deve-se questionar se, caso o tribunal tivesse considerado a nova proposição no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Assim, caso o resultado da decisão tenha sido alterado, a proposição jurídica original tem a autoridade de *ratio decidendi*; e, na hipótese do resultado ter se mantido, proposição original não representa a tese jurídica, constituindo *obiter dictum*.<sup>212</sup>

Contudo, o teste de Wambaugh recebeu sérias críticas de juristas da *common law*, tendo em vista que se apresenta falha quando a decisão é fundamentada com base em dois ou mais fundamentos independentes e autônomos, que conduzem à mesma conclusão. Neste caso, ainda que se inverta a proposição de um dos fundamentos, o outro fundamento é suficiente para manter a conclusão da decisão. Portanto, o teste de Wambaugh conduziria ao equívoco de se entender que tais fundamentos independentes e autônomos seriam sempre *obiter dictum*, tendo em vista que a inversão de suas preposições, de forma isolada, não alteraria a conclusão da decisão.<sup>213</sup>

Por outro lado, Arthur L. Goodhart defende o método que dá ênfase aos fatos determinantes para a formação da tese jurídica, e não para as razões utilizadas para justificar a solução encontrada. Arthur L. Goodhart propõe que, para a apuração da *ratio decidendi*, é necessário identificar os fatos que o juiz admitiu como fundamentais ou materiais para decidir.<sup>214</sup> Desta forma, o aplicador do direito deve, ao analisar o precedente, apurar todos os fatos

---

<sup>212</sup> Wambaugh, Eugene. *The Study of Cases: A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities, and Compiling Digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1894, p. 18.

<sup>213</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 918, 2012, p. 358.

<sup>214</sup> “Tendo determinado, como primeiro passo, todos os fatos do caso tais como vistos pelo juiz, é então necessário descobrir em quais destes fatos ele encontrou material para o seu julgamento” Tradução: Luiz Guilherme Marinoni. In: MARINONI, Luiz Guilherme. “Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 918, 2012, p. 359. No original: “Having, as a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to discover which of these facts he has found material for his judgment.” (Arthur L. Goodhart, *Determining the ratio decidendi of a case. Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge, University Press, 1931, p. 15)

considerados na decisão pelo juiz e, posteriormente, selecionar quais foram os fatos fundamentais ou materiais para se chegar a conclusão da decisão.<sup>215</sup>

Entretanto, o método de Arthur L. Goodhart apresenta a dificuldade de justamente identificar quais são os fatos materiais e os imateriais do precedente judicial. Portanto, tal método é cercado por indeterminações.

Em contraponto aos métodos anteriores, Rupert Cross identifica a *ratio decidendi* como qualquer regra de direito expressa ou implicitamente abordada pelo juiz como passo *necessário* para se chegar a conclusão da decisão judicial.<sup>216</sup> Ocorre que tal definição apresenta-se muito abrangente, na medida em que sempre que uma determinada lei estiver sendo interpretada e aplicada a *ratio decidendi* seria o próprio dispositivo legal.<sup>217</sup>

Neil MacCormick, criticando o método de Rupert Cross, propõe que seja substituído o entendimento de passo *necessário* para alcançar a conclusão da decisão judicial para norma *suficiente* para o estabelecimento da questão de

---

<sup>215</sup> Arthur L. Goodhart explica o seu método a partir do seguinte exemplo: “Em *Rylands v. Fletcher*, o réu contratou um empreiteiro independente para fazer um reservatório em sua propriedade. Devido à negligência do empreiteiro em não encher algumas minas d’água em desuso, a água escoou e inundou a mina do autor. O réu foi considerado responsável. Seria o princípio do caso em que um homem que constrói um reservatório em sua propriedade deve ser considerado responsável pela negligência de um empreiteiro independente? Por que, então, este caso é sempre mencionado como aquele que fixou a doutrina mais ampla da ‘responsabilidade objetiva’? A resposta é encontrada nas opiniões. Após determinarem os fatos como acima descritos, os juízes então ignoraram o fato da negligência do empreiteiro, e fundamentaram suas conclusões no fato de que um reservatório artificial havia sido construído. A negligência do empreiteiro foi, assim, implicitamente considerada com um fato imaterial. O caso pode ser analisado como segue: Fato I – O réu teve um reservatório construído em sua propriedade. Fato II – O empreiteiro que o construiu foi negligente. Fato III – A água escoou e prejudicou o autor. Conclusão – O réu é responsável perante o autor. Fatos materiais como vislumbrados pela Corte: Fato I – O réu teve um reservatório construído em sua propriedade. Fato III – A água escoou e prejudicou o autor. Conclusão – O réu é responsável perante o autor. Em razão da omissão do Fato II, a doutrina da ‘responsabilidade objetiva’ foi estabelecida”. (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case. Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge, University Press, 1931, p. 17-18. *Apud*. MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 918, 2012, p. 360).

<sup>216</sup> “The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 77).

<sup>217</sup> Críticos do método de Rupert Cross: MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 209; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 77.

direito objeto de discussão pelas partes.<sup>218</sup> Destaca-se que há distinção entre o caminho tido por *necessário* e o *suficiente*. Se o caminho é necessário, não há como se chegar a determinada conclusão da decisão judicial sem passar por ele. Já, se o caminho é suficiente, chega-se a determinada conclusão passando por ele, na medida em que tal proposição é apta e capaz de acarretar tal entendimento.

Observe-se que a análise acerca de uma questão preliminar de competência absoluta para julgamento da causa é passo *necessário* para se permitir chegar a análise do mérito do julgamento. Contudo, a definição dessa questão preliminar não é *suficiente* para concluir o julgamento do mérito da causa.

De outro modo, no caso em que se têm duas argumentações distintas e independentes em favor de determinada tese jurídica<sup>219</sup>, o acolhimento de qualquer uma delas é *suficiente* (e não *necessário*) para se chegar a conclusão do mérito da causa.

Destaca-se, ainda, que é possível a existência de precedente com várias *rationes decidendi*. Tal situação pode ocorrer em razão da causa apresentar cumulação de ações, de modo que a sentença analisará mais de uma questão autônoma e independente, sendo que cada uma possui deliberações e pressupostos específicos, passíveis de serem julgados em sua unidade como um capítulo da sentença<sup>220</sup>. Portanto, no caso de cumulação de ações, necessariamente, haverá mais de um capítulo da sentença, tendo em vista o julgamento de pedidos autônomos<sup>221</sup>. Além disso, verifica-se a clara

---

<sup>218</sup> MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 209.

<sup>219</sup> Por exemplo, uma causa em que se discute ser indevida a incidência de determinado imposto, ao fundamento de que o dispositivo legal que prevê a aplicação desse imposto: (I) é inconstitucional, por não observar o devido processo legislativo; e/ou (II) é ilegal, por afronta algum dispositivo legal de lei infraconstitucional.

<sup>220</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

<sup>221</sup> “Por outro lado, a própria ação já pode não ser una. Ninguém desconhece a possibilidade de cumulação de ações num mesmo feito: exemplo corriqueiro é o da cobrança de mais de uma dívida. Ainda que todas as ações venham a ser julgadas simultaneamente, a sentença, *formalmente* una, será substancialmente *plural*, conterà pelo menos tantos capítulos quantas forem as dívidas cobradas, e talvez até número maior, se em relação a alguma das dívidas o juiz acolher só em parte o pedido. Cada uma dessas “unidades elementares” vale por uma sentença (*quot capita tot sententiae*) – o que assume enorme importância em diversos campos,

configuração de capítulos da sentença, quando no processo houver o réu manejado reconvenção. Neste caso, a sentença poderá ser formalmente una, mas substancialmente deverá ter um relatório, uma fundamentação e um dispositivo para cada uma das ações contrapostas, na medida em que há mais de um direito de ação sendo simultaneamente exercido no mesmo processo.<sup>222</sup> Deste modo, cada capítulo da sentença poderá dar ensejo a uma *ratio decidendi*.

Também poderá existir mais de uma *ratio decidendi* quando o precedente analisar, além da questão de mérito da causa, alguma questão preliminar de matéria processual, como, por exemplo, a competência da causa ou de certos requisitos processuais. Portanto, a análise das questões preliminares, necessárias para se chegar ao pronunciamento do mérito, tem plena condição de formar uma *ratio decidendi*, que deverá ser observada em outros processos que versem sobre a mesma matéria processual.

Pode ocorrer também de o precedente não apresentar nenhuma *ratio decidendi*, diante da falta de fundamentação racional ou da inexistência de fundamento vencedor. No caso da fundamentação deficiente, o precedente não apresenta a clareza necessária para se identificar a tese jurídica, de modo que seria uma ofensa à segurança jurídica estabelecer a vinculação dos jurisdicionados a uma norma que sequer é possível compreender. Já o caso da inexistência de fundamento vencedor, ocorre quando os juízes se utilizam de razões distintas para chegar à a mesma conclusão. Deste modo, o precedente não apresenta na sua fundamentação um consenso mínimo acerca das razões de decidir, impossibilitando a fixação de uma tese jurídica.<sup>223</sup>

---

como o da recorribilidade, o da atribuição do custo do processo, o do tratamento de vícios no julgamento, e assim por diante.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. In: *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord) – São Paulo: Editora dos Tribunais, vol. 11, 2007, p. 174).

<sup>222</sup> OLIANI, José Alexandre Manzano. Capítulos de Sentença, Apelação Parcial e Sentença Juridicamente Inexistente – Breves Considerações. In: MEDINA, José Miguel Garcia, et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 735.

<sup>223</sup> Neste sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 121; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 334-335.

Ao comentar acerca da possibilidade de o precedente não apresentar nenhuma *ratio decidendi*, Thomas da Rosa de Bustamante adverte:

"Do mesmo modo, em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice*, mas diverjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: 'Em uma corte de cinco juízes, não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três pronunciem a mesma *ratio decidendi*' [Montrose, 1957, p. 130]. Nesse sentido, Whittaker recorda o caso 'Shogun Finance Ltd. v. Hudson', em que o raciocínio de cada um dos juízes que compõem a maioria – uma maioria de três a dois – difere muito significativamente dos demais: 'O resultado estava claro: uma maioria de três entre cinco juízes com acento na *House of Lords* sustentou que o fraudador não havia adquirido o título e, portanto, não poderia em tais circunstâncias tê-lo repassado a Hudson, aplicando-se a máxima *nemo dat quod non habet*. Não obstante, a maioria apresentava diferenças muito significativas quanto ao raciocínio seguido pelos seus componentes' [Whittaker, 2006, p. 723-724]. Em um caso como esse não se pode falar em um precedente da corte acerca das normas (gerais) adstritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante da norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. Apenas há um precedente do tribunal em relação às questões que foram objeto de consenso dos seus membros. 'Quando a fundamentação divergente [no caso de votos 'convergentes no dispositivo e divergentes na motivação'] descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução do caso' [Cruz e Tucci, 2004, p. 178]. Isso não impede, porém, que se possa falar em uma *ratio decidendi* da opinião de um juiz e que a regra inferida dessa *ratio* seja utilizada como precedente em um caso futuro. É claro que essa regra está menos revestida de autoridade que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apenas de limitar – não extingue por completo seu valor como precedente."<sup>224</sup>

Essa variedade de métodos e conceitos apenas evidencia que não há um procedimento exato e definitivo para se apurar a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, uma vez que a identificação da tese jurídica depende essencialmente da interpretação do precedente judicial, a partir da dimensão argumentativa do direito.

Luiz Guilherme Marinoni pondera que

---

<sup>224</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 272-273.

“o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta olhar somente à sua parte dispositiva”<sup>225</sup>.

Complementado esta ideia, Hermes Zaneti Jr. destaca que “a *ratio decidendi* é estabelecida a partir dos fundamentos determinantes, compreendidos como os fatos relevantes e o direito estabelecidos no precedente”.<sup>226</sup>

Constata-se, portanto, que a tese jurídica do precedente não está na parte dispositiva da decisão, mas nos fundamentos determinantes que foram apresentados para justificar aquela conclusão.

Deste modo, deve-se valorizar a atuação dos operadores do direito, que irão interpretar o precedente judicial, preocupando-se menos com a definição de um método único para a identificação da *ratio decidendi*.

Neste sentido, Lucas Buril de Macêdo conclui que:

“extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente) como superior ou concreto a priori, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da *ratio* torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal.”<sup>227</sup>

---

<sup>225</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 918, 2012, p. 355.

<sup>226</sup> ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil. Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 235, set/2014, p. 293-349, versão digital.

<sup>227</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 322.

O processo é procedimento em contraditório participativo, de modo que é a partir da argumentação das partes, que o juiz irá interpretar o precedente, analisando os fatos determinantes para a sua formação e identificando a *ratio decidendi* que eventualmente pode ser (ou não) aplicável ao caso concreto. Deste modo, verifica-se que a definição da *ratio decidendi* somente é alcançada após o devido processo argumentativo.

### **3.4. A distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*): outra análise interpretativa**

#### **3.4.1. A técnica da distinção (*distinguishing*)**

O precedente judicial é um texto a ser interpretado pelo juiz do caso concreto posterior. O aplicador do direito, além de interpretar o precedente judicial para identificar a sua *ratio decidendi*, deve analisá-lo para verificar se as circunstâncias fáticas entre a decisão paradigma e caso concreto são semelhantes a ponto de justificar a aplicação da tese jurídica formada no precedente judicial.

O direito jurisprudencial dá grande relevo aos fatos do caso, seja quando da elaboração do precedente, seja quando da análise e aplicação da tese jurídica formada nos precedentes. É necessário que o juiz analise os elementos fáticos do precedente judicial, de modo a verificar se há semelhança com o caso sob julgamento.

A diferenciação dos elementos fáticos do precedente e do caso concreto ocorre mediante a técnica do *distinguishing*. Trata-se da técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, de modo a garantir que cada processo receba a solução adequada, sem que a tese jurídica do precedente judicial seja aplicada de forma automática e em dissintonia com as circunstâncias fáticas.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Marcelo Alves Dias de Souza, traduzindo citação de Thomas Ian Mcleod, aborda exemplo de *distinguishing*: “Em *Bridges v. Hawkesworth* [1985] LI 21 QB 75, a um consumidor foi

Contudo, para que se aplique determinado precedente judicial a um outro caso subsequente, não é necessário que as demandas sejam absolutamente idênticas, sob pena de enfraquecer e relativizar a teoria do *stare decisis*.<sup>229</sup>

Para a utilização da técnica do *distinguishing* é necessário, como antecedente lógico, que o aplicador do direito identifique a *ratio decidendi* do precedente judicial, na medida em que é preciso apurar quais foram os fatos que foram tomados em consideração para a fixação da tese jurídica. Somente a partir da identificação desses fatos fundamentais e relevantes para a formação da *ratio decidendi* que se poderá verificar se tais circunstâncias fáticas também se repetem no caso concreto.

A utilização da técnica do *distinguishing* exige prudência e critérios, posto que não pode significar válvula de escape para que os juízes deixem de seguir o precedente obrigatório, sob a alegação de que há circunstância fáticas distintas entre os casos<sup>230</sup>. O juiz deve se ater aos fatos fundamentais para a formação da tese jurídica, pouco importando se há fatos imateriais distintos.

O juiz, ao deixar de aplicar determinado precedente judicial, deve fundamentar sua decisão, identificando quais são os fatos materiais que não se encontram presentes no caso concreto, tendo em vista que não é qualquer distinção fática que justifica a aplicação da técnica do *distinguishing*.

Deste modo, "a complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, assim, do método de confronto, denominado

---

reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em *South Staffordshire Water Company v. Sharwood* [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público." (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 1ª edição (ano 2006), 2ª reimpressão (ano 2013), p. 143)

<sup>229</sup> SCHAUER, Frederick. *Precedents*. *Stanford Law Review*. Stanford, 1987, v. 39, p. 577.

<sup>230</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327.

*distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma"<sup>231</sup>.

Quando as distinções fácticas do caso concreto são imateriais, de modo que não justificam o afastamento da tese jurídica do precedente, caso o juiz do caso concreto promova a fuga ilegítima da *ratio decidendi*, cometerá *error in iudicando*. Essa utilização falha da técnica de distinção, por meio de fatos e argumentos que não são capazes de justificar o afastamento da tese jurídica, é denominada distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)<sup>232</sup>.

Neil Duxbury ressalta que os advogados e os juízes têm controle sobre eventual utilização indevida e reiterada da técnica de distinção dos precedentes, ao fundamento que "o juiz que tenta 'distinguir' casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juízes que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em evidenciar a sua atividade como de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação será desgastada e sua decisão questionada. O fato de os juízes terem o poder de 'distinguir' não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente".<sup>233</sup>

Em regra, a adoção do *distinguishing* não retira qualquer autoridade do precedente judicial, muito menos está a questionar a sua validade, eficácia, legitimidade ou a hierarquia. O uso da técnica do *distinguishing* apenas revela

---

<sup>231</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito Jurisprudencial*. Vol I. São Paulo: RT, 2012, p. 560

<sup>232</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988, p. 115.

<sup>233</sup> Tradução: Luiz Guilherme Marinoni. No original: "The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them." (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, University Press, 2008, p. 114. *Apud*: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 328).

que o caso concreto não apresenta os fatos fundamentais que foram considerados na formação da *ratio decidendi* do precedente<sup>234</sup>.

Contudo, o uso reiterado e indiscriminado da técnica de distinção em relação à determinado precedente pode ensejar o enfraquecimento, revelando que esta decisão judicial está perdendo a sua credibilidade<sup>235</sup>.

Neste sentido, René David destaca que o uso das técnicas do *distinguishing* deve ser utilizado com cautela, na medida em que “o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é desejado”<sup>236</sup>.

Assim, constatando-se que os fatos relevantes do precedente judicial são distintos do caso sob julgamento, o juiz pode: (I) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, em razão do caso concreto possuir peculiaridades que não possibilitam a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), situação em que julgará o processo livremente, sem qualquer vinculação ao precedente; ou (II) estender ao caso *sub judice* a mesma solução conferida no precedente judicial, por entender que, apesar das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica ainda lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).<sup>237</sup>

Na distinção ampliativa (*ampliative distinguishing*), a hipótese fática da *ratio decidendi* torna-se mais ampla, tendo em vista que a tese jurídica passa a ser aplicada para outras circunstâncias fáticas que não estavam previstas no precedente originário. Ocorre a expansão silenciosa do precedente originário<sup>238</sup>. Por outro lado, na distinção restritiva (*restrictive distinguishing*), a

---

<sup>234</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie, et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 313.

<sup>235</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 328

<sup>236</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 352.

<sup>237</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 505.

<sup>238</sup> JACOB, Marc. *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 129.

contribuição do julgador é justamente em delimitar melhor a hipótese fática de aplicação do precedente originário, indicando que tal tese jurídica não se aplica a determinados fatos subsequentes, diante da divergência de fatos relevantes e fundamentais.

Verifica-se, portanto, que, a medida que o precedente judicial passa a ser aplicado a casos subsequentes, os fatos materiais e fundamentais e a *ratio decidendi* do precedente originário tornam-se, ainda mais, precisos e claros, tendo em vista que as novas decisões vão delimitando e especificando as hipóteses de aplicação do precedente originário.

Portanto, a utilização da técnica do *distinguishing* decorre do processo argumentativo, que deve ser realizado em contraditório participativo, no qual os operadores do direito demonstrarão a pertinência ou não da aplicação de determinado precedente ao caso concreto.<sup>239</sup> O uso da técnica do *distinguishing* pressupõe e exige análise interpretativa do precedente originário e do caso concreto, de modo a verificar se os fatos determinantes para a construção da tese jurídica do primeiro julgado também se apresentam, de forma análoga, no caso subsequente a ponto de justificar a não aplicação da *ratio decidendi*.

### **3.4.2. A técnica da superação (*overruling*)**

A adoção da teoria do *stare decisis* não pode implicar no engessamento do direito. A alteração do contexto social, econômico, político ou jurídico podem acarretar a necessidade de mudança do entendimento anteriormente fixado no precedente judicial, sob pena de serem cometidas injustiças.

A teoria do *stare decisis* visa à garantir a segurança jurídica para as relações sociais; contudo, não se pretende um direito estático, avesso às

---

<sup>239</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 354.

mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas. O direito deve evoluir se adequando às realidades sociais.<sup>240</sup>

Na tradição do *common law*, a técnica da superação do precedente judicial (*overruling*) garante dinamismo na aplicação do direito jurisprudencial, de modo a alinhá-lo às alterações das concepções da sociedade.

Deste modo, os juízes do *common law* utilizam-se a técnica do *overruling* para justificar a necessidade de vigência de uma nova norma jurídica, a despeito da existência de outra anterior e que lhe seja contrária. Essa alteração pode se impor por uma série de razões, que vão desde a injustiça do precedente anterior até a modificação das condições sociais, econômicas, políticas ou jurídicas.<sup>241</sup>

Neste sentido, Thomas da Rosa de Bustamante destaca que:

"o que justifica a própria autoridade da jurisprudência é a racionalização do Direito positivo, sua sintonia com as ideias de correção, justiça, imparcialidade. Portanto, ainda que se reconheça a existência de razões de autoridade que militam a favor da vinculação ao precedente judicial - visualizando o precedente como uma fonte normativa que encontra sustentação tanto nessas razões de autoridade quanto em argumentos puramente racionais, sendo que em caso de conflito entre esses dois tipos de justificação é necessária uma ponderação entre eles - essas razões não podem ter força absoluta: o poder de estabelecer o *case law* deve englobar também o de revisá-lo, aperfeiçoá-lo, viabilizar sua evolução, ainda que sob certos limites"<sup>242</sup>.

Assim, apesar de os fatos relevantes do precedente judicial serem semelhantes ao caso *sob judice*, é possível que o órgão julgador queira decidir de outra maneira, por entender que a valoração das circunstâncias sociais, econômicas, políticas ou jurídicas mudou<sup>243</sup>. A força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese jurídica (*ratio decidendi*), ainda que

---

<sup>240</sup> SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 374.

<sup>241</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

<sup>242</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 395.

<sup>243</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como técnica da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 265

pacificada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de normatização. "A mutação progressiva de paradigmas de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça"<sup>244</sup>.

A possibilidade de superação do precedente, ao contrário do que possa parecer, garante racionalidade ao *stare decisis*, deixando de enfraquecer a teoria da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais, na medida em que possibilita a evolução do direito, caso utilizada com o devido cuidado.<sup>245</sup>

Com a superação do precedente judicial, há a substituição do entendimento anterior pela nova tese jurídica, que passa a deter a eficácia vinculante para os casos subsequentes, mantendo-se a teoria do *stare decisis*.<sup>246</sup>

Destaca-se que apenas a Corte que formou o precedente ou a Corte hierarquicamente superior a ela em termos de matéria têm competência para superar o precedente judicial.<sup>247</sup> Tal imposição decorre do fato de que se com a superação do precedente judicial, há a substituição da norma jurídica, com a vinculação do novo entendimento, tal alteração somente pode ocorrer através da Corte que possui competência para estabelecer essa força vinculante.

Deste modo, na tradição do *common law*, as Cortes inferiores não possuem competência para questionar o mérito dos precedentes das Cortes superiores e, muito menos, para superá-lo<sup>248</sup>. Caso a Corte inferior deixe de

---

<sup>244</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 180.

<sup>245</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 197.

<sup>246</sup> BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 101.

<sup>247</sup> Neste sentido: SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 524; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W.. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 4. ed., 2004, p. 127; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 198; RISOTO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

<sup>248</sup> LAMOND, Grant. Precedent. *Philosophy Compass*. Vol. 2, 2007, p. 700.

aplicar o precedente, em situação fática na qual ele deveria ser aplicado, incorre em *error in iudicando*.

A superação do precedente deve ocorrer, sempre que possível, mediante critérios que garantam a segurança jurídica dos jurisdicionados. A prática do *overruling* pelas Cortes pode ocorrer de forma expressa, quando o órgão julgador faz menção direta à tese jurídica anterior que está sendo superada; ou implícita, quando o órgão julgador altera o entendimento sem fazer referência expressa à existência da tese jurídica anterior, formada em outro precedente.<sup>249</sup>

A superação implícita acarreta problemas na prática jurídica, na medida em que promove a insegurança acerca de real superação ou não do precedente anterior. Deste modo, a doutrina é clara no sentido de repudiar as superações implícitas, exigindo que o *overruling* se dê após a devida justificação, considerando o dever de autorreferência do tribunal.<sup>250</sup>

A decisão que promover o *overruling* exige fundamentação idônea e precisa, suscitando argumentos ainda não analisados, bem como apresentando uma justificação complementar acerca da necessidade de superação do precedente (dever de levar em consideração o precedente, com fundamento no princípio da universalidade e da imparcialidade na atividade judiciária).<sup>251</sup>

J. W. Harris apresentou os princípios jurídicos orientam a utilização (ou não) do *overruling*. O princípio da "ausência de novas razões" ou do "caráter definitivo" das decisões da *House of Lords* é aplicável às decisões intrinsecamente incorretas (quando as razões consideradas não foram

---

<sup>249</sup> A superação implícita também pode ser denominada de transformação (*transformation*). Neste sentido: EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988, p. 55-56; PETERS, Christopher J. Under the table overruling. *Wayne Law Review*. n. 54, 2008, p. 1067-1073.

<sup>250</sup> SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 522; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387-388

<sup>251</sup> Claro exemplo de decisão devidamente fundamentada, que implicou *overruling* (precedente superado: HC 72.131/RJ – STF), é o voto do eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, que versa sobre a questão da prisão civil do depositário infiel.

corretamente ponderadas)<sup>252</sup>. Para J. W. Harris, a finalidade da Corte é unificar o Direito, não sendo conveniente alterar o entendimento se não forem alegadas novas razões relevantes, de modo a assegurar a definitividade das questões jurídicas.<sup>253</sup> Uma das razões para a evolução da orientação jurisprudencial das Cortes é a possibilidade da apreciação de recursos, que abordem argumentos ainda não analisados, suscitando razões jurídicas novas acerca da necessidade de superação do precedente.

Segundo J.W. Harris, o princípio da confiança justificada visa a garantir a proteção da segurança do jurisdicionado e das expectativas criadas, não sendo adequado a utilização de um *distinguish* forçado (com base em fundamentos inadequados), ao invés da prática do *overruling*. O princípio do "respeito ao legislador" consiste na preocupação que a Corte deve ter de não revogar seus próprios precedentes quando o Poder Legislativo já aderiu ao entendimento, atuando sob a pressuposição de que a regra anterior faz parte do Direito positivo.<sup>254</sup>

Por fim, J. W. Harris aponta a regra de vinculação ao caso concreto, que dispõe que a Corte somente deve revisar o Direito quando há uma disputa concreta, vedando a prática do *overruling* em debates meramente acadêmicos<sup>255</sup>.

Portanto, constata-se que o *overruling* é uma técnica excepcional, que se compatibiliza com a força vinculante em sentido forte do precedente judicial; tanto que, para superar o *case law*, é necessário um discurso de justificação normativa.

---

<sup>252</sup> Segundo J. W. Harris, não se inclui nesse princípio as decisões incorretas por razões estruturais, nas quais não foram debatidas eventuais razões relevantes capazes de alterar o precedente.

<sup>253</sup> HARRIS, J. W. Towards principles of overruling - When should a final court of appeal second guess?. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 10, p.160.

<sup>254</sup> HARRIS, J. W. Towards principles of overruling - When should a final court of appeal second guess?. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 10, p.160.

<sup>255</sup> HARRIS, J. W. Towards principles of overruling - When should a final court of appeal second guess?. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 10, p.160.

### 3.4.3. A técnica da sinalização (*signaling*)

A aplicação do precedente, a partir da teoria do *stare decisis*, está intimamente relacionada à garantia da segurança jurídica. A superação do precedente (*overruling*) implica, de imediato, o desgaste na confiança dos jurisdicionados.

Assim, visando a tornar menos gravosa a mudança na fixação da tese jurídica, estabeleceu-se a técnica da sinalização (*signaling*), em que o tribunal deixa de promover a superação imediata da *ratio decidendi*, mas sinaliza que poderá fazê-la no futuro próximo.<sup>256</sup>

Quando a Corte utiliza-se da técnica da sinalização (*signaling*), ela já percebeu a necessidade da superação da tese jurídica; contudo, por razões de cautela e segurança jurídica, prefere aplicar a *ratio decidendi*, apenas indicando que a orientação do precedente anterior deve ser superada futuramente.

Constata-se, portanto, que a técnica da sinalização (*signaling*) possui caráter preventivo, na medida em que antecipa uma possível superação da tese jurídica firmada em precedente anterior.

Através da técnica da sinalização, a Corte incentiva o debate acerca da conveniência da manutenção ou da superação da *ratio decidendi*. Não há vinculação da Corte em alterar o entendimento após a utilização da *signaling*, na medida em que o tribunal pode ser convencido da adequação do entendimento anterior. Destaca-se, inclusive, que, no caso da manutenção do entendimento anterior, haverá uma consolidação da *ratio decidendi*, que ganha força e estabilidade, tendo em vista que esta foi "amplamente legitimada por uma discussão pluralista em outro contexto temporal".<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988, p. 122.

<sup>257</sup> Defendendo essa posição, porém no âmbito do procedimento do julgamento-alerta do direito alemão: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. v. 221, 2013, p. 38.

Caso ocorra, após a utilização da técnica da sinalização, a superação da tese jurídica, tal situação torna-se amenizada se comparada com a superação abrupta da norma jurídica. Por meio da técnica da sinalização, os jurisdicionados já foram alertados acerca da eventual superação da tese jurídica, passando-se a mensagem acerca da falta de confiança e força deste entendimento. Portanto, a *signaling* é um instrumento para a tutela da confiança do jurisdicionado<sup>258</sup>.

Além dos jurisdicionados, a técnica da sinalização também tem funcionalidade para os demais magistrados que estão vinculados à aplicação da tese jurídica. Após a utilização da *signaling*, os juízes estão mais livres para ressaltarem seus entendimentos, permitindo o amadurecimento da superação.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta, inclusive, que a técnica da sinalização pode ser utilizada como marco temporal para limitar os efeitos retroativos da futura decisão de superação da tese jurídica:

"O que efetivamente assegura o passado são os efeitos atribuídos ao *overruling*, que não podem anteceder a decisão que se fez a sinalização, mas que, em tese, podem ser postergados a esta data. (...) Quando é difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato *overruling* com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, torna-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados tempo para preparar os seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente. Afirmando-se, na sinalização, esta circunstância, os efeitos retroativos do futuro *overruling* não terão como deixar de considerá-la, restando limitados a um instante posterior àquele em que ocorreu a sinalização."<sup>259</sup>

Portanto, quando a segurança jurídica e a previsibilidade justificam a manutenção da tese jurídica até que os jurisdicionados estejam cientes de que não devem mais considerar e confiar em determinado precedente, é adequada a utilização da técnica da sinalização, tendo em vista a sua característica de

---

<sup>258</sup> Ravi Peixoto, criticando a técnica da sinalização (*signaling*), pondera que "a utilização da sinalização não gera um juízo de certeza para os jurisdicionados acerca de qual posicionamento deve ser adotado, enquanto não houver a prolação de outra decisão pela Corte que emitiu a decisão sinalizadora. Aqueles sujeitos aos precedentes sabem que não podem confiar mais nele, porém não sabem o que fazer a partir disso". (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 226-227)

<sup>259</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 343-344.

tutelar a confiança, bem como o fato de fomentar o debate acerca da conveniência da superação do entendimento.

#### **3.4.4. A técnica da superação antecipada (*anticipatory overruling*)**

A técnica da superação antecipada (*anticipatory overruling*) ocorre quando o tribunal inferior antecipa a superação anteriormente sugerida pela Corte superior, deixando de aplicar ao caso concreto o precedente supostamente vinculante.

A utilização da técnica da superação antecipada pode decorrer: (I) do desgaste do precedente pelas próprias Cortes superiores; (II) da tendência da Corte superior em sinalizar que o precedente será superado; ou (III) da Corte superior ter demonstrado que está aguardando o julgamento de um caso novo para promover o *overruling*.<sup>260</sup>

Ressalta-se que a *anticipatory overruling* não se confunde com o *overruling* implícito, por uma questão de competência, na medida em que o tribunal inferior, que realiza a superação antecipada, não possui competência para promover a superação.<sup>261</sup>

A utilização da técnica da superação antecipada não significa uma permissão para a violação da teoria do *stare decisis*. A mera discordância da Corte inferior em relação a pertinência da tese jurídica não autoriza a sua não aplicação ao caso concreto. A Corte inferior, em regra, somente pode deixar de aplicar a *ratio decidendi* do precedente anterior se verificar tratar-se da hipótese de distinção.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 404.

<sup>261</sup> KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals. *Fordham Law Review*. vol 51, 1981, p. 57-59; CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. v. 221, 2013, p. 39.

<sup>262</sup> SHANNON, Scoot Bradley. Overruled by implication. *Seattle university review*. v. 33, 2009, 151.

Constata-se, portanto, que a técnica da superação antecipada é uma manifestação do conflito entre a segurança jurídica e a justiça, em que a Corte inferior, visando a garantir a tutela jurisdicional mais justa, afasta o precedente que imagina que será superado no futuro breve pela Corte superior.<sup>263</sup>

Contudo, a utilização da técnica da superação antecipada pode causar insegurança jurídica, com a conseqüente quebra da confiança legítima do jurisdicionado que se comportava de acordo com o precedente da Corte superior.

Deste modo, a Corte inferior deve ter cautela na utilização da técnica da superação antecipada. O seu uso exige um forte ônus argumentativo pela Corte inferior, que deve demonstrar as razões pela qual imagina-se que a Corte superior irá no futuro breve superar a tese jurídica firmada anteriormente.

#### **3.4.5. A decisão *per incuriam***

A decisão *per incuriam* consiste no julgado que: (I) deixa de considerar a existência de um precedente judicial ou de lei que continha norma jurídica aplicável ao caso concreto; e (II) possui resultado diverso da tese jurídica fixada no precedente judicial ou na lei, que não foi observada<sup>264</sup>.

A decisão *per incuriam* proferida por Corte inferior, que deixou de aplicar precedente obrigatório de Corte superior, contém *error in iudicando*, na medida em que viola a teoria do *stare decisis*, posto que a Corte inferior não possui qualquer competência para superar (*overruling*) o entendimento firmado anteriormente.

A decisão *per incuriam* da Corte superior que formou o precedente detentor da tese jurídica consiste em afronta ao dever de autorreferência,

---

<sup>263</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 414-415.

<sup>264</sup> Lucas Buri de Macêdo destaca que, "nada obstante inexistir aplicação expressa de uma norma de precedente ou legal, caso o magistrado chegue ao mesmo resultado que chegaria caso tivesse considerado a norma em questão, não se denomina *per incuriam* a sua decisão". (MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 372)

também violando a teoria do *stare decisis*. Essa decisão *per incuriam* da Corte superior não gera norma jurídica nova, devendo ser desconsiderada como precedente judicial obrigatório, posto que não promove qualquer ônus argumentativo a justificar a superação da tese jurídica anterior<sup>265</sup>.

Contudo, apesar de não ser capaz de gerar nova tese jurídica vinculante, a decisão *per incuriam* da Corte superior, que criou o precedente que deixou de ser observado, acarreta grave insegurança jurídica, tendo em vista que pode significar uma futura superação do precedente negligenciado (*overruling*).

Neste sentido, resta demonstrada a importância do dever de autorreferência das Cortes como forma de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade dos jurisdicionados.

---

<sup>265</sup> BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffery. *Precedent in the United Kingdom*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 326; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 373.

#### 4. A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A teoria do *stare decisis*, que fundamenta o sistema dos precedentes judiciais, prevê a promoção da unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes e tribunais. Contudo, "para que a unidade do direito seja promovida e para que o sistema jurídico se mantenha e desenvolva-se com observância da segurança jurídica, da igualdade e da coerência, é essencial que a doutrina organize um discurso jurídico a partir da decisão judicial capaz de assegurar a correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais".<sup>266</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, visando a estabelecer a unidade do direito a partir dos precedentes judiciais, prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC).

Exigir a estabilidade do direito jurisprudencial impõe aos magistrados o dever de uniformização, estabelecendo que decisões constantes e pacificadas acerca de determinada matéria não podem ser aleatoriamente ignoradas ou modificadas de forma arbitrária e discricionária.<sup>267</sup> Ressalta-se que manter a jurisprudência estável não significa, de forma alguma, estabelecer um direito jurisprudencial estático, rígido e engessado, que não permita a evolução do entendimento. Em relação à modificação do entendimento, a exigência de estabilidade da jurisprudência apenas impõe que tal superação seja adequadamente justificada, respeitando a segurança jurídica do jurisdicionado.

O dever de uniformização estabelece a vinculação vertical dos precedentes judiciais, na qual o órgão julgador leva em consideração a tese jurídica fixada pelo tribunal hierarquicamente superior a ele; bem como a

---

<sup>266</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2012, n. 206, p. 68-69.

<sup>267</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 429

vinculação horizontal, em que o tribunal que formou a *ratio decidendi* tem o dever de observar os seus próprios precedentes.<sup>268</sup>

Acerca da estabilidade decisória, necessária para o adequado funcionamento da teoria dos precedentes judiciais, Dierle Nunes pondera que:

"o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação."<sup>269</sup>

A coerência e integridade do direito jurisprudencial impõe aos magistrados o dever de não contradição, de modo a evitar que os juízes e tribunais decidam casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo hipótese de distinção ou superação da tese jurídica. A coerência e integridade também se revela no enfrentamento dos argumentos suscitados na formação da tese jurídica, na medida em que o dever de fundamentação racional, com a análise de todos os argumentos suscitados pelas partes e interessados, torna o precedente mais consistente.<sup>270</sup>

A integridade do direito exige do órgão julgador uma interpretação adequada que leve em consideração tanto o texto normativo quanto a prática do passado para a resolução de problemas contemporâneos. Há necessidade da construção discursiva do processo decisório levando-se em consideração os

---

<sup>268</sup> Hermes Zaneti Jr. pondera que "a teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual." (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 311-312).

<sup>269</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199, ano 36, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 68.

<sup>270</sup> DIDIER JR. Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Precedentes*. Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 389.

precedentes judiciais, de modo a estabelecer a integridade do direito e atribuir coerência e consistência ao sistema jurídico.

O magistrado comprometido com a integridade e a coerência do ordenamento jurídico não pode ignorar a existência de precedente judicial que verse sobre questões fáticas e de direito análogas ao caso concreto em julgado. Ainda que o juiz entenda que não deva aplicar tal precedente judicial, em decorrência de particularidades fáticas, que acarretem na distinção entre os casos, ele deve considerá-lo e justificar racionalmente as razões pelas quais o está afastando do caso concreto.

Acerca da importância da integridade na teoria dos precedentes judiciais, Dierle Nunes destaca que, "ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática".<sup>271</sup>

Constata-se, portanto, que o precedente judicial é ato-fato jurídico, que produz efeitos jurídicos independente da vontade de quem o pratica. Os efeitos da tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente são anexos à solução do caso concreto que foi decidido e, por questão de integridade e coerência do ordenamento jurídico, podem influenciar o julgamento de casos futuros.<sup>272</sup>

O sistema jurídico brasileiro, principalmente, a partir do Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu uma teoria própria acerca dos efeitos, formação, aplicação e eficácia temporal dos precedentes judiciais.

---

<sup>271</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199, ano 36, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 66-67.

<sup>272</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 466-467.

#### 4.1. Os efeitos vinculante e persuasivo dos precedentes judiciais e a polêmica acerca da constitucionalidade da previsão vinculativa do juiz pelo Código de Processo Civil

Os precedentes judiciais com efeito vinculante são aqueles aos quais os órgãos julgadores, inclusive a Corte que o formou, estão obrigados a adotar a tese jurídica nos casos análogos que serão julgados no futuro.

Os precedentes de eficácia vinculante devem ser observados independente das partes suscitarem a sua incidência ao caso concreto, de modo que o órgão julgador deve conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação da justiça.<sup>273</sup> Ressalta-se, contudo, que o fato do órgão julgador ter o dever de conhecê-los de ofício, não implica na sua aplicação ao caso concreto sem antes ser possibilitado às partes e aos intervenientes o exercício do contraditório, de modo a manifestar acerca da sua incidência no caso (art. 10 e 927, §1º)<sup>274</sup>.

Observe-se, inclusive, que o Código de Processo Civil estabelece, no parágrafo único do artigo 1.022, que é omissa a decisão que deixa de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

A Constituição da República de 1988 disciplina, no §2º do artigo 102, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, possuem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, também denominada de “Reforma do Judiciário”, criou-se o instituto da súmula vinculante (art. 103-A), que revela o propósito do legislador constituinte derivado de atribuir efeito vinculante a determinados enunciados de súmula que expressam o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>273</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 469.

<sup>274</sup> Enunciado nº 458 do FPPC: "Para a aplicação, de ofício, de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar previamente as partes para que se manifestem sobre ele."

Através do Código de Processo Civil de 2015, o legislador previu, no artigo 927, que os juízes *observarão*: (a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); (b) os enunciados de súmula vinculante (inciso II); (c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III); (d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV); e (e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V).

Grande parte da doutrina vem entendendo que os precedentes que possuem eficácia vinculante estão enumerados no rol do artigo 927 do CPC<sup>275</sup>. Contudo, considerando que o Código de Processo Civil é lei ordinária, outra parte da doutrina passou a sustentar a inconstitucionalidade dos incisos III a V do artigo 927, que preveem a eficácia vinculante de tese jurídica firmada no julgamento de demandas subjetivas e em súmulas simples dos tribunais superiores e dos tribunais de segunda instância:

"Assim como o juiz não é a boca da lei, pois interpreta, analisa os fins sociais a que ela se destina para aplica-la ao caso concreto, culminando com a *sentença de mérito* que é a norma jurídica que faz lei entre as partes, o juiz *também não é a boca dos tribunais*, pois deve aplicar a súmula vinculante e o resultado de procedência da ADIn ao caso concreto (CF 102, §2º, e 103-A; CPC 927 I e II), e, nas demais situações (CPC 927 III a V), aplicar *livremente* os preceitos abstratos e gerais (leis, *lato sensu*) constantes das súmulas simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal. Só existe *hierarquia jurisdicional* do tribunal sobre o juiz no caso de competência recursal, vale dizer, quando o tribunal, qualquer que seja ele, julga matéria de sua competência Recursal. Aqui pode o tribunal cassar e reformar a decisão recorrida, em acórdão que vincula e vale apenas para o caso concreto. Nisso

---

<sup>275</sup> Enunciado 170 do FPPC: "As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos". Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 469; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 47ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 797-799; ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.323; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 447-448.

reside a hierarquia prevista no sistema constitucional brasileiro. Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com características de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem mediante *casos concretos*, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à sumula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição.<sup>276 277</sup>

Continuando este entendimento acerca da inconstitucionalidade dos incisos III a V do artigo 927 do CPC, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que o legislador ordinário não possui competência para delegar ao Poder Judiciário o poder de legislar:

"Contudo, o CPC 927 concede à jurisprudência do STF, independentemente de o entendimento jurisprudencial estar contido em sumula vinculante ou não, nortear todos os tribunais do país, sem que, entretanto, exista autorização constitucional para que isso seja possível. À exceção das hipóteses enunciadas no CPC 927 I e II, os demais casos arrolados no dispositivo comentado (927 III a V) não podem vincular tribunal ou juiz, por lhes faltar autorização constitucional para tanto, isto é, por não haver prévia e imprescindível previsão constitucional autorizando a vinculação fora dos casos da CF 103-A (súmula vinculante do STF) e 102, §2º (sentença de mérito transitada em julgado proferida pelo STF em ADIn e ADC). O legislador ordinário - do CPC - não tem competência para conceder ao Poder Judiciário delegação para legislar."<sup>278</sup>

Se contrapondo ao entendimento defendido por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Daniel Mitidiero assenta que "a necessidade de seguir precedentes não pode ser *seriamente* contestada no Estado Constitucional. Estado Constitucional é Estado em que há *juridicidade* e *segurança jurídica*. A *juridicidade* - todos *abaixo* do Direito - remete à *justiça*, que de seu turno remonta à *igualdade*. A *juridicidade* tem de ser dotada de *racionalidade*, o que conduz à necessidade de coerência - ou melhor, como

---

<sup>276</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1836-1837.

<sup>277</sup> No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Geirges. Comentários ao artigo 927. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1200-1203.

<sup>278</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1840.

lembra a doutrina, de 'dupla coerência' (*double coherence*). O direito à segurança jurídica constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas".<sup>279</sup>

Defendendo a constitucionalidade da atribuição de efeitos vinculantes a determinados precedentes judiciais através de norma infraconstitucional, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes assenta que:

"O fato de a Carta Magna prever, nas duas hipóteses já mencionadas, ou seja, nos arts. 102, §2º, e 103-A, representa, apenas, que o referido comando foi inserido em nível constitucional porque (a) possuíam íntima relação com assuntos (controle concentrado de constitucionalidade e inovação afeta ao STF, contendo inclusive a exigência de quórum qualificado de dois terços) tratados na norma maior; (b) foi estabelecido o efeito vinculante não apenas para os demais órgãos judiciais, mas também para a administração pública, nas esferas federal, estadual e municipal; (c) preservação do caráter vinculativo para as duas hipóteses previstas, de eventuais reformas infraconstitucionais, que pudessem afastá-lo; (d) reforço da possibilidade de efeito vinculante para os demais órgãos judiciais, diante de eventual alegação de independência funcional, que se poderia fortalecer se a inovação viesse, primeiramente, por determinação infraconstitucional."<sup>280</sup>

Entendemos que o simples fato da Constituição da República de 1988 estabelecer que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, e os enunciados de súmula vinculante têm eficácia vinculante não quer dizer que tal força obrigatória somente pode ser imposta através de emenda constitucional. Não há preceito constitucional que imponha tal exigência.

Também entendemos que não há violação à independência do juiz na formação do seu convencimento. Afinal, quando o Código de Processo Civil prevê a obrigatoriedade de os juízes *observarem* os precedentes judiciais (art. 927), não há proibição à interpretação e ao desenvolvimento do provimento jurisdicional, em consonância com o contraditório participativo e a fundamentação racional. Os juízes continuam tendo o dever de analisarem o

---

<sup>279</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2012, n. 206, p. 69-70.

<sup>280</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito contemporâneo. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014, p. 36.

caso concreto, de modo a verificarem se há similitude entre as circunstâncias fáticas do caso concreto e a decisão paradigma, que justifiquem a aplicação da tese jurídica formada no precedente.

Ressalta-se, ainda, que a Constituição da República de 1988 prevê que o direito constitucional e infraconstitucional deve ser interpretado de modo uniforme, tanto é assim que é atribuído aos tribunais superiores a função de uniformizar a interpretação da norma (arts. 102, III, e 105, III). Além disso, a Constituição assegura aos cidadãos às garantias da segurança jurídica, da igualdade e da efetiva prestação jurisdicional. Portanto, estabelecer que o órgão julgador deve observar determinados precedentes judiciais apenas visa a promover a tais garantias, sem retirar do magistrado o dever de interpretar o caso concreto de modo a analisar se é adequada a aplicação da tese jurídica formada no precedente judicial.

Desse modo, Hermes Zaneti Jr. pondera que:

"(...) parece correto afirmar que as objeções teóricas à adoção de um modelo de precedentes vinculantes, que estão ligadas especialmente ao princípio da legalidade, ao princípio da separação de Poderes, e à criação judicial do direito pelo juiz (vinculação do juiz somente à lei e independência judicial), não afastam a necessidade de uma teoria dos precedentes como modelo normativo formal, tanto no aspecto de densificação de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, quanto na correlata função interpretativa e de fechamento das lacunas (fracas e fracas/fortes) e de resolução das antinomias (fracas, fracas/fortes e fortes), especialmente porque os objetivos da teoria dos precedentes formalmente vinculantes são o aumento de racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do direito. As objeções teóricas ligadas ao princípio da legalidade, ao invés de contribuírem para a melhor compreensão do papel da jurisprudência, escondem um preconceito ideológico em relação à atividade dos tribunais, formado em séculos de luta pela afirmação da artificialidade do direito e pela necessidade de segurança interpretativa, decorrentes de uma já superada concepção formalista da interpretação, conforme analisamos em outro local. Especialmente em ordenamentos jurídicos mistos ou híbridos como o brasileiro, nos quais a tendência é a autorização constitucional e legal para a vinculação aos precedentes, trata-se de repensar a separação de tarefas entre legislador, juiz e doutrina, evitando-se a insegurança da atuação solipsista que gera contrastes irracionais. Assim, a afirmação da vinculação aos precedentes deixa de ser contraditória ao princípio da legalidade, da mesma forma que não é contraditória à legalidade, a existência de princípios com força normativa, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. O próprio

legislador autoriza a integração de conteúdo pelo Poder Judiciário, nos limites da legalidade e da Constituição. Afirmar a irrelevância dos precedentes nestes casos, nos quais o próprio constituinte ou legislador abriu espaço para a discricionariedade judicial controlada pelo texto legal, seria ingênuo ou demagógico, o mesmo ocorre em relação à atividade interpretativa em geral."<sup>281</sup>

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni destaca:

"A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria do *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. (...) Contudo, nem ao se 'descobrir' que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modo os 'casos iguais', abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. (...) A força vinculante dos precedentes desses tribunais [superiores] é necessária para garantir a coerência da ordem jurídica, a igualdade, a estabilidade e a previsibilidade, além de favorecer a efetividade do sistema de decisões."<sup>282</sup>

Portanto, não há inconstitucionalidade no fato do legislador ordinário, com o intuito de assegurar às garantias da segurança jurídica, da igualdade e da efetiva prestação jurisdicional, disciplinar um sistema de precedentes judiciais que imponha a observância obrigatória à determinadas decisões judiciais. É constitucional o sistema de precedentes judiciais que visa a tornar estável, íntegra e coerente a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se, contudo, que não estamos a defender a aplicação automática e mecânica dos precedentes diante das diversas e distintas realidades socioculturais do Brasil. Os juízes continuam autorizados a interpretar o direito nacional de acordo com a realidade sociocultural do local de aplicação da norma. Deste modo, os magistrados podem deixar de aplicar determinada tese jurídica se entenderem que as circunstâncias fáticas do caso concreto expõe uma realidade sociocultural diversa da situação analisada no precedente judicial (*distinguishing*).

No sistema brasileiro de precedentes, não é a constitucionalidade formal da norma (competência do legislador ordinário) que precisa ser questionada;

---

<sup>281</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 314-317.

<sup>282</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19-20.

mas, sim, a *qualidade constitucional* do provimento jurisdicional ao qual se pretende impor a observância obrigatória aos demais magistrados.

Somente é possível atribuir eficácia vinculante ao precedente judicial que possui alta *qualidade constitucional*, no sentido de ter sido formado em observância ao contraditório participativo e à fundamentação racional.

A análise constitucional do rol previsto no artigo 927 do CPC revela que apenas os provimentos jurisdicionais constantes dos incisos I a III possuem forte *qualidade constitucional*, a autorizar a atribuição de eficácia vinculante.

Em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I do artigo 927 do CPC), constata-se que tal hipótese se assemelha à previsão legal do §2º do artigo 102 da CRFB. Todavia, é importante ressaltar que a hipótese do inciso I do artigo 927 do CPC é mais abrangente que a norma constitucional. É que, com base no §2º do artigo 102 da CRFB, o efeito *erga omnes* das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, tem efeito vinculante imediato apenas para os jurisdicionados submetidos à lei que foi declarada (in)constitucional. Por exemplo, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal declarar que a lei municipal X é inconstitucional, tal decisão não gera efeitos imediatos para que a lei Y de outro município, cujo conteúdo é igual ou similar, seja considerada automaticamente inconstitucional também.<sup>283</sup>

284

---

<sup>283</sup> Defendendo o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento da Reclamação nº 2.363/PA, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que “a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no ‘caput’ e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada. A Transcendência dos Motivos Determinantes e a Força Normativa da Constituição em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. (...) Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn. Nesses termos, meu voto é no sentido da procedência

Portanto, o inciso I do artigo 927 do CPC estabelece maior coerência e integridade às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, ao disciplinar a transcendência dos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, permitindo maior alcance do efeito vinculante destes precedentes do Supremo Tribunal Federal, de modo a gerar mais segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados. Além disso, tais decisões são proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo no dever de ditar a interpretação constitucional, com possibilidade de participação de *amici curiae*, de modo a ampliar o contraditório participativo. Desta forma, não há como questionar a constitucionalidade do inciso I do artigo 927 do CPC.

No tocante ao inciso II do artigo 927 do CPC, verifica-se que a eficácia obrigatória dos enunciados de súmula vinculante decorre do artigo 103-A da CRFB, que estabelece que terão eles "efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei". Constata-se, portanto, que a hipótese do inciso II do artigo 927 do CPC apenas reproduz norma constitucional.

Destaca-se, ainda, que, diferentemente das súmulas simples, para a edição da súmula vinculante exige-se os seguintes requisitos constitucionais: (I) ocorrência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; (II) risco de grave insegurança jurídica; (III) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; e (IV) aprovação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

---

da presente reclamação". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.363/PA. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em 01.04.2005).

<sup>284</sup> Acerca do controle de constitucionalidade, a doutrina de Teori Albino Zavascki afirma que as decisões sobre legitimidade das normas tem uma vocação natural para assumir projeção expansiva, tendo em vista que "os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indeterminado de situações e de pessoas. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é por em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes". (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 26)

Em relação aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III do artigo 927 do CPC), constata-se que tais decisões compõem o microsistema de formação concentrada de precedentes judiciais, que visam a garantir maior segurança jurídica e isonomia aos julgamentos de casos repetitivos e/ou com grande repercussão social.

Nestes incidentes ou recursos repetitivos busca-se a uniformização do entendimento a partir do julgamento de casos pilotos, que serão representativos da controvérsia. Para a fixação da tese jurídica (*ratio decidendi*) de forma madura e completa, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de participação de *amici curiae*, de realização de audiências públicas para oitiva dos interessados e do relator solicitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia. Além disso, haverá a intimação do Ministério Público para se manifestar a respeito da questão de direito controvertida, em razão do interesse público que envolve tais julgados.

Destaca-se, ainda, que, em relação a esses incidentes ou recursos repetitivos disciplinados no inciso III do artigo 927, o Código de Processo Civil prevê a obrigatoriedade de o provimento jurisdicional ser desenvolvido com ampla fundamentação racional, analisando-se todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (art. 984, §2º e 1.038, §3º).

Portanto, os provimentos jurisdicionais previstos no inciso III do artigo 927 do CPC devem ser construídos a partir da ampla observância às garantias do contraditório participativo e da fundamentação racional. Deste modo, trata-se de acórdãos com alta *qualidade constitucional*, o que permite que lhes sejam atribuídos eficácia vinculante.

Já, no tocante aos enunciados das súmulas (não vinculantes) do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV do artigo 927 do CPC), constata-se que eles não constituem precedentes judiciais; mas, sim, extrato de diversos pronunciamentos jurisprudenciais dos tribunais superiores no mesmo sentido.

O enunciado de súmula "se extrai de diversas decisões sobre a mesma matéria. Tais decisões podem, até mesmo, basear-se em fundamentos determinantes distintos, mas em todas elas se identificou a mesma conclusão (...) Assim, é perfeitamente possível imaginar a existência de uma jurisprudência firme, constante, ensejadora de um enunciado de súmula, e que se apoia em distintos precedentes, baseados em fundamentos determinantes distintos".<sup>285</sup>

Deste modo, verifica-se que os enunciados de súmula simples podem não expressar uma tese jurídica uniforme com fundamentos determinantes bem delimitados, o enfraquece a sua força obrigatória, na medida em que dificulta a análise acerca da sua aplicação, de forma adequada, ao caso concreto.

A pesquisa "A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário"<sup>286</sup>, promovida pela Faculdade de Direito da UFMG e subsidiada pelo CNJ, revela que alguns enunciados das súmulas dos tribunais superiores não são fieis aos precedentes que lhes serviram de fundamento, na medida em que possuem conteúdo mais restrito ou mais amplo do que a tese jurídica do precedente:

"Entretanto, foi constatado que algumas súmulas possuíam conteúdo mais restrito ou mais amplo do que a questão discutida nos acórdãos paradigmas. Por súmula com conteúdo mais amplo se entendeu um enunciado que discute teses, doutrinas e considerações que vão além da regra judicial sedimentada na jurisprudência, ao passo que por súmula com conteúdo mais restrito se entendeu um enunciado que não discute todos os aspectos debatidos no precedente que gerou a súmula. No caso do Superior Tribunal de Justiça quase a metade das súmulas possuía conteúdo mais restrito. A existência de casos em que a súmula expressa uma orientação mais estrita que o precedente original não nos parece um dado preocupante, pois pode decorrer de uma opção do tribunal em sumular apenas um aspecto de sua jurisprudência. A hipótese inversa, no entanto, é motivo de preocupação porque parece desnaturar a súmula de forma a aproximá-la de um enunciado legislativo, na medida em

---

<sup>285</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 431

<sup>286</sup> A pesquisa foi coordenada pelo Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, tendo o autor do presente trabalho participado como membro da equipe executiva.

que a fixação de regras em enunciados genéricos, para além do que foi decidido de maneira específica em cada caso concreto, constitui uma forma indireta de violação do requisito legal da existência de “reiteradas decisões” e, o que é ainda mais grave, implica a produção de uma *ratio decidendi* que não foi construída com a participação das partes e em observância do princípio do contraditório. Fixa-se, portanto, uma regra geral e abstrata que não foi produzida de acordo com o princípio da vinculação ao debate (“mootness principle”), o que pode levar a importantes dificuldades no momento de se aplicar a súmula vinculante no julgamento de outros processos.”<sup>287</sup>

Os enunciados de súmula simples não podem ser analisados isoladamente, como se fossem normas gerais e abstratas, dissociados dos precedentes que lhe deram fundamento. A utilização argumentativa dos enunciados de súmula simples exige a análise concreta dos precedentes que lhe deram origem, para que se analise os seus fundamentos e consiga verificar quais são os fatos determinantes e se há uma tese jurídica uniforme.<sup>288</sup>

Misabel de Abreu Machado Derzi e Thomas da Rosa de Bustamante destacam que:

"a própria existência de súmulas pode constituir um risco para a independência das instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Com efeito, muitas vezes se adota um desenho institucional que exarceba o âmbito da aplicação do princípio da praticidade, estendendo-o não apenas à esfera da Administração e da Legislação, mas também da Administração da Justiça. Surge o risco de uma massificação das decisões judiciais, uma desatenção às particularidades do caso, que constituem uma ameaça à dimensão da justiça do caso concreto. Uma aplicação mecanizada e automática das súmulas pode gerar uma deslegitimação do Judiciário na medida em que ele perde a

<sup>287</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 43-44.

<sup>288</sup> Neste sentido, eis as precisas lições de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Pedron: "Sem olvidar, o fenômeno cada vez mais corrente do uso de ementas e enunciados de súmula completamente dissociados do caso concreto que lhes deu fundamento, como se fossem normas gerais e abstratas que se desligariam, como a lei, de seus fundamentos originalistas (quando, corretamente, os julgados precisam ser aplicados, como fundamento, em consonância com os limites argumentativos do caso analisado). Sempre tivemos dificuldades em entender a afirmação “definitiva”, de grande parcela dos pensadores pátrios, de que os enunciados de súmula seriam pronunciamentos dos Tribunais vocacionados à abstração e à generalidade, tal qual as leis, e de que sua aplicação poderia se dar desligada dos casos (julgados) que deram base à sua criação." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 295)

capacidade de ajustar o direito aos casos concretos e, dessa forma, realizar a justiça em toda a sua plenitude."<sup>289</sup>

Constata-se, portanto, que os enunciados de súmula simples não possuem forte *qualidade constitucional* para que seja estabelecida uma eficácia vinculante em relação a eles.

Já, no que se refere à orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais de segunda instância, verifica-se que tais enunciados também não são precedentes judiciais, mas apenas extrato de entendimento jurisprudencial, que apresenta as mesmas dificuldades em relação à precisa identificação da tese jurídica e dos seus fundamentos determinantes. Além disso, "não tendo essas Cortes de Justiça competência para dar a última palavra a respeito do significado do direito, obviamente que a jurisprudência vinculante não desperta a confiança legítima que é própria dos precedentes judiciais"<sup>290</sup> oriundos dos tribunais superiores

Neste sentido, resta evidenciado que os provimentos jurisdicionais constantes dos incisos I a III do artigo 927 do CPC possuem uma forte *qualidade constitucional* para serem aplicados no sistema de precedentes judiciais com eficácia vinculante, enquanto os enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais arroladas nos incisos IV a V do artigo 927 do CPC devem ser considerados apenas com força persuasiva.

O precedente com eficácia persuasiva possui apenas força argumentativa, constituindo "indício de uma solução racional e socialmente adequada".<sup>291</sup> Os entendimentos decorrentes de precedentes persuasivos fornecem subsídios para as partes argumentarem junto ao magistrado na

---

<sup>289</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. "A súmula vinculante no direito penal tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.093/ES. Revista Dialética de Direito Tributário. vol. 200, maio-2012, p. 78-94, esp. 93.

<sup>290</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 145.

<sup>291</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 13

construção do provimento jurisdicional, sem impor qualquer força obrigatória de observância<sup>292</sup>.

Todos os precedentes que possuem uma tese jurídica (*ratio decidendi*) definida têm força argumentativa, de modo que o efeito persuasivo é a eficácia mínima do precedente.<sup>293</sup>

No sistema processual brasileiro, há situações em que o legislador reconhece a importância do precedente de eficácia persuasiva, atribuindo-lhe o condão de repercutir em processo futuro. É o que ocorre, por exemplo, nos embargos de divergência (art. 1.043 do CPC) e no recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, alínea c, da CRFB; e art. 1.029, §1º, do CPC), nos quais se autorizam a interposição desses recursos com fundamentos em aresto paradigma em sentido diverso do acórdão impugnado. Apesar de não se exigir que esse aresto paradigma tenha eficácia vinculante para ser suscitado como aresto paradigma nesses recursos, tal precedente é utilizado como mecanismo de convencimento e persuasão do julgador.<sup>294</sup>

Por fim, destaca-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes com eficácia vinculante podem gerar, como desdobramento da sua força obrigatória, os seguintes efeitos: (I) obstativo, impedindo a revisão de decisões judiciais impugnadas por recursos (art. 932, IV, do CPC; e art. 894, II, e §3º, I, da CLT) ou que seriam submetidas a remessa necessária (art. 496, §4º, do CPC) ou possibilitando a denegação de plano da ação, através do julgamento de improcedência liminar (art. 332 do CPC); (II) autorizante, permitindo o acolhimento de pretensões judiciais, em sede de tutela de evidência (art. 311, II, do CPC) ou através do julgamento monocrático de recursos, após o contraditório (art. 932, V, do CPC); e (III) rescindente ou deseficacizante, possibilitando a rescisão da coisa julgada material, mediante o ajuizamento da ação rescisória, quando houver, posteriormente ao trânsito em julgado do *decisum* rescindendo, decisão do Supremo Tribunal Federal

---

<sup>292</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108-109.

<sup>293</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 470

<sup>294</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Idem*.

reconhecendo como inconstitucional lei ou ato normativo que fundamente a decisão transitada em julgado (art. 525, §15, do CPC); ou tornando ineficaz a decisão judicial transitada em julgada, que não observou que já existia decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo como inconstitucional lei ou ato normativo que fundamentou o *decisum* (art. 525, §§12 a 14, e 535, §§5º a 7º do CPC).<sup>295</sup>

#### 4.2. A formação dos precedentes judiciais

O modelo constitucional do devido processo legal impõe que a formação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro deve ocorrer mediante a possibilidade de participação de todos os interessados e a necessidade do esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica.

Nas ações de controle concentrado da constitucionalidade, a partir da Lei nº 9.868/1999, passou-se a permitir que o relator admita a manifestação de outros órgãos ou entidades, em razão da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (art. 7º, §2º). Consagrou-se, portanto, a intervenção da figura do *amicus curiae* ou “amigo da corte”, cuja função principal é apresentar ao tribunal parecer com informações relevantes sobre a matéria de direito objeto da ação, bem como acerca dos reflexos que o julgamento da demanda pode acarretar.

A intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da transcendência dos efeitos do julgamento dessas ações.<sup>296</sup> Desta forma, a intervenção do *amicus curiae* visa a possibilitar que o tribunal tenha pleno conhecimento das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto das ações de controle concentrado de

---

<sup>295</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Idem*.

<sup>296</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n.117, set-out, 2004, p. 13.

constitucionalidade, de modo a proporcionar o exaurimento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica.<sup>297</sup>

Ressalta-se, inclusive, que o caráter pluralista e democrático do *amicus curiae*, possibilitando uma cognição mais completa e adequada do órgão julgador, torna mais legitimado o procedimento de aplicação do precedente a casos futuros.<sup>298 299</sup>

Também nesse viés do contraditório participativo, em relação ao rito dos recursos repetitivos ou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Código de Processo Civil estabelece a possibilidade da admissão da intervenção de *amici curiae* (pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia) e da designação de audiências públicas, ocasião em que pessoas com experiência e conhecimento na matéria se manifestarão com a finalidade de instruir o procedimento.<sup>300</sup>

---

<sup>297</sup> Dierle Nunes destaca que "somente não podemos vislumbrar o *amicus* como um figura, por essência, imparcial e neutra, uma vez que sua intervenção pode se dar com um cunho estratégico, especialmente pela percepção que parcela dos litigantes habituais (*repeat players*) vêm usando da litigância estratégica, de modo a impactar a aplicação do direito e construir padrões decisórios benéficos a seus interesses. Isto torna os *amici* uma figura essencial que merece ter seus argumentos analisados, mas que pode, atendendo o requisito da representatividade adequada (interesse institucional), estar defendendo o interesse de alguma das partes." (NUNES, Dierle. Do Julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. (Org.). *Breves comentários ao Novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 2321-2342).

<sup>298</sup> Neste sentido: MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*, vol.106, abr-jun, 2002, p. 281; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao artigo 138. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lênio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 210-211.

<sup>299</sup> Prevalece o entendimento de que "uma vez iniciado o julgamento, não há mais espaço para o ingresso de *amicus curiae*. De fato, já não há utilidade prática de sua intervenção, pois nesse momento processual não cabe mais sustentação oral, nem apresentação de manifestação escrita, como franqueia a Resolução 8/2008 do STJ, e, segundo assevera remansosa jurisprudência, o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, inviabilizando-se a pretensão de intervenção posterior ao julgamento (EDcl no REsp 1.261.020-CE, Primeira Seção, DJe 2/4/2013). O STJ tem entendido que, segundo o § 4º do art. 543-C do CPC, bem como o art. 3º da Resolução 8/2008 do STJ, admite-se a intervenção de *amicus curiae* nos recursos submetidos ao rito dos recursos repetitivos somente antes do julgamento pelo órgão colegiado e a critério do relator (EDcl no REsp 1.120.295-SP, Primeira Seção, DJe 24/4/2013). Ademais, o STF já decidiu que o *amicus curiae* pode pedir sua participação no processo até a liberação do processo para pauta (ADI 4.071 AgR, Tribunal Pleno, DJe 16/10/2009)". (BRASIL, STJ. QO no REsp 1.152.218-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2014).

<sup>300</sup> Marcelo Veiga Franco destaca que, "quando está desenvolvida a formação de precedentes com aptidão persuasiva ou vinculante, é necessário que a participação dialética não se restrinja às partes do processo. A ampliação do contraditório se projeta também para todos aqueles que, direta ou indiretamente, tenham relação com a tese jurídica em debate, seja através da

Ressalta-se que, como a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas tem o propósito de qualificar o debate com o aporte de entendimentos técnicos ou científicos, as informações decorrentes dessas intervenções devem ser necessariamente consideradas no momento do julgamento<sup>301</sup>.

Promove-se, portanto, com a participação desses interessados o esgotamento e o amadurecimento da temática, permitindo que, na formação do precedente judicial, o órgão julgador decida acerca da pertinência ou não de todas as argumentações suscitadas, fixando a tese jurídica de forma completa.<sup>302</sup>

Neste sentido, conforme ensina Dierle Nunes, uma das premissas essenciais para a utilização dos precedentes judiciais é o "esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos

---

figura do *amicus curiae* ou seja por meio da realização de audiências públicas. Daí resulta a necessidade de respeito ao contraditório nas técnicas de julgamento das demandas repetitivas. Ainda que o precedente tenha sido devidamente fundamentado, é possível que o caso concreto guarde particularidades que impeçam a aplicação da tese jurídica adotada como paradigma". (FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. *Precedentes*. Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 527)

<sup>301</sup> Analisando a formação dos precedentes judiciais nos recursos repetitivos, a pesquisa "A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário", realizada pela Faculdade de Direito da UFMG e subsidiada pelo CNJ, constatou que "o Superior Tribunal de Justiça raramente utiliza os argumentos aduzidos por terceiros para fundamentar suas decisões. Nos 50 acórdãos analisados, somente observaram-se duas menções claras aos argumentos trazidos ao processo por terceiros interessados. Dessa forma, com referência ao universo de análise considerado, a conclusão à qual se chega é a de que, apesar de provocados a apresentar seus argumentos no processo, a participação de terceiros parece ter pouca influência sobre a formação do precedente jurisprudencial da Corte". (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 90)

<sup>302</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 264.

interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um 'precedente' a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado"<sup>303</sup>.

Em observância às garantias de contraditório participativo e fundamentação racional, o Código de Processo Civil estabelece que, no âmbito do rito dos recursos repetitivos, devem ser selecionados como recursos representativos da controvérsia aqueles que possuam abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º). Com esse critério, acredita-se assegurar, no julgamento amplo debate, propiciando ao tribunal conhecer, analisar, responder todas as teses suscitadas e encerrar a controvérsia jurídica.<sup>304</sup>

Destaca-se, inclusive, que esta era a orientação administrativa do STJ, antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015. É que a Resolução nº 08/2008 do STJ, estabelece, em seu art. 1º, § 1º, que, no rito dos recursos repetitivos, “serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”<sup>305</sup>.

Em razão da transcendência dos efeitos do julgamento dos incidentes ou dos recursos repetitivos, que formam precedentes de observância obrigatória (art. 927), nesses casos, o relator passa a assumir enorme responsabilidade na seleção desses recursos. O zelo em afetar como representativos da controvérsia aqueles recursos com ampla discussão da questão jurídica é essencial para o adequado funcionamento da sistemática dos recursos repetitivos e salvaguardar a legitimidade da decisão proferida pela Corte. Só assim estará assegurado que todos os argumentos suscitados pelos

---

<sup>303</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199, ano 36, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 66.

<sup>304</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 256.

<sup>305</sup> Disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/17559/Res\\_8\\_2008\\_PRE.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf)

interessados, relevantes para o deslinde da causa, sejam considerados no momento da decisão<sup>306</sup>, prestigiando-se, assim, o princípio do contraditório como influência e não surpresa (art. 10).<sup>307</sup>

Recomenda-se, inclusive, que "sejam selecionados processos que busquem a vitória de teses opostas, a fim de equilibrar a forma com que os argumentos são envergados".<sup>308</sup>

Ressalta-se a correta advertência do Ministro Herman Benjamin sobre a gravidade de não se observar o contraditório substancial no julgamento dos recursos repetitivos:

"Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a "afetação" de processos à Seção "em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). (...) Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30

---

<sup>306</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. "Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário". *Revista de Processo*. Ano 34. N. 177, nov/2009, p. 23.

<sup>307</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 256-257.

<sup>308</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, 2014, p. 206.

milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica. (...) Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC).<sup>309</sup>

A escolha de recursos representativos da controvérsia em que há desproporção de representatividade do cidadão em relação aos grandes litigantes retira a legitimidade do julgamento dos incidentes ou dos recursos repetitivos, diante da violação ao contraditório em razão da evidente disparidade de armas entre os litigantes.

Eis as ponderações de Antonio do Passo Cabral para a seleção da causa representativa da controvérsia:

"Queremos propor dois vetores básicos para guia a escolha da causa-piloto. Sempre que houver restrições ao contraditório, seja no procedimento do processo originário, seja quando a escolha da causa puder limitar o contraditório no próprio incidente, deve-se rever ou corrigir a seleção do processo-teste.

O segundo vetor de interpretação para a escolha da causa-piloto é a *pluralidade e representatividade* dos sujeitos do processo originário. Isso porque, de acordo com o desenho estrutural dos procedimentos, muitas vezes o papel das partes do processo originário é maior no âmbito do incidente. Assim, o próprio contraditório no incidente pode ser impactado se dele participar litigante mal preparado ou inexperiente, por exemplo.

Conjugando ambas as ideias, vemos que, em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente."<sup>310</sup>

Observe, ainda, que o dever de fundamentação racional e legítima, com ampla análise de todas as argumentações suscitadas pelas partes e interessados, torna-se ainda mais rigoroso nos julgamentos dos incidentes ou

---

<sup>309</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 911.802/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008

<sup>310</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo, v. 231, 2014, p. 210.

recursos representativos da controvérsia, que formam precedentes de observância obrigatória (art. 927), estabelecendo-se tese jurídica sobre determinada questão de direito.

Nesses incidentes ou recursos representativos da controvérsia, o precedente não pode ignorar os argumentos favoráveis e, muito menos, os contrários à tese jurídica, sob pena de fragilizar a formação da *ratio decidendi* e prejudicar a sua aplicação aos demais casos futuros. É que, se o tribunal não enfrentar e refutar todas as argumentações (favoráveis e contrárias à tese jurídica), haverá espaço para o questionamento da real extensão do precedente.<sup>311</sup>

Deste modo, de forma ainda mais precisa, os acórdãos dos precedentes que fixam as teses jurídicas, cuja observância é obrigatória, devem abranger necessariamente a análise de todos os fundamentos relevantes da tese jurídica discutida (art. 984, §2º e 1.038, §3º), sob pena de negativa de jurisdição e ofensa às garantias fundamentais do contraditório e da fundamentação.<sup>312</sup>

Os argumentos que devem ser necessariamente analisados pelo tribunal não se limitam apenas àqueles deduzidos pelas partes do incidente ou dos recursos representativos da controvérsia, mas também as teses suscitadas pelos *amici curiae* e pelos interessados nas audiências públicas.

A legitimidade e aceitação da tese jurídica formada no precedente depende necessariamente de sua fundamentação, pois, somente mediante o convencimento pelos argumentos é que a sociedade sentir-se-á juridicamente segura.<sup>313</sup>

Na formação do precedente judicial, o órgão julgador deve ter a consciência de que devem ser criados dois discursos a partir da decisão

---

<sup>311</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014, p. 154-155.

<sup>312</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. *Precedentes*. Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 531.

<sup>313</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 265.

judicial: um, relativo a solução do caso concreto; e o outro, com a finalidade de promover a unidade do direito, que é voltado para a sociedade em geral.<sup>314</sup>

### 4.3. A aplicação dos precedentes judiciais

O exercício do direito jurisprudencial depende da análise interpretativa entre o precedente judicial e o caso concreto. Inicialmente, o órgão julgador deve identificar a *ratio decidendi* do precedente judicial, na medida em que é preciso apurar quais foram os fatos que foram tomados em consideração para a fixação da tese jurídica.

É necessário que o magistrado interprete o precedente judicial, separando a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*) dos argumentos jurídicos acessórios e secundários, expostos apenas de passagem na decisão (*obiter dictum*), tendo em vista que apenas a *ratio decidendi* se vincula ao julgamento dos demais processos.<sup>315</sup>

Após a identificação dos fatos fundamentais e relevantes para a formação da *ratio decidendi*, o órgão julgador poderá verificar se tais circunstâncias fáticas, que foram determinantes para a construção da tese jurídica do precedente judicial também encontram-se presentes, de forma análoga, no caso concreto; ou se o caso *sub judice* apresenta alguma peculiaridade, que justifica a não aplicação do presente judicial.

---

<sup>314</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 62-75.

<sup>315</sup> Visando a identificação da tese jurídica, Hermes Zaneti Jr. defende que, "na formação do precedente, os tribunais devem individualizar as categorias fáticas de maneira a construir uma relação entre os fatos e a tese a ser aplicada, demonstrando a unidade fático-jurídica nos fundamentos determinantes de sua decisão. A identificação da universalização dos argumentos fáticos e jurídicos na redação dos acórdão, da ementa e dos enunciados de súmula facilita a compreensão do interprete futuro (...) Lembre-se que o requisito da universalização dos argumentos fáticos e futuros é um requisito de racionalidade da decisão e permite, mais facilmente, sua correta aplicação nos casos futuros." (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.324)

Acerca da importância da análise dos fatos determinantes para a formação da tese jurídica e da precisa identificação da *ratio decidendi*, Dierle Nunes e André Frederico Hortam destacam que:

"A relevância desses fatos se justifica na medida em que o raciocínio por precedentes é, essencialmente, um raciocínio por comparações entre casos (o do precedente e o do presente). Nesse raciocínio – que leva em consideração situações, eventos, qualidades e atributos –, analogias e contra-analogias são estabelecidas a fim de se determinar se o caso presente deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso, à luz do princípio da igualdade substancial. Em qualquer sistema jurídico em que o direito jurisprudencial é relevante para o desenvolvimento do Direito, as analogias e as contra-analogias são realizadas considerando os elementos essenciais e não essenciais que podem ser encontrados no caso precedente e no presente (DUXBURY, 2008, p. 113). Até mesmo para que as comparações e a própria utilização desse direito jurisprudencial sejam relevantes na aplicação do Direito, não se pode prescindir da relevância dos fatos como um dos elementos que conferem força normativa a esse direito jurisprudencial. Por isso é que os juristas familiarizados com a doutrina do precedente judicial preocupam-se em descrever com considerável grau de precisão quais são os fatos materiais das decisões passadas, dada sua influência no discurso jurídico e na solução de outros casos a partir do direito jurisprudencial. Esses fatos materiais guardam estreita relação com a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes, para se valer da expressão do CPC-2015), cujo conceito, por sua vez, constitui um dos mais controvertidos conceitos na doutrina do precedente judicial. Essa importância que lhe é atribuível decorre da constatação de que o elemento normativo do precedente reside nela própria, *ratio decidendi*, e as pessoas (cidadãos comuns ou autoridades) debaterão intensamente sobre quais direitos e obrigações jurídicas decorrem do que foi dito no precedente. Por isso, definir a *ratio decidendi* de um precedente não se resume a uma simples tarefa de categorização científica de partes de uma decisão; pelo contrário, pois tais fundamentos guardam aptidão não apenas para contribuir para a solução de outros casos mas para incrementar o histórico institucional do Direito."<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinela (org.). Novo CPC. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015. *Apud.* NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - Vol.2 - Procedimento Comum (2016). 2ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 909-948.

Observe que o órgão julgador não deve interpretar o precedente como se fosse uma norma geral e abstrata, aplicando-o de forma automática e mecânica a todo e qualquer caso em que os elementos fáticos dão a impressão de serem semelhantes. O correto é o magistrado, após completa análise comparativa entre a decisão paradigma e o caso concreto, verificar em qual aspecto o precedente judicial poderá servir na resolução do caso *sub judice*.<sup>317</sup>

O direito jurisprudencial não pode ser aplicado a partir do mero "uso de súmulas e 'precedentes' sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a *ratio decidendi* (fundamento determinante) com algum trecho da ementa ou do voto".<sup>318 319</sup>

O fato do precedente judicial e o caso concreto não apresentarem fatos absolutamente idênticos não impede a aplicação da tese jurídica da decisão paradigma. Mesmo após o órgão julgador ter constatado que os fatos relevantes para a construção da tese jurídica do precedente não se apresentam de forma idêntica no caso concreto, é possível que o magistrado estenda ao caso *sub judice* a mesma solução conferida no precedente judicial, por entender que, apesar das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica

---

<sup>317</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 303-304.

<sup>318</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88. out/dez 2014, p. 277-278.

<sup>319</sup> No mesmo sentido: "O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro, como já se viu, é justamente a tentativa de extrair e conservar essências das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espreme-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser acidental, para ter em mãos apenas as suas 'propriedades imutáveis'. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *ratio decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando um coro de muitas vozes dissonantes." (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140)

ainda lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).<sup>320</sup> Neste caso, haverá a ampliação da hipótese fática de incidência do precedente judicial.

Contudo, caso o órgão julgador entenda que as peculiaridades fáticas do caso concreto não possibilitam a aplicação da tese jurídica do precedente judicial (*restrictive distinguishing*), deverá julgar livremente o caso *sub judice* sem qualquer vinculação a decisão paradigma. Neste caso, o órgão julgador está dando uma interpretação restritiva ao precedente judicial, de modo a restringir a hipótese fática da aplicação da sua tese jurídica.

Visando a evitar a utilização dos precedentes judiciais como se fossem comando gerais e abstratos, o Código de Processo Civil estabelece que, na aplicação dos precedentes judiciais, o órgão julgador tem o dever de identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, sob pena da decisão não ser considerada fundamentada (art. 489, §1º, inciso V, e 927, §1º).

Além disso, em observância à garantia do contraditório, o Código de Processo Civil também disciplina que o órgão julgador não pode deixar de seguir precedente judicial suscitado pela parte, que tenha força vinculante, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sob pena de nulidade da decisão por falta de fundamentação racional (art. 489, §1º, inciso VI). É direito da parte que invocou o precedente judicial ter uma resposta que justifique, a partir de uma análise argumentativa e interpretativa, se é coerente a aplicação da decisão paradigma ao caso concreto.

O propósito da sistemática do julgamento sob o rito dos recursos repetitivos ou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), após a fixação abrangente da tese jurídica, é evitar que processos que versem sobre idêntica questão de direito retornem aos tribunais (principalmente os superiores), para um julgamento individual e minimalista. Assim, o Código de Processo Civil prevê que, no rito dos recursos repetitivos ou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), os casos presentes, que

---

<sup>320</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 505.

possuem elementos fáticos análogos aos do precedente judicial e cuja controvérsia verse sobre a mesma questão de direito, estarão, em regra, sobrestados até a formação da tese jurídica (arts. 982, II, e 1.037, II).

Desta forma, após a fixação da tese jurídica no âmbito do rito dos recursos repetitivos ou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), os juízos responsáveis pelo julgamento dos processos análogos deverão aplicar a tese jurídica (*ratio decidendi*).

Na sistemática dos recursos repetitivos, os processos análogos poderão estar sobrestados e pendentes de julgamento: (I) no próprio tribunal superior, distribuído para a relatoria de algum ministro; (II) na presidência ou vice-presidência dos tribunais de segunda instância, em razão da interposição de recurso extraordinário ou especial; (III) no tribunal de segunda instância, distribuído para a relatoria de algum desembargador; ou (IV) no juízo de primeira instância.

O recurso sobrestado no próprio tribunal superior será julgado pelo seu relator ou turma julgadora, aplicando-se a tese jurídica (*ratio decidendi*). Em decorrência da vinculação horizontal do precedente judicial e na busca da estabilidade, coerência e integridade do ordenamento jurídico, o próprio tribunal que formou a tese jurídica tem o dever de observá-la. Assim, caso o acórdão impugnado esteja em consonância com o entendimento fixado no julgamento dos recursos repetitivos, o ministro relator deverá julgar prejudicado o recurso extraordinário ou especial. E, caso o acórdão recorrido não coincida com a orientação do tribunal superior, o ministro relator, monocraticamente, dará provimento ao recurso extraordinário ou especial, aplicando a tese jurídica ao caso concreto.

Esta mesma sistemática se aplica no âmbito dos tribunais de segunda instância, quando já interposto o recurso extraordinário ou especial que versa sobre a mesma questão de direito do precedente e aborda circunstâncias fáticas semelhantes. No caso do acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior, o recurso extraordinário ou especial sobrestado no tribunal local terá seu seguimento negado pelo presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem. Contudo, na hipótese do acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior, haverá a remessa dos autos para o órgão que

proferiu o acórdão recorrido, para que ocorra o reexame do processo de competência originária, da remessa necessária ou do recurso anteriormente julgado.

Já, em relação aos processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição, estes retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.

Observe-se, inclusive, que, antes de proferida a sentença, o autor poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, independentemente de consentimento do réu, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Inclusive, haverá a isenção do pagamento de custas e de honorários de sucumbência, se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação (art. 1.040, §§1º a 3º). Tal previsão legal visa à evitar a profusão de processos com pedidos iniciais contrários ao entendimento já firmado pelos tribunais superiores em sede de recursos repetitivos.

A aplicação da tese jurídica não pode ficar restrita aos processos e recursos que foram sobrestados, o órgão julgador também deve observar o precedente judicial nos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito em circunstâncias fáticas análogas. Inclusive, o Código de Processo Civil possibilita ao juiz de primeira instância: (I) julgar de plano improcedente a demanda, independentemente da citação do réu, quando os pedidos iniciais contrariarem a tese jurídica firmada em precedente judicial que possui força vinculante (art. 332 do CPC); e (II) conceder, em sede de tutela de evidência, independentemente do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, a pretensão jurisdicional, quando verificar que o pedido está em consonância com a tese jurídica firmada em precedente judicial que possui força vinculante (art. 311, II, do CPC).

Importante ressaltar que, ao aplicar a tese jurídica formada nos recursos repetitivos ou no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), se o caso concreto versa sobre idêntica questão de direito e as partes não suscitaram qualquer argumento jurídico novo (não abordado na formação do precedente), não cabe ao magistrado reenfrentar todos os argumentos

deduzidos no processo.<sup>321</sup> Nesta hipótese, o magistrado deve dedicar o seu julgamento à demonstração da correlação fática e jurídica entre o caso concreto e os recursos representativos da controvérsia, na medida em que a análise da argumentação jurídica já foi feita pelos tribunais superiores. Trata-se de exceção à regra imposta pelo art. 489, inciso I.<sup>322</sup>

Ressalta-se, ainda, que, visando à garantir a autoridade dos tribunais, o Código de Processo Civil prevê que contra a decisão que deixa de observar a tese jurídica firmada no julgamento dos recursos repetitivos cabe reclamação (art. 988).<sup>323</sup> Contudo, após a reforma implementada pela Lei nº 13.256/2016, o legislador restringiu o cabimento da reclamação, proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, somente após o esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias (art. 988, §5º).<sup>324</sup>

A tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada no julgamento dos recursos repetitivos ou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) deve ser observada não só pelos magistrados, mas também pelos

---

<sup>321</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 266.

<sup>322</sup> Enunciado nº 524 do FPPC: "O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado".

<sup>323</sup> "O remédio para o descumprimento das decisões das Cortes Supremas é uma questão de técnica processual e do ordenamento judiciário de cada país, ou seja, uma opção de política judiciária que revela o grau de vinculação desejado para o precedente. O que não pode faltar para que um precedente seja considerado formalmente vinculante (...) é justamente um instrumento técnico de manutenção da estabilidade do precedente, mediante recurso à corte competente para a sua revisão, pois a sua vinculatividade dependerá deste controle." (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 337)

<sup>324</sup> Esta alteração legislativa está em consonância com o seguinte entendimento do STF, firmado ainda sob a vigência do CPC/1973: "O instrumento da reclamação não pode ser utilizado a fim de que, per saltum, seja aplicado o entendimento firmado no RE 600.885-RG/RS a processo em curso no primeiro grau de jurisdição. A reforma das decisões dos juízes de primeiro grau, contrárias à orientação firmada em julgamentos afetos ao regime da repercussão geral, deve ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 12600 AgR, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011)

jurisdicionados.<sup>325</sup> Neste sentido, o Código de Processo Civil determina que, no caso de questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (arts. 985, §2º, e 1.040, inciso IV).<sup>326</sup>

Tal diligência visa a promover a fiscalização do cumprimento dos precedentes judiciais que possuem força vinculante, evitando-se a profusão de demandas em decorrência da inobservância da tese jurídica.

A aplicação adequada da tese jurídica é essencial para a lógica do sistema dos precedentes judiciais, na medida em que acarretará, a médio prazo, a redução do número dos processos versando sobre a questão de direito objeto da litigância repetitiva, tendo em vista que os jurisdicionados saberão qual é o comportamento entendido como correto pelo Poder Judiciário.

Ressalta-se, contudo, que a aplicação do precedente judicial deve ser realizada com cuidado, a partir da análise interpretativa e discursiva do precedente judicial, verificando com precisão se os elementos fático-jurídicos

---

<sup>325</sup> JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 267.

<sup>326</sup> Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5492, ajuizada em 05 de abril de 2016, o Governando do Estado do Rio de Janeiro vem sustentando a inconstitucionalidade dos artigos 985, §2º, e 1.040, IV do CPC, que preveem o dever do Estado de fiscalizar a efetiva aplicação da tese jurídica pelos entes sujeitos a regulação: "Além disso, as regras contidas nos arts. 985, §2º, e 1.040, IV, do CPC/15, porém, ao preverem a vinculação direta da Fazenda 'para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada', atentam contra o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e a garantia do contraditório (CF, art. 5º, LV), já que subjugam a posição de quem não tomou parte na técnica de julgamento. (...) Basta aplicar tais premissas aos arts. 985, §2º, e 1.040, IV, do CPC/15 para que se perceba que a vinculação ali imposta à Fazenda, que deve se curvar à tese em sua atividade administrativa e replicá-la para os agentes no setor regulado, não se harmoniza com as bases de um processo justo. (...) Assim, por não se harmonizarem com as garantias do contraditório e do devido processo legal por nenhum ângulo, devem ser declarados inconstitucionais os art. 985, §2º, e 1.040, IV, do CPC/15. Subsidiariamente pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade da expressão 'fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada', constante de ambos os dispositivos atribuindo-se ao texto remanescente dos enunciados interpretação conforme a Constituição para retirar qualquer grau de cogência e imperatividade à comunicação dirigida ao ente regulador, quando não tenha figurado como parte no procedimento de formação do precedente". A petição inicial é assinada pelo Governador em exercício, Francisco Dornelles, pela Procuradora Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Lea Guimarães Tavares, e pelo Procurador Chefe da Procuradoria na Capital Federal, Emerson Barbosa Maciel.

considerados para a formação da tese jurídica também se encontram no caso concreto.<sup>327</sup> A aplicação automática e mecânica da tese jurídica a casos que possuem elementos fático-jurídicos distintos do precedente judicial, sem que essas peculiaridades fossem consideradas, implica em *error in iudicando*, que desvirtua toda a lógica da teoria dos precedentes judiciais.

Destaca-se, inclusive, que cabe ação rescisória, sob a alegação de violação manifesta à norma jurídica, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (art. 966, §5º, CPC) .

#### **4.4 A eficácia temporal dos precedentes judiciais**

A estabilidade da interpretação do ordenamento jurídico é necessária para garantir aos jurisdicionados a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia. Contudo, o direito não pode ser estático e imutável, na medida em que precisa acompanhar a evolução das relações sociais, os desenvolvimentos socioculturais e as novas ideias que vão surgir na sociedade.

A modificação acerca da interpretação do ordenamento jurídico é decorrente do desenvolvimento do direito e das modificações da sociedade. Deste modo, a superação de entendimentos jurisprudenciais é algo inerente ao sistema de precedentes judiciais, como forma de impedir o engessamento da interpretação e permitir a evolução do direito.<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> Neste sentido, Dierle Nunes ensina que "o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos". (NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199, ano 36, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 68)

<sup>328</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 243-244.

A superação da tese jurídica firmada em um determinado precedente judicial que possui força vinculante implica em tormentosa e polêmica questão acerca da eficácia da nova norma jurídica que se estabelece com a modificação do entendimento.

Em regra, a eficácia temporal da superação dos precedentes judiciais é retroativa, permitindo a aplicação da sua *ratio decidendi* para aquelas situações fáticas que ocorreram antes mesmo da formação da tese jurídica.<sup>329</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral de que a eficácia temporal dos precedentes é retroativa é constatada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade<sup>330</sup>. Diante da natureza declaratória dessas ações<sup>331 332</sup>, a norma que é tida por constitucional ou inconstitucional tem esse status desde a sua vigência. Deste modo, não seria possível reconhecer que

---

<sup>329</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988, p. 132; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 513; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 244; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 417.

<sup>330</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São paulo: Saraiva, 2012, p. 605-606.

<sup>331</sup> Misabel Abreu Machado Derzi ensina que, "segundo a Constituição da República, as sentenças do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle abstrato/concentrado e no controle concreto/difuso são ditas 'declaratórias'. A Constituição da República refere-se às ações diretas de inconstitucionalidade e às ações 'declaratórias' de constitucionalidade (artigo 102, I, §2º, e artigo 103), e, ainda, refere-se literalmente às 'declarações de inconstitucionalidade por omissão' no §2º do artigo 103. Em relação ao controle concentrado/difuso, exercido por meio de recurso extraordinário, a Constituição estabelece a competência da Corte Constitucional 'quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal' no artigo 102, III, b." (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses. 2009, p. 237). No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 177.

<sup>332</sup> Em sentido contrário, defendendo que o caráter constitutivo negativo da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, Ravi Peixoto pondera que "seria mais adequado afirmar que as decisões de inconstitucionalidade teriam eficácia constitutiva negativa e, muito embora esteja presente o 'princípio' da nulidade de tal juízo, nada impede que ele seja superado, a exemplo da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Pensar de forma diferente, inserindo o seu exame no plano da existência, tornaria impossível a discussão sobre a modulação de efeitos, pelo simples fato de que o inexistente não ingressa sequer no mundo jurídico, sendo incapaz de produzir efeitos. A eficácia *ex tunc* do juízo de inconstitucionalidade deixa de ser lógico jurídico e passa a ser jurídico-positiva. Têm-se agora dois momentos: o reconhecimento da incompatibilidade com a Constituição e a possibilidade de flexibilização da sua sanção em termos de eficácia temporal." (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 261-262)

norma declarada inconstitucional produza efeitos, diante da nulidade que se opera desde a sua vigência.

Acerca dos efeitos *ex tunc* das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina de Teori Albino Zavascki assenta que:

"A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. 'A Corte', explicou o Ministro Brossard, 'verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*."<sup>333</sup>

Ocorre que há situações em que a eficácia temporal retroativa acaba por gerar vários problemas, tendo em vista os efeitos que a norma declarada inconstitucional pode ter produzido na sociedade. Por exemplo, na hipótese de ser reconhecida inconstitucional lei que criou determinado município<sup>334</sup> ou lei que efetiva profissionais da área da educação em cargos públicos efetivos sem

---

<sup>333</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 48-49.

<sup>334</sup> Esta situação ocorreu com Lei nº 7.619/2000 do estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães e foi objeto da ADI nº 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, julgamento em 09/05/2007. No julgamento, o "Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento".

a realização de concurso público<sup>335</sup>, é inadequado atribuir eficácia retroativa ao juízo de inconstitucionalidade, diante da impossibilidade de extirpar os efeitos produzidos pela norma na sociedade no período entre a sua vigência e data da declaração de sua inconstitucionalidade.

Neste sentido, visando a garantir a segurança jurídica e o interesse social, houve a edição das Leis nº 9.868/1999 (art. 27) e 9.882/1999 (art. 11), que criou a possibilidade de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal modularem os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para restringir a sua aplicação ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>336</sup>

Posteriormente, com a criação das súmulas vinculantes (Emenda Constitucional nº 45/2004), houve a edição da Lei nº 11.417/2006, que prevê a possibilidade de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal restringirem os efeitos vinculantes ou decidirem que o enunciado da súmula vinculante só terá eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º).

Constata-se, portanto, que, por mais que a regra geral seja o juízo de inconstitucionalidade ter eficácia temporal retroativa, em determinadas

---

<sup>335</sup> Esta situação ocorreu com a Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais e foi objeto da ADI 4879/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgamento em 26/03/2014. Na ocasião, "o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para, em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo aos serviços públicos essenciais prestados à população. Em relação aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam ressalvados dos efeitos desta decisão: a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchidos os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica em efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores; b) os que se submeteram a concurso público quanto aos cargos para os quais foram aprovados; e c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal."

<sup>336</sup> Entendendo que a modulação dos efeitos do juízo de inconstitucionalidade retira o caráter de suprallegalidade da Constituição, estimulando a edição de lei inconstitucionais: DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

situações, é possível e adequada a modulação dos seus efeitos para assegurar um eficácia prospectiva, em observância à garantia da segurança jurídica.

Da mesma forma, no caso de superação da tese jurídica de precedente com força vinculante (*overruling*), é necessário garantir a proteção da confiança dos jurisdicionados que se comportaram em consonância com a *ratio decidendi* que foi revogada.

Observe-se, contudo, que a possibilidade de atribuir eficácia prospectiva na hipótese da superação do precedente judicial fundamenta-se no princípio da proteção da confiança do jurisdicionado, enquanto que, no juízo de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, baseia-se na segurança jurídica das relações sociais, conforme destaca Luiz Guilherme Marinoni:

"Quando não se outorga efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade, objetiva-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Nesta situação entra em jogo a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, mas certamente não importa a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais. A segurança jurídica é deduzida para proteger situações consolidadas que se fundaram na lei declarada inconstitucional, mas não para justificar ações que se pautaram em precedente revogado. (...) Não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia, na academia e nos tribunais, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade da sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nesta situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutelam-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" que justificam efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade. É certo que a limitação da retroatividade da revogação de precedente constitucional se funda na confiança justificada e, assim, não tem o mesmo

fundamento dos efeitos prospectivos na ação direta de inconstitucionalidade." <sup>337</sup>

A sistemática dos precedentes judiciais, diante da teoria do *stare decisis*, com a observância obrigatória da tese jurídica formada, influencia o comportamento dos jurisdicionados, que confiam na manutenção daquele entendimento jurisprudencial. Assim, a superação da tese jurídica do precedente judicial, surpreende os jurisdicionados que adotaram a conduta em consonância com a orientação da Corte.

Deste modo, na hipótese de ocorrer a superação do precedente judicial, impor a retroatividade da nova tese jurídica implicaria em sancionar a parte que se comportou confiando na manutenção da orientação jurisprudencial.

Ressalta-se que, visando assegurar a proteção da confiança dos jurisdicionados, a Corte pode utilizar-se da técnica da sinalização (*signaling*). Nesta hipótese, apesar do tribunal já ter percebido a necessidade da superação da tese jurídica, ele prefere aplicar a *ratio decidendi*, apenas indicando que a orientação do precedente anterior deve ser superada futuramente. <sup>338</sup>

A utilização da técnica da sinalização ameniza os efeitos da futura superação da tese jurídica, se comparada com a superação abrupta da norma jurídica. Recorde-se, inclusive, que a técnica da sinalização pode ser utilizada como marco temporal para limitar os efeitos retroativos da futura decisão de superação da tese jurídica. <sup>339</sup>

Deste modo, mostra-se adequada utilização da técnica da sinalização, quando a segurança jurídica e a previsibilidade justificam a manutenção da tese jurídica até que os jurisdicionados estejam cientes de que não devem mais considerar e confiar em determinado precedente.

---

<sup>337</sup> MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol 77, n. 3, jul/set 2011, p. 233-238.

<sup>338</sup> Enunciado 320 do FPPC: "Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros."

<sup>339</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 343-344.

Em consonância com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, o Código de Processo Civil disciplina que, na hipótese de alteração de entendimento jurisprudencial dominante dos tribunais superiores ou do julgamento de casos repetitivos (inclusive, IRDR), pode haver modulação dos efeitos da nova tese jurídica (art. 927, §3º).<sup>340</sup>

As possíveis eficácias temporais atribuídas à superação dos precedentes judiciais são: (I) aplicação retroativa pura: a nova tese jurídica aplica-se aos fatos passados, inclusive aqueles relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória; (II) aplicação retroativa clássica: o novo entendimento seria aplicado aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado; (III) aplicação prospectiva pura: o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, deixando de ser aplicável, inclusive, para as partes litigantes; (IV) aplicação prospectiva clássica: o entendimento aplica-se apenas aos fatos novos, com a exceção das partes do caso concreto em que se formou o novo precedente; e (V) aplicação prospectiva a termo: o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente<sup>341</sup>.

Observe-se, contudo, que a aplicação prospectiva pura ou a termo apresenta o problema de não incentivar as partes a litigar pela mudança do precedente, salvo na hipótese de serem litigantes habituais.

Inclusive, há situações em que, se não houver a modulação dos efeitos, a superação da tese jurídica pode acarretar em grave insegurança jurídica. Recorde-se, por exemplo, que decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pode gerar efeito rescindente, possibilitando a rescisão da coisa julgada material, mediante o ajuizamento da ação rescisória, quando houver, posteriormente ao trânsito em julgado do *decisum* rescindendo, decisão do Supremo Tribunal Federal

---

<sup>340</sup> Enunciado 55 do FPPC: "Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto."

<sup>341</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 167-171; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 516.

reconhecendo como inconstitucional lei ou ato normativo que fundamente a decisão transitada em julgado (art. 525, §15, do CPC). Caso essa situação ocorra em um litígio repetitivo (por exemplo, envolvendo a (in)constitucionalidade de determinado tributo), na hipótese do Supremo Tribunal Federal não modular os efeitos do seu novo precedente, serão ajuizadas uma série de ações rescisórias, que podem comprometer situações fáticas que já estavam pacificadas.

Portanto, no caso de superação da tese jurídica do precedente judicial vinculativo, é recomendável que a Corte analise as circunstâncias fáticas de cada caso concreto, verificando a repercussão dessa alteração do entendimento jurisprudencial, para apurar a conveniência de atribuir efeitos prospectivos à nova *ratio decidendi*, para, com base no princípio da proteção da confiança, tutelar o direito daqueles que se comportaram em conformidade com precedente revogado.

## 5. DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL COMO TÉCNICAS DECORRENTES DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO

A teoria brasileira dos precedentes judiciais dimensionada pelo Código de Processo Civil de 2015 institui procedimentos para a padronização decisória, estabelecendo força vinculante à determinadas decisões, de modo a garantir que casos análogos sejam julgados da mesma forma, em observância, notadamente, aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Contudo, é necessário que essa teoria brasileira dos precedentes judiciais assegure mecanismos que possibilitem os sujeitos do processo discutirem a distinção entre o caso concreto e o precedente paradigma, permitindo que processos com circunstâncias fáticas distintas possam ser julgados de forma diferente. Além disso, também é essencial que sejam assegurados meios para a superação da tese jurídica, possibilitando a evolução do direito, de modo a alinhá-lo com as modificações sociais, econômicas, políticas ou jurídicas que a sociedade vier a passar.

Neste sentido, uma das premissas essenciais para o desenvolvimento da sistemática dos precedentes judiciais é o "delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*".<sup>342</sup>

---

<sup>342</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199, ano 36, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 69.

Assim, na aplicação do precedente, é necessário que o órgão julgador realize comparações para verificar se os fatos determinantes para a construção da tese jurídica encontram-se, de forma análoga, no caso concreto. A decisão de aplicar o precedente ao caso concreto é "presidida e informada por uma ponderação de princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias".<sup>343</sup>

A observância às garantias do contraditório participativo e da fundamentação racional são essenciais para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais, na medida em que a correta aplicação da tese jurídica somente é possível a partir do devido processo argumentativo.

A comparação entre o precedente judicial e o caso concreto, com a finalidade de verificar se os fatos determinantes para a construção da tese jurídica estão presentes no caso *sub judice*, depende da análise interpretativa dos sujeitos do processo, que a partir do exercício do contraditório participativo, apresentarão os argumentos favoráveis ou contrários à aplicação do precedente.

Assim, considerando a contribuição das partes do processo na construção do provimento jurisdicional, o órgão julgador, ao aplicar ou afastar determinado precedente suscitado na lide, terá o dever de considerar os discursos argumentativos das partes, justificando as razões para a incidência ou não da tese jurídica no caso concreto.

Da mesma forma, esse discurso argumentativo desenvolvido pelos sujeitos do processo também é necessário para a adequada e precisa identificação da *ratio decidendi* do precedente judicial, de modo a evitar que argumentos jurídicos acessórios e secundários, expostos apenas de passagem na decisão (*obiter dictum*) sejam tidos, indevidamente, como vinculantes.

Portanto, assegurar o efetivo exercício do contraditório e da fundamentação racional na aplicação do precedente judicial é essencial para que a parte possa suscitar a distinção e/ou a superação da tese jurídica.

---

<sup>343</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMATE. Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Vol. I, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 353.

Constata-se, portanto, que, diante da teoria brasileira dos precedentes judiciais, estabelecida pelo Código de Processo Civil, há a necessidade de os operadores do direito adequarem sua cultura para a constitucional e correta formação e aplicação da tese jurídica decorrente do direito jurisprudencial.

No atual sistema jurídico brasileiro, o discurso argumentativo para a construção do provimento jurisdicional deve considerar e observar a eventual existência de precedente judicial que verse sobre a mesma questão de direito em situação fática semelhante, bem como é necessário analisar se há elementos para a distinção ou superação da tese jurídica. .

### **5.1. Análise acerca da possibilidade de suscitar a distinção quando da suspensão do caso concreto até o julgamento dos casos repetitivos**

O ordenamento jurídico brasileiro, baseando-se no procedimento-modelo alemão<sup>344</sup>, prevê a formação de alguns precedentes judiciais de eficácia vinculante a partir do julgamento de "causa-piloto"<sup>345</sup>, ficando os demais processos que versem sobre a mesma questão de direito suspensos. Após o julgamento das causas representativas da controvérsia, a tese jurídica formada nesta "causa-piloto" é aplicada aos processos que ficaram sobrestados e as eventuais causas futuras<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> Acerca do procedimento-modelo alemão: CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, p. 40-55, 2007; NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Vol. I. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 471-483.

<sup>345</sup> "Trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de 'caso-piloto, 'caso-teste' ou 'processo-mestre'. Consiste o mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo)." (GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Coord: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5)

<sup>346</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, 2014, p. 203-204.

O Código de Processo Civil disciplina que considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 928).

Ao disciplinar o rito dos recursos repetitivos no âmbito dos tribunais superiores, o Código de Processo Civil assegura às partes a possibilidade de alegar a distinção fática entre os recursos representativos da controvérsia e o caso concreto desde a fase inicial do procedimento, quando houver a decisão de suspensão do caso da parte. O §9º do artigo 1.037 do CPC/2015 estabelece que, após ser intimada da decisão de sobrestamento do seu processo, a parte poderá requerer o prosseguimento da demanda, demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado como representativo da controvérsia. Ainda é garantido o direito de recorrer da decisão que analisar o requerimento de prosseguimento do processo em razão da distinção fática entre os casos (agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; e agravo interno, se a decisão for de relator - art. 1.037, §12º - ou de presidente/vice-presidente do tribunal de segunda instância - art. 1.030, §2º).

Diferentemente do que ocorreu em relação ao rito do recurso extraordinário ou especial repetitivos, o Código de Processo Civil foi omissivo em relação ao direito da parte de argumentar a distinção entre o precedente paradigma e o caso concreto, quando a suspensão do processo ocorrer em razão da admissibilidade da instauração do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Desta forma, visando a assegurar a garantia do contraditório e da duração razoável do processo, deve-se aplicar supletivamente a norma prevista no rito dos recursos repetitivos acerca da possibilidade de suscitar a distinção, após o sobrestamento do processo, ao procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).<sup>347 348</sup>

---

<sup>347</sup> Enunciado 481 do FPPC: "O disposto nos §§ 9º a 13 do art. 1.037 aplica-se, no que couber, ao incidente de resolução de demandas repetitivas."

<sup>348</sup> Enunciado 348 do FPPC: "Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos."

Observe que os recursos repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) são mecanismos processuais que compõem o microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928) e o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios (art. 927, III), de modo que é plenamente possível a aplicação subsidiária de norma disciplinada expressamente em um para o outro.<sup>349 350</sup>

## **5.2. Análise acerca da possibilidade de suscitar a distinção ou superação após a aplicação do precedente judicial**

Após a aplicação da tese jurídica formada no precedente paradigma ao caso concreto, o direito da parte de suscitar a distinção ou superação da tese jurídica é assegurado mediante a utilização dos recursos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a parte poderá demonstrar o equívoco do órgão julgador ao aplicar a tese jurídica formada no precedente paradigma no julgamento do caso concreto, por meio: (I) da apelação, se o processo estiver em primeira instância e ocorrer o julgamento integral dos pedidos iniciais, mediante sentença; (II) do agravo de instrumento, caso o juiz de primeira instância promova o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356), aplicando a tese jurídica do precedente judicial apenas a determinado pedido inicial do caso concreto (capítulo da sentença), prosseguindo com a demanda em relação aos outros pedidos, mediante decisão será interlocutória (art. 1.015, II); (III) do recurso especial ou extraordinário, a ser interposto contra acórdão do tribunal de segunda instância; (IV) do agravo interno, a ser ajuizado contra decisão monocrática de relator; e (V) do agravo interno ao órgão especial do tribunal de segunda instância, no caso de decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal que

---

<sup>349</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 590-591.

<sup>350</sup> Enunciado 345 do FPPC: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”

inadmita recurso extraordinário ou especial, por entender que o acórdão recorrido está em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou com tese jurídica firmada no rito dos recursos repetitivos.

Ressalta-se que, na versão originária do Código de Processo Civil de 2015, o agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário tinha cabimento, inclusive, quando o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal: (I) inadmitisse recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior firmada em recursos repetitivo; e (II) inadmitisse recurso extraordinário sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Portanto, na versão originária do Código de Processo Civil de 2015, após a decisão de inadmissibilidade do recurso excepcional, ao fundamento que o acórdão recorrido está em sintonia com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou com tese jurídica firmada no rito dos recursos repetitivos, a parte conseguia alegar diretamente no tribunal superior, mediante agravo em recurso extraordinário ou especial: (I) a distinção entre os fatos do acórdão recorrido e do precedente judicial; ou (II) as razões para a eventual superação da tese jurídica.

Contudo, com a edição da Lei nº 13.256/2016, que reformou o Código de Processo Civil antes mesmo da sua vigência, ficou previsto que, no caso de inadmissão do recurso extraordinário ou especial, em razão do presidente ou do vice-presidente do tribunal local entender que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior firmada exarada no regime de repercussão geral ou no rito de recursos repetitivos, a parte interessada deverá interpor agravo interno ao Órgão Especial do tribunal de segunda instância, alegando a ocorrência de elementos que impõem a distinção ou a superação da tese jurídica.

Constata-se, portanto, que a reforma implementada através da Lei nº 13.256/2016 interferiu na sistemática da teoria dos precedentes judiciais prevista no Código de Processo Civil de 2015, na medida em que dificulta a

alegação de distinção ou superação da tese jurídica pelas partes diretamente nos tribunais superiores.

A polêmica instaurada após a edição da Lei nº 13.256/2016 é se haveria algum meio processual que permitisse a parte levar a discussão acerca da distinção ou superação da tese jurídica aos tribunais superiores ou se estaria cerceado esse direito, na hipótese do tribunal de segunda instância não vislumbrar a distinção ou superação do precedente judicial.

Ressalta-se que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Supremo Tribunal Federal entendia que, "independentemente do modo como a instância de origem obsta a admissão do recurso extraordinário (negando-lhe seguimento, inadmitindo-o, não o conhecendo, julgando-o prejudicado ou indeferindo-o liminarmente), não caberá nenhuma forma de impugnação a esta Corte se a decisão tiver por fundamento precedente do STF julgado sob o rito da repercussão geral".<sup>351</sup> Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça entendia que "não se admite novo recurso especial contra acórdão que, no julgamento de agravo interno, mantém a decisão que negou seguimento ao apelo anterior com base no art. 543-C, §7º, do CPC, por considerar que o

---

<sup>351</sup> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO JUÍZO OU TRIBUNAL DE ORIGEM QUE APLICA A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO. 1. O Plenário desta Corte assentou o entendimento de que a negativa de seguimento do recurso extraordinário, pelo Juízo de origem, com base na sistemática da repercussão geral não é impugnável pelo agravo do art. 544 do CPC, nem por reclamação. 2. Na sistemática da repercussão geral pela instância a quo, admite-se a remessa do recurso ao STF unicamente quando, julgado o mérito do leading case, o Órgão de origem recusa a retratar-se para adequar o acórdão recorrido à orientação desta Corte. Em todas as demais situações, qualquer irresignação manifestada pela parte contra a aplicação dos arts. 543-A, § 5º, e 543-B do CPC – seja no caso do § 2º, seja no caso do § 3º – deverá ser apreciada no âmbito do próprio Tribunal/Juízo a quo, por meio de agravo interno. 3. Essa diretriz é aplicável aos casos em que a fundamentação da inadmissão do extraordinário esteja amparada em precedente do STF formado sob a sistemática da repercussão geral, seja indicando a inexistência da relevância da matéria, seja reconhecendo-a e pronunciando-se acerca do mérito em sentido contrário ao pretendido pela parte recorrente. Independentemente do modo como a instância de origem obsta a admissão do recurso extraordinário (negando-lhe seguimento, inadmitindo-o, não o conhecendo, julgando-o prejudicado ou indeferindo-o liminarmente), não caberá nenhuma forma de impugnação a esta Corte se a decisão tiver por fundamento precedente do STF julgado sob o rito da repercussão geral. 4. Observadas essas condições, a orientação não representa desrespeito à Súmula 727/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (BRASIL, STF, Rcl 22284 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015)

julgado recorrido está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada em recurso representativo da controvérsia."<sup>352</sup>

Ocorre que estes entendimentos dos tribunais superiores não podem prevalecer sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, na medida em que cercear o direito da parte de suscitar perante o tribunal superior a distinção ou a superação da tese jurídica afronta a sua garantia da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação racional.<sup>353</sup>

Além disso, como a superação da tese jurídica somente poder ser feita pelo tribunal que a formou ou por Corte hierarquicamente superior<sup>354</sup>, impedir que a discussão acerca da superação do precedente judicial chegue aos tribunais superiores implica em negar o exercício do *overruling*, correndo-se o risco de engessar o direito jurisprudencial, tornando-se estática e imutável a

---

<sup>352</sup> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. NÃO CABIMENTO DE NOVO RECURSO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL MANEJADO CONTRA DECISÃO LOCAL QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543-C, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "o único recurso cabível para impugnação sobre possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C é o Agravo Interno a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual" (AgRg no AREsp 451.572/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/3/2014, DJe 1º/4/2014). 2. Não se admite novo recurso especial contra acórdão que, no julgamento de agravo interno, mantém a decisão que negou seguimento ao apelo anterior com base no art. 543-C, § 7º, do CPC, por considerar que o julgado recorrido está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada em recurso representativo da controvérsia. 3. "O STJ, a partir do julgamento da Questão de Ordem no AG nº 760.358/SE por parte do STF (rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 19/11/2009), firmou orientação de que eventual correção de equívocos na aplicação da sistemática da repercussão geral deve ser feita pelo Tribunal de origem em sede de agravo interno" (QO no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 12/05/2011.). Agravo regimental improvido." (BRASIL, STJ, AgRg no AREsp 669.431/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 13/08/2015)

<sup>353</sup> Conforme pondera Hermes Zaneti Jr., "a teoria dos precedentes é ligada assim à teoria da interpretação e a atividade de interpretação e aplicação do direitos pelos tribunais, decorre, portanto, da ampliação, no Estado Constitucional garantista, dos postulados da jurisdicionalidade e acionabilidade, ou seja, da existência de uma instituição de garantia de segundo grau para o caso de descumprimento de direitos, bem como, da possibilidade de acessar a instituição de garantia responsável para exercício desta garantia, diretamente ou através de órgãos públicos aos quais é atribuída esta competência." (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 312)

<sup>354</sup> Neste sentido: SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from precedent. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 524; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W.. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 4. ed., 2004, p. 127; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 198; RISOTO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

tese jurídica, mesmo diante das modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Conforme pondera Alexandre Freitas Câmara, "é preciso encontrar elementos que permitam construir meios para viabilizar o acesso aos tribunais de superposição e provocar o reexame dos padrões decisórios, a fim de permitir sua superação e a conseqüente evolução da interpretação. A não ser assim, seria preciso reconhecer que o direito brasileiro construiu um mecanismo de fechamento argumentativo incompatível com a Democracia."<sup>355</sup>

Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha sustentam que é cabível Reclamação contra a decisão que aplicar indevidamente a tese jurídica ao caso concreto, por não observar as distinções fáticas ou possibilidade de superação:

"A reclamação é cabível, não apenas nos casos em que os precedentes e a súmula vinculante não sejam observados, mas também quando houver aplicação indevida da tese jurídica nele contida. Se o caso corresponde à razão de decidir do precedente, este deve ser aplicado. Havendo uma distinção que afaste o precedente, este deverá deixar de ser aplicado. Em outras palavras, os juízes e tribunais devem dialogar com os precedentes e exercer o dever de autorreferência, aplicando-os quando for o caso e afastando-os na hipóteses em que houver uma distinção ou uma peculiaridade que imponha tratamento diferenciado. A reclamação constitui instrumento para impor o exercício do dever de autorreferência, constituindo, nesse sentido, mecanismo para realização de distinção, afastando-se, assim, a aplicação do precedente. É o que consta do §4º do art. 988 do CPC, segundo o qual 'As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam'."<sup>356</sup>

Contudo, há dificuldade em aceitar esse entendimento dos professores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, na medida em que a reclamação é cabível para garantir a autoridade das decisões do tribunal (art. 988, II); e não para garantir a não aplicação do precedente judicial. Em relação ao §4º do art. 988, entendemos que o termo "aplicação indevida da tese

---

<sup>355</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. CONJUR. Edição de 12 de fevereiro de 2016. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#\\_ftn2](http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#_ftn2)>.

<sup>356</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 556.

jurídica" refere-se às situações em que o órgão julgador não interpretou corretamente a tese jurídica do precedente judicial, não abrangendo a hipótese em que a *ratio decidendi* é sequer aplicável, em razão de distinção fática ou possibilidade de superação do entendimento. Além disso, após a edição da Lei nº 12.256/2016, o inciso IV, que é mencionado no §4º do art. 988, não faz mais menção a garantir a observância de precedente proferido no âmbito do julgamento dos recursos repetitivos, referindo-se somente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou ao Incidente de Assunção de Competência (IAC), tendo em vista que em relação ao rito dos recursos repetitivos previu-se o agravo interno para o Órgão Especial do tribunal de segunda instância.

Deste modo, entendemos que contra o acórdão do Órgão Especial, que julga o agravo interno interposto contra o acórdão do tribunal recorrido que inadmitiu recurso extraordinário ou especial, ao fundamento de que deve ser aplicado o entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, cabe recurso extraordinário ou especial, para que a parte demonstre diretamente no tribunal superior a distinção ou a superação da tese jurídica, com fundamento nos artigos 102, III, e 105, III, da CRFB/1988 que disciplina a interposição desses recursos excepcionais contra acórdãos dos tribunais locais.

Neste sentido, eis as considerações de Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron:

"a única interpretação conforme a Constituição nas hipóteses de inadmissibilidade dos recursos pela decisão atacada estar em conformidade com o precedente (incisos I, II e IV) será aquela que aceitar contra a decisão que julga o agravo interno (que busque a superação de entendimento) o cabimento de novo recurso especial embasado em negativa de vigência e contrariedade ao disposto no art. 927, §§2º a 4º, que prevê a superação, técnica essencial num sistema de precedentes para evitar o engessamento do direito, e o novo recurso extraordinário embasado na norma de seu cabimento (art. 102, III, a). Somente assim será possível aplicar o novo sistema normativo sem

inviabilizar acesso aos Tribunais Superiores para reverem seus próprios entendimentos."<sup>357</sup>

Este entendimento também é perfilhado por Alexandre Freitas Câmara:

"O agravo será apreciado pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do tribunal a que esteja vinculado o presidente ou vice prolator da decisão recorrida. Inadmissível o AInt [Agravo Interno], estará preclusa a questão da inadmissibilidade do recurso excepcional. Provido o AInt, o recurso excepcional estará admitido e será encaminhado ao STJ ou ao STF, conforme o caso. Fica o problema quando ao AInt se nega provimento. Neste caso, estar-se-á a dizer que a decisão contra a qual se interpôs o recurso estava, realmente, em conformidade com padrão decisório anteriormente estabelecido pelo STJ ou pelo STF e, pois, foi correto o pronunciamento que declarou inadmissível o recurso interposto. Pois é neste caso que parece fechado o acesso ao tribunal de superposição e, portanto, à superação do padrão decisório. Ocorre que este julgamento é um acórdão que, proferido em última instância, pode ser impugnado por REsp ou por RE. Entendimento diverso contraria o disposto nos artigos 102, III e 105, III, CF. Pois aqui está a solução: interposto REsp ou RE contra decisão conforme com padrão decisório ao fundamento de existir motivo para sua superação, deve-se admitir o recurso. E no caso de não ser o recurso admitido, o que se terá a fazer será percorrer caminho mais longo para chegar ao tribunal de superposição: interpor o AInt e submeter a questão ao Pleno ou ao Órgão Especial do tribunal de origem. Caso este não proveja o agravo, interpor novo recurso (REsp ou RE), para fazer com que a matéria chegue ao STJ ou ao STF."

O cabimento deste recurso extraordinário ou especial se justifica em razão da afronta, respectivamente, aos artigos 5º, XXXV; 93, IX; e 102, *caput*, da Constituição da República de 1988; e aos artigos 489, §1º, V; 927, §1º a 4º; e 1.037, §9º, do Código de Processo Civil.<sup>358</sup>

---

<sup>357</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lênio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1371-1372.

<sup>358</sup> Apresentando entendimento diverso acerca dos artigos tidos por violados, Alexandre Freitas Câmara destaca que "o pronunciamento que declara inadmissível REsp ou RE por estar a decisão recorrida em conformidade com padrão decisório em caso no qual o recorrente tenha expressamente deduzido fundamentos destinados a suscitar a superação do precedente contraria o disposto nos artigos 947, parágrafo 3º, 985, II, e 986 do novo CPC, na sua aplicação supletiva aos recursos excepcionais. Neste caso, inadmitido o recurso originariamente interposto, e esgotadas as instâncias ordinárias, será cabível novo REsp (que, não sendo repetitivo, não se submete à regra que impede a subida de recursos que versem sobre matéria já apreciada pelo tribunal de superposição). Agora é preciso identificar a norma constitucional violada nesse mesmo caso. Há, na hipótese, violação ao *caput* do artigo 102 da CF, por força do qual incumbe ao STF o papel de guardião da Constituição, em razão do qual ao STF incumbe promover a evolução interpretativa da Constituição, evitando o engessamento do direito." (CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões

Destaca-se que, nessa hipótese, "o novo recurso, interposto contra o acórdão que julga o agravo, não se submete ao regime dos recursos repetitivos. É que nele se terá necessariamente suscitado questão nova, ainda não submetida ao tribunal de superposição. E se a questão é nova, inédita, não é repetitiva. Assim, no caso do RE, incidirá o artigo 1.030, V, a, do novo CPC reformado e, positivo o juízo de admissibilidade, o recurso deverá ser encaminhado ao STF para verificação da existência de repercussão geral do novo fundamento suscitado. De outro lado, no caso do REsp, este deverá ser — se positivo o juízo de admissibilidade — remetido ao STJ para exame do REsp, que não terá, como visto, caráter repetitivo"<sup>359</sup>.

Desta forma, com a possibilidade da interposição de recurso extraordinário ou especial contra o acórdão do Órgão Especial do tribunal de segunda instância, resta assegurado o direito da parte suscitar perante o tribunal que formou o precedente judicial a distinção em relação ao caso concreto ou demonstrar as razões para a superação da tese jurídica.

### **5.3. Análise acerca do procedimento de devolução dos recursos extraordinários aos tribunais de origem, em razão da afetação da matéria impugnada em sede de repercussão geral: A inconstitucionalidade da Portaria nº 138/2009 do STF**

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, para o cabimento de recurso extraordinário, instituiu-se a exigência da repercussão geral, na qual compete a parte demonstrar que a questão constitucional objeto do recurso transcende os interesses subjetivos daquela lide, a partir de critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

---

vinculantes. CONJUR. Edição de 12 de fevereiro de 2016. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#\\_ftn2](http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#_ftn2)>).

<sup>359</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. CONJUR. Edição de 12 de fevereiro de 2016. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#\\_ftn2](http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#_ftn2)>

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao identificar determinado tema com repercussão geral, promove o julgamento da "causa-piloto" e fixa a orientação constitucional acerca dessa questão constitucional, que deve ser aplicada aos demais casos análogos (força vinculante), evitando-se que a Corte Suprema julgue reiteradamente a mesma matéria.

Ocorre que o procedimento atualmente previsto para a análise e aplicação da repercussão geral aos recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal apresenta graves deficiências. É que, em 2009, foi editada a Portaria nº 138 do STF, que determina que a Secretaria Judiciária "devolva aos Tribunais, Turmas Recursais ou Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais os processos múltiplos ainda não distribuídos relativos a matérias submetidas a análise de repercussão geral pelo STF, os encaminhados em desacordo com o disposto no § 1º do art. 543-B, do Código de Processo Civil [1973], bem como aqueles em que os Ministros tenham determinado sobrestamento ou devolução."

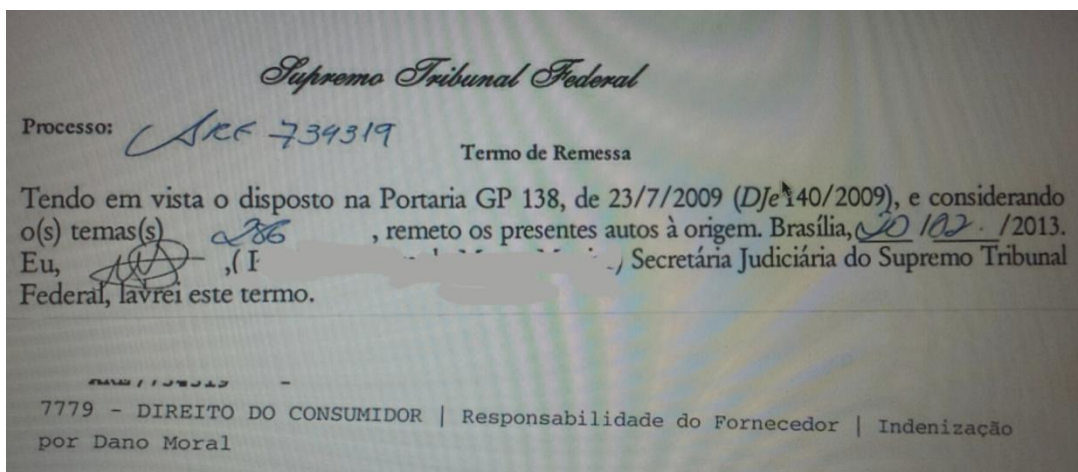
Constata-se, portanto, que a Portaria nº 138/2009 do STF "delega poderes decisórios a servidores do STF, que, em que pese não terem poderes jurisdicionais e não oferecerem qualquer fundamentação em seus despachos, 'julgam' a admissibilidade desses Recursos Extraordinários pela via de carimbos que simplesmente apõem números de temas, sem mostrar em que medida o caso se adequa àquela hipótese jurídica".<sup>360</sup>

Eis um exemplo do "despacho"/carimbo promovido por servidor do STF, em processo do Tribunal da Justiça de Paraíba<sup>361</sup>:

---

<sup>360</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 130.

<sup>361</sup> Imagem retirada da pesquisa "A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário", promovida pela Faculdade de Direito da UFMG e subsidiada pelo CNJ. A pesquisa foi coordenada pelo Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, tendo o autor do presente trabalho participado como membro da equipe executiva: BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 130.



O artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê a competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal para determinar a devolução dos demais recursos extraordinários aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, quando já tiver sido selecionado ou julgado o recurso representativo da controvérsia, para futura aplicação da tese formada em repercussão geral. Caso o Ministro Presidente da Corte Suprema não exerça essa competência, os relatores também possuem competência para determinar a remessa dos autos ao tribunal de origem, ao fundamento de que a matéria impugnada no recurso extraordinário já foi objeto de julgamento com repercussão geral.

Todavia, em razão da Portaria nº 138/2009, o procedimento foi desvirtuado para estabelecer que o servidor do STF tem competência jurisdicional para determinar o reenvio do processo ao tribunal de origem para o rejuízo da causa, mediante simples carimbo, sem a análise de qualquer ministro da Corte Suprema e sem a mínima fundamentação racional.

Desta forma, resta evidente a inconstitucionalidade da Portaria nº 138/2009 do STF, tendo em vista que: (I) a Secretaria Judicial não tem competência legal para realizar esse juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, na medida em que não detém qualquer poder jurisdicional; e (II) a ausência de fundamentação do ato que devolve o processo ao tribunal de origem, mediante simples carimbo, retira qualquer eventual legitimidade desse procedimento. A análise acerca da aplicação ou distinção do precedente judicial não pode ser realizada mediante carimbos, sem demonstrar, a partir do

devido processo argumentativo em que medida a tese jurídica se enquadra ao caso concreto.

Neste sentido, eis as conclusões da pesquisa "A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário" acerca das deficiências da Portaria nº 138/2009 do STF:

"Dois problemas surgem a partir do reconhecimento institucional dessas decisões proferidas pela Secretaria Judicial. O primeiro remete a uma questão de competência (legalidade), enquanto o segundo, a uma questão de fundamentação (legitimidade). A Constituição da República estabelece no art. 102, III, § 3º, a competência do Supremo Tribunal Federal para análise do instituto da repercussão geral nos Recursos Extraordinários, utilizando inclusive a palavra Tribunal, com T maiúsculo, para demonstrar que o reconhecimento da repercussão geral é exclusivo do órgão máximo do STF. Desse modo, compete, ao Presidente do STF e, ainda, ao Relator sorteado, a teor do artigo 327, do RISTF, realizar o juízo de admissibilidade. No entanto, em vista da Portaria n. 138, tal ato decisório se concentra agora nas mãos de servidores, e não de Ministros. O próprio servidor assina, carimba e realiza o juízo de admissibilidade, como demonstrado. Além disso, quando o STF identifica determinado tema como sendo de repercussão geral, delimita a partir da *ratio decidendi* daquela matéria constitucional a questão dotada de vinculatividade, de modo que quando a Secretaria Judiciária analisa o Recurso ela realiza ou um juízo reconhecimento de identidade entre casos (determinando o sobrestamento) ou de diferenciação (*distinguishing*). O *distinguishing* e a aplicação de um precedente vinculante, na prática, são realizados sem que o processo tenha sido sequer distribuído a um juiz e sem fundamentação, já que a decisão de "remessa" consiste apenas em uma assinatura sob um carimbo genérico com um espaço em branco para preenchimento do número do tema ao qual o recurso *sub judice* se vincularia. O processo argumentativo seguido para a extensão do tema de repercussão geral anteriormente reconhecido, assim como os ônus argumentativos que se impõem para o comportamento dissonante àquele tema, é inobservado pela ausência de fundamentação do ato, que se limita ao carimbo com o número de identificação do paradigma representativo."<sup>362</sup>

Deste modo, verifica-se que não resta assegurado o direito do jurisdicionado de demonstrar a distinção fática entre o seu caso concreto e o

---

<sup>362</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 132.

precedente judicial, que fixou a questão constitucional em sede de repercussão geral, na medida em que a Portaria nº 138/2009 do STF usurpa a competência jurisdicional dos ministros do Supremo Tribunal Federal, inviabilizando o adequado e correto juízo de admissibilidade do caso.

Constata-se, portanto, que a Portaria nº 138/2009 do STF está em desconformidade com a Constituição e com a teoria dos precedentes judiciais, ao possibilitar que servidores sem competência jurisdicional realizem um suposto juízo de semelhança/distinção entre o caso concreto e eventual precedente judicial, através de "despachos"/carimbos que não possuem qualquer fundamentação racional.

#### **5.4. Análise acerca da não aplicação da tese jurídica em razão de argumento novo, que não foi abordado na fundamentação do precedente judicial**

Na formação do precedente judicial, o dever de fundamentação racional e legítima, com ampla análise de todas as argumentações suscitadas pelas partes e interessados, torna-se ainda mais rigoroso (art. 984, §2º e 1.038, §3º). Recorde-se, inclusive, que os argumentos que devem ser necessariamente analisados pelo tribunal não se limitam apenas àqueles deduzidos pelas partes do incidente ou dos recursos representativos da controvérsia, mas também as teses suscitadas pelos *amici curiae* e pelos interessados nas audiências públicas.

A legitimidade e aceitação da tese jurídica formada no precedente depende necessariamente da análise de todos os fundamentos relevantes acerca da tese jurídica objeto da controvérsia.

Se, na formação do precedente judicial, o órgão julgador não enfrentar e refutar todas as argumentações (favoráveis e contrárias à tese jurídica), haverá

espaço para o questionamento da real extensão da tese jurídica, acarretando no enfraquecimento da sua força vinculante.<sup>363</sup>

É que, em observância às garantias do contraditório e da fundamentação, somente há coerência na imposição da vinculação das partes e do órgão jurisdicional à tese jurídica em caso análogo, se todos os argumentos suscitados pelos jurisdicionados no caso concreto já foram considerados e enfrentados na formada no precedente judicial.

Ressalta-se, inclusive, que o órgão julgador, ao aplicar a tese jurídica, não está obrigado a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo que já foram enfrentados na formação da decisão paradigma (exceção à regra imposta pelo art. 489, inciso I).<sup>364</sup> Nesta situação, o órgão julgador deve dedicar a sua fundamentação na correta demonstração da correlação fática e jurídica entre o caso concreto e o precedente judicial.

Contudo, se, no caso concreto, as partes apresentaram argumento novo, capaz de infirmar a tese jurídica formada, que não foi considerado e enfrentado na formação do precedente judicial, o órgão deve necessariamente analisar essa argumentação nova, sob pena de violar o contraditório participativo.

O precedente judicial é formado pelos fatos determinantes, pela tese jurídica e pela argumentação jurídica utilizada na construção do provimento jurisdicional. Deste modo, caso o órgão julgador entenda que a argumentação nova é capaz de infirmar a tese jurídica, ele pode afastar a aplicação do precedente judicial, em razão do acolhimento desse fundamento que não foi analisado na formação do precedente judicial.

Portanto, nesta hipótese, o órgão julgador pode deixar de se vincular ao precedente judicial, em razão de distinção entre a argumentação jurídica do caso concreto e a do precedente judicial, sem que isso configure qualquer

---

<sup>363</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014, p. 154-155.

<sup>364</sup> Enunciado nº 524 do FPPC: "O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado".

violação a teoria do *stare decisis* prevista nos art. 926 e 927 do Código de Processo Civil.

Essa possibilidade do afastamento da tese jurídica em virtude da distinção entre a argumentação jurídica do precedente judicial e do caso concreto se justifica com base nas garantias do contraditório participativo e da fundamentação racional, que impõem o direito do jurisdicionado de contribuir para a construção do provimento jurisdicional e o dever do órgão julgador de analisar todos os argumentos suscitados pelas partes, principalmente aqueles que não foram abordados na formação do precedente judicial.

Destaca-se a que a possibilidade de o órgão julgador deixar de aplicar a tese jurídica em razão de argumento novo suscitado pela parte, que não foi abordado na formação do precedente judicial, impede o engessamento do direito. Evita-se, portanto, o risco de ocorrer a consolidação de determinado entendimento a partir do julgamento de poucos casos, sem que se permita o necessário amadurecimento da tese jurídica.

A preocupação com a celeridade processual e com a imediata redução dos recursos submetidos aos tribunais superiores não pode cercear o legítimo processo de construção em contraditório do entendimento jurisprudencial, que zela pela evolução qualitativa das decisões judiciais.

A utilização do direito jurisprudencial não deve ter finalidade de prevenir o debate acerca de determinada questão jurídica, com o intuito de evitar a profusão das demandas. A Constituição da República de 1988 outorga aos tribunais superiores o papel de uniformizar as decisões judiciais, com o esgotamento das razões jurídicas, através do devido processo legal; e não o de evitar o debate, pacificando precocemente o entendimento jurisprudencial<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> Neste sentido, Dierle Nunes destaca que “a atual sistemática do código reformado e do Projeto de novo CPC viabilizam a utilização de julgados com a finalidade preventiva toda vez que se perceber a possibilidade de profusão de demandas. Nestes termos, ao receber uma das primeiras demandas ou recursos, o Judiciário afetaria como repetitivo e o julgaria com poucos argumentos, antes mesmo da ocorrência do salutar *dissense* argumentativo. (...) Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio *dissenso* argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e

## 6. CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou analisar a teoria brasileira dos precedentes judiciais, dimensionada pelo Código de Processo Civil de 2015, a partir do modelo constitucional do devido processo legal. O estudo objetivou, precipuamente, examinar se resta assegurado no atual ordenamento jurídico brasileiro as garantias do contraditório e da fundamentação racional, a partir das técnicas de distinção e superação dos precedentes judiciais.

Da pesquisa elaborada, podem-se extrair as seguintes conclusões:

- (I) o modelo constitucional do devido processo legal visa a garantir o exercício de direitos processuais fundamentais dos cidadãos como meio de controle dos atos judiciais e assegurar que as normas processuais infraconstitucionais sejam interpretadas de acordo com as garantias constitucionais;
- (II) o atual ordenamento jurídico brasileiro encontra-se assentado na concepção de contraditório participativo, substancial e dinâmico, no qual não basta assegurar às partes a simples bilateralidade da audiência (dizer e contradizer formalmente), sendo necessário garantir às partes o direito de influenciar a construção do provimento judicial e de não serem surpreendidas com julgamento fundado em questão não debatida nos autos;
- (III) em observância ao modelo constitucional de devido processo legal (processo justo), o provimento jurisdicional somente se legitimará quando realizado com fundamentação que analise,

---

panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.” (NUNES, Dierle. “Precedentes, Padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: Uma abordagem Constitucional Democrática”. *Direito Jurisprudencial*. Coord: Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012, p. 245-276)

de forma ampla, os argumentos e as provas favoráveis e contrários ao convencimento do magistrado;

- (IV) a fundamentação das decisões judiciais quando relacionada ao exercício do direito jurisprudencial depende de sério e racional processo argumentativo que analisará as semelhanças e as distinções entre o caso concreto e o precedente judicial;
- (V) diante da redemocratização e do reconhecimento de normatividade e efetividades de direitos fundamentais, houve o crescimento da litigiosidade serial e repetitiva, que contribuiu para a morosidade da prestação da tutela jurisdicional efetiva, que juntamente com as deficiências infraestruturais dos órgãos jurisdicionais, repercutiram em descrédito do Poder Judiciário, debilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito;
- (VI) visando a assegurar as garantias da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da isonomia, bem como evitar a transformação dos tribunais superiores em instância revisionais, o legislador vem promovendo diversas e sucessivas reformas processuais com o objetivo de valorizar os efeitos vinculantes e/ou impor a observância aos precedentes judiciais, em nítido processo de padronização decisória;
- (VII) em nítido procedimento de convergência entre as tradições *civil law* e *common law*, a reforma legislativa, decorrente da edição do Código de Processo Civil de 2015, teve com dos seus principais propósitos estabelecer a teoria brasileira de precedentes judiciais, que prevê a força vinculante de determinadas decisões e enunciados de súmulas;

- (VIII) em razão de circunstâncias históricas, políticas e culturais distintas, as tradições do *civil law* e do *common law* desenvolveram institutos e conceitos próprios de cada sistema. Em relação ao método utilizado para se chegar à regra de direito aplicável ao caso concreto, no *civil law*, o aplicador do direito parte da interpretação da lei abstrata e geral incidindo-a sob a situação fática do caso (método é dedutivo); e, no *common law*, a aplicação do direito ao caso concreto ocorre a partir de estudo e solução de julgados anteriores (método indutivo);
- (IX) na tradição do *common law*, em decorrência da teoria do *stare decisis*, os precedentes judiciais são de observância obrigatória pelos juízes, com a finalidade de atribuir coerência e integridade à aplicação do direito, bem como garantir a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para o exercício das atividades sociais;
- (X) para a aplicação de determinado precedente judicial é necessário que o juiz o analise, de modo a separar a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*) dos argumentos jurídicos acessórios e secundários, expostos apenas de passagem na decisão (*obiter dictum*), na medida em que apenas a *ratio decidendi* que se vincula ao julgamento dos demais processos;
- (XI) a definição da *ratio decidendi* somente é alcançada após o devido processo argumentativo, no qual o órgão julgador considera a argumentação das partes acerca dos fatos determinantes para a formação do precedente judicial;

- (XII) após apurar quais foram os fatos que foram tomados em consideração para a fixação da tese jurídica, o órgão julgador deve verificar se tais circunstâncias fáticas também se repetem no caso concreto, de modo a garantir que cada processo receba a solução adequada, sem que a tese jurídica do precedente judicial seja aplicada de forma automática e em dissintonia com as circunstâncias fáticas;
- (XIII) a utilização da técnica da distinção também decorre do processo argumentativo, que deve ser realizado em contraditório participativo, no qual os operadores do direito demonstrarão a pertinência ou não da aplicação de determinado precedente ao caso concreto;
- (XIV) apesar de os fatos relevantes do precedente judicial serem semelhantes ao caso concreto, é possível que o órgão julgador queira decidir de outra maneira, por entender que a valoração das circunstâncias sociais, econômicas, políticas ou jurídicas mudou;
- (XV) a técnica da superação do precedente judicial (*overruling*) garante esse maior dinamismo na aplicação do direito jurisprudencial, de modo a alinhá-lo às alterações das concepções da sociedade, impedindo o engessamento da interpretação do direito;
- (XVI) o exercício do direito jurisprudencial exige estabilidade na interpretação da norma jurídica, impondo aos magistrados o dever de uniformização, no qual o órgão julgador leva em consideração a tese jurídica fixada pelo tribunal hierarquicamente superior a ele (vinculação vertical) e o

tribunal que formou a *ratio decidendi* deve observar os seus próprios precedentes (vinculação horizontal);

- (XV) a coerência e integridade do direito jurisprudencial impõe aos magistrados o dever de não contradição, de modo a evitar e refutar que os juízes e tribunais decidam casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo hipótese de distinção ou superação da tese jurídica;
- (XVI) os precedentes de eficácia vinculante devem ser observados de ofício pelo órgão julgador, sob pena de omissão e denegação da justiça; contudo, isso não implica na sua aplicação ao caso concreto sem antes ser possibilitado às partes e aos intervenientes o exercício do contraditório, de modo a manifestar acerca da sua incidência no caso.
- (XVII) quando o Código de Processo Civil prevê a obrigatoriedade dos juízes observarem os precedentes judiciais (art. 927), não há proibição à interpretação e ao desenvolvimento do provimento jurisdicional, em consonância com o contraditório participativo e a fundamentação racional. Os juízes continuam tendo o dever de analisarem o caso concreto, de modo a verificarem se há similitude entre as circunstâncias fáticas do caso concreto e a decisão paradigma, que justifique a aplicação da tese jurídica formada no precedente;
- (XVIII) não há inconstitucionalidade no fato do legislador ordinário, com o intuito de assegurar às referidas garantias constitucionais, disciplinar um sistema de precedentes judiciais que imponha a observância obrigatória à determinadas decisões judiciais;

- (XIX) no sistema brasileiro de precedentes, não é a constitucionalidade formal da norma (competência do legislador ordinário) que precisa ser questionada; mas, sim, a *qualidade constitucional* do provimento jurisdicional ao qual se pretende impor a observância obrigatória aos demais magistrados;
- (XX) os provimentos jurisdicionais constantes dos incisos I a III do artigo 927 do CPC possuem uma forte *qualidade constitucional* para serem aplicados no sistema de precedentes judiciais com eficácia vinculante, enquanto os enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais arroladas nos incisos IV a V do artigo 927 do CPC devem ser considerados apenas com força persuasiva;
- (XXI) o modelo constitucional do devido processo legal impõe que a formação do precedente judicial deve ocorrer mediante a possibilidade de participação de todos os interessados e a necessidade do esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica;
- (XXII) o dever de fundamentação racional e legítima, com ampla análise de todas as argumentações suscitadas pelas partes e interessados, torna-se ainda mais rigoroso no julgamentos dos incidentes ou recursos representativos da controvérsia, que formam precedentes de observância obrigatória;
- (XXIII) argumentos que devem ser necessariamente analisados pelo tribunal na formação do precedente judicial não se limitam apenas àqueles deduzidos pelas partes do incidente ou dos recursos representativos da controvérsia, mas também as

teses suscitadas pelos *amici curiae* e pelos interessados nas audiências públicas;

- (XXIV) os precedentes judiciais devem ser utilizados como se fossem comando gerais e abstratos, de modo que o órgão julgador tem o dever de identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, sob pena da decisão não ser considerada fundamentada;
- (XXV) em observância à garantia do contraditório é direito da parte que invocou o precedente judicial ter uma resposta que justifique, a partir de uma análise argumentativa e interpretativa, se é coerente a aplicação da decisão paradigma ao caso concreto;
- (XXVI) no caso de superação da tese jurídica de precedente com força vinculante (*overruling*), é necessário garantir a proteção da confiança dos jurisdicionados que se comportaram em consonância com a *ratio decidendi* que foi revogada;
- (XXVII) o efetivo exercício do contraditório e da fundamentação racional na aplicação do precedente judicial é essencial para que a parte possa suscitar a distinção e/ou a superação da tese jurídica;
- (XXVIII) em observância às garantias do contraditório e da duração razoável do processo, deve-se aplicar supletivamente a norma prevista no rito dos recursos repetitivos acerca da possibilidade de suscitar a distinção, após o sobrestamento do processo, ao

procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR);

- (XXIX) após a aplicação da tese jurídica formada no precedente paradigma ao caso concreto, o direito da parte de suscitar a distinção ou superação da tese jurídica é assegurado mediante a utilização dos recursos previstos no ordenamento jurídico brasileiro;
- (XXX) a superação da tese jurídica somente poder ser feita pelo tribunal que a formou ou por Corte hierarquicamente superior, de modo que impedir que a discussão acerca da superação do precedente judicial chegue aos tribunais superiores implica em negar o exercício do *overruling*, correndo-se o risco de engessar o direito jurisprudencial;
- (XXXI) contra o acórdão do Órgão Especial, que julga o agravo interno interposto contra o acórdão do tribunal recorrido que inadmitiu recurso extraordinário ou especial, ao fundamento de que deve ser aplicado o entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, cabe recurso extraordinário ou especial, para que a parte demonstre diretamente no tribunal superior a distinção ou a superação da tese jurídica;
- (XXXII) a Portaria nº 138/2009 do STF é inconstitucional, por usurpar a competência dos ministros da Corte acerca do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários; e por permitir que o juízo de aplicação ou distinção do precedente judicial em matéria de repercussão geral seja realizado mediante carimbos, sem demonstrar, a partir do devido processo

argumentativo em que medida a tese jurídica se enquadra ao caso concreto;

(XXXIII) o órgão julgador pode deixar de se vincular ao precedente judicial, em razão de distinção entre a argumentação jurídica do caso concreto e a do precedente judicial, sem que isso configure qualquer violação a teoria do *stare decisis*;

(XXXIV) a possibilidade do afastamento da tese jurídica em virtude da distinção entre a argumentação jurídica do precedente judicial e do caso concreto se justifica com base nas garantias do contraditório participativo e da fundamentação racional, que impõem o direito do jurisdicionado de contribuir para a construção do provimento jurisdicional e o dever do órgão julgador de analisar todos os argumentos suscitados pelas partes, principalmente aqueles que não foram abordados na formação do precedente judicial;

(XXXV) a utilização do direito jurisprudencial não deve ter finalidade de prevenir o debate acerca de determinada questão jurídica, com o intuito de evitar a profusão das demandas. A Constituição da República de 1988 outorga aos tribunais superiores o papel de uniformizar as decisões judiciais, com o esgotamento das razões jurídicas, através do devido processo legal; e não o de evitar o debate, pacificando precocemente o entendimento jurisprudencial; e

(XXXVI) diante da teoria brasileira dos precedentes judiciais, estabelecida pelo Código de Processo Civil, há a necessidade dos operadores do direito adequarem sua cultura para a

constitucional e correta formação e aplicação da tese jurídica decorrente do direito jurisprudencial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como técnica da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 22, n. 87.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. *As tradições jurídicas de civil law e common law*. Coord: FREIRE, Alexandre, et al. *Novas Tendências do processo Civil: Estudo sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 206, 2012.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffery. *Precedent in the United Kingdom*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. vol. 1, n. 4, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Coord: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Editora JusPodivm. 2013.

\_\_\_\_\_. Elementos para a construção de um Direito Jurisprudencial. In MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, vol. 19, ano 5, p. 51-80, maio.junho/2003.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BIELSA, Rafael; GRANÃ, Eduardo. El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. La Plata, 1994.

BOBBIO Noberto. La certeza del diritto è un mito?. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Vol. XXVIII, 1951.

BOBBIO, Nobberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo aos Projetos de Lei n. 6.025, de 2005 e 8.046, de 2010* - Relator: Dep. Federal Paulo Teixeira.

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça. *A força normativa do direito judicial : uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante .. [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira ... [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves ... [et al.]. -- Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*. Brasília: CNJ, 2011.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Brasília: CNJ, 2011.

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011.

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília, 2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça EDcl no AgRg nos EREsp 1380640/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 19/08/2015, DJe 31/08/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AgRg no AREsp 691.530/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 354.070/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015 DJe 19/11/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 664.210/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 30/06/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 669.431/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 13/08/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 683.010/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 725.156/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 810.231/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no REsp 1247925/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp 1.152.218-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2014.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. REsp 911.802/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, Rcl 22284 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015)

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADI 4879/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgamento em 26/03/2014.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, julgamento em 09/05/2007.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 791292/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 23/06/2010.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. Rcl 12600 AgR, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.363/PA. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em 01.04.2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 161, ano 33, julho. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, 2014.

\_\_\_\_\_. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. v. 221, 2013.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. Comentários ao artigo 138. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lênio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Contraditório. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Org: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

\_\_\_\_\_. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, v.117, set-out, 2004.

\_\_\_\_\_. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. *CONJUR*. Edição de 12 de fevereiro de 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no processo civil brasileiro. In: *Apud: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Direito Jurisprudencial*. Vol. I. São Paulo: RT, 2012.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 215, 2013.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982, vol. I, p. 211; CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982, p. 140; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Comissão das Comunidades Europeias. Relatório da Comissão ao Conselho Europeu: Legislar Melhor 2001. Bruxelas

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. 8, 1988.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W.. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 4. ed.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito inglês*. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses. 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMATE. Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Vol. I, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. A súmula vinculante no direito penal tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.093/ES. *Revista Dialética de Direito Tributário*. vol. 200, p. 78-94, maio-2012.

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

DIDIER JR. Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Precedentes*. Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, vol. 2, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988.

EVANS Jim. Change in the doctrine of precedent during nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (Coord.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

\_\_\_\_\_. Voce: Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986.

FGV. Relatório ICJ Brasil 1º Trimestre/2014 – 4º Trimestre/2014: ANO 06.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. *Precedentes*. Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 247, 2015.

\_\_\_\_\_. *O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição*. Tese de dissertação: Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2012.

FRIEDMAN, Lawrence M, *Law in America: a short history*. New York: A modern Library, 2002.

GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 4ª ed., New York: Oxford University Press, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amarato Felipe da. "Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos tribunais de origem". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. vol. 60, 2012.

GOODHART, Arthur L., Determining the ratio decidendi of a case. *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge, University Press, 1931.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

\_\_\_\_\_. O tratamento dos processos repetitivos. In: *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Coord: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HARRIS, J. W. Towards principles of overruling - When should a final court of appeal second guess?. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 10.

HOECKE, Mark van. Time and law. Is it the nature of law to last. OST, François; \_\_\_\_\_. *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer?* Bruxelles: Bruylan, 1998.

HOGUE, Arthur. *Origins of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1986.

JACOB, Marc. Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business. New York: Cambridge University Press, 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. Necessitamos de um Novo Código de Processo Civil?. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga; FERNANDES, Tereza de Assis. “Julgamento Liminar do Pedido – análise dos critérios de aplicação e inevitável crítica em relação a sua disciplina no Projeto de Novo Código Civil”. Coord: FREIRE, Alexandre, et al. *Novas Tendências do processo Civil: Estudo sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 227, 2014, p. 341.

JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

JAYME, Fernando Gonzaga; SALOME, Joana Faria; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. O reexame necessário no processo civil brasileiro: um mal desnecessário. *Revista de Processo*, v. 220, p. 375-405, esp. 386-387, jun/2013.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals. *Fordham Law Review*. vol 51, 1981.

LAMOND, Grant. Precedent. *Philosophy Compass*. Vol. 2, 2007.

LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. *Legislação do Trabalho*. ano 30, jan-fev, 1966.

\_\_\_\_\_. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, vol. 208, out-dez, 1964

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidad Iberoamericana, p. 1996.

MACCORMICK, Neil. *Can Stare Decisis be Abolished?*. *Juridical Review*, 1966  
\_\_\_\_\_. *Rethoric and the rule of law - A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005,

\_\_\_\_\_. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*, vol.106, abr-jun, 2002, p. 281

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 119, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, nº 172, jun-2009.

\_\_\_\_\_. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol 77, n. 3, jul/set 2011.

\_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. *A Força dos Precedentes*. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

\_\_\_\_\_. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 918, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - 2ª. ed., São Paulo, Ed. RT, 2016.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: Maccormick: D. Neil; SUMMERS Robert S. (ed.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2010.

McLEOD, Thomas Ian. *Legal Method*. 2ª ed., London: Macmillan, 1996.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito contemporâneo*. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Tradução de Carlos Sierra. 2ª ed., México: FCE, 1989.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206.

\_\_\_\_\_. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 199, ano 36, p. 86-87, set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo e federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Fausto Santos de. MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito*. Dissertação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. In: *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord) – São Paulo: Editora dos Tribunais, vol. 11, 2007.

MOTTA, Cristina Reindolff. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Precedentes, Padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: Uma abordagem Constitucional Democrática. *Direito Jurisprudencial*. Coord: Tereza Arruda Alvim Wambier. Vol I, São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. Do Julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. (Org.). *Breves comentários ao Novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as

tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, set. 2011, pp. 41-82.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. In: Fredie Didier Jr., Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - Procedimento Comum*. Vol. II. 2ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 909-948.

\_\_\_\_\_. Processo e República: uma relação necessária. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 22, n. 88. out/dez 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lênio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie, et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinela (org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Vol. I. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

OLIANI, José Alexandre Manzano. Capítulos de Sentença, Apelação Parcial e Sentença Juridicamente Inexistente – Breves Considerações. In: MEDINA, José Miguel Garcia, et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 15, 1998.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PETERS, Christopher J. Under the table overruling. *Wayne Law Review*. n. 54, 2008.

PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Little, Brown and Co., 1956.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford University Press, 1986.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RISOTO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Marina França. *A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*. vol.57, ano 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11, out-dez/2006.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedents. *Stanford Law Review*. Stanford, v. 39, 1987.

SHANNON, Scoot Bradley. Overruled by implication. *Seattle university review*. v. 33, 2009.

SIMPSON, Alfred William Brian. The common law and legal theory. In: HORDER, Jeremy (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade: UFRGS. Porto Alegre, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? *Direitos Fundamentais & Justiça*. vol. 5, p.162-185, out-dez/2008.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Geirges. Comentários ao artigo 927. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.) *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. *In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). Interpreting Precedents.* Aldershot: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênese, n. 31, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. *In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coord.). La ciencia del derecho processal constitucional: Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho.* Tomo V: juez y sentencia constitucional. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, vol. 199, 2011.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilística.com.* Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul.-dez./2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre, vol. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. Prefácio. *In SANTOS, Marina França. A garantia do duplo grau de jurisdição.* Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

\_\_\_\_\_. Recurso especial e o novo artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei nº 11.672, de 08.05.08). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* São Paulo: Magister, nº 24, jun.-2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. vol. 189, 2010.

\_\_\_\_\_. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. v. 224, p. 122-152, 2013.

\_\_\_\_\_. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. Ano 34. N. 177, nov/2009.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

\_\_\_\_\_. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LV, 2001

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito Jurisprudencial*. Vol I. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Vol. I, 4ª ed., Torino: Giappichelli, 2000.

WAMBAUGH, Eugene. *The Study of Cases: A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities, and Compiling Digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. I, São Paulo: RT, 2012.

ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. 5 ed., London: Butterworths, 1999.

ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. 5ª ed. London: Butterwoeths, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil. Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 235, p. 293-349, set/2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.